

# EL PROBLEMÁTICO CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL RÉGIMEN GENERAL

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Huelva

## EXTRACTO

**Palabras clave: Seguridad Social, incapacidad temporal, entidades gestoras, entidades colaboradoras**

El presente trabajo pretende analizar y presentar de una manera ordenada la problemática derivada de la gestión de la prestación de incapacidad temporal. El hecho de que la actuación de diferentes entidades gestoras y colaboradoras afecte a la gestión de la prestación genera importantes dificultades a la hora de controlar el gasto generado por esta prestación. El hecho de que deba tenerse en cuenta si el origen de la prestación es un riesgo común o profesional añade nuevas dificultades en la gestión de la prestación. A todo ello se suma una regulación en permanente estado de reforma y una falta de conexión entre las normas legales y las numerosas normas reglamentarias, así como importantes lagunas normativas. Dadas estas dificultades, se hace necesario un análisis detallado de esta cuestión, especialmente desde la perspectiva de cómo se han impuesto mecanismos de control del INSS sobre la actuación de los Servicios Públicos de Salud.

## ABSTRACT

**Key words: Social Security, temporary disability, managing**

This paper aims to analyze and present in an orderly manner the problems arising from the management of temporary disability benefit. The fact that the performance of different Management Institutions and associates affecting the management of the provision creates significant difficulties to control the expenditure generated by this provision. The fact to be taken into account if the origin of the provision is a common occupational hazard or adds new difficulties in managing the delivery. To this a permanent state regulation reform and a lack of connection between legal rules and regulations adds numerous and important regulatory gaps. Given these difficulties, a detailed analysis of this issue, especially from the perspective of how they have imposed INSS control mechanisms on the performance of the Public Health Services is required.

## ÍNDICE

1. EL CONTROL DEL GASTO COMO OBJETIVO DE LAS REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
2. DIFICULTADES EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
3. BAJA MÉDICA Y PARTES DE CONFIRMACIÓN DURANTE LOS PRIMEROS 365 DÍAS
  - 3.1 Sujetos competentes para emitir los partes de baja y confirmación durante los primeros 365 días
  - 3.2 Mecanismos de control de la baja médica y de la confirmación
    - 3.2.1. Revisiones médicas por el SPS o mutua competente
    - 3.2.2. Informes complementarios e informes de control.
    - 3.2.3. Seguimiento y control de la prestación económica por las entidades gestoras o colaboradoras
    - 3.2.4. Reconocimientos médicos por el INSS, ISM o mutuas
4. EL FINAL DE LA COMPETENCIA DE LOS SPS O DE LAS MUTUAS EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRIMEROS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DESDE LA BAJA
5. EL ALTA DEL TRABAJADOR
  - 5.1. Alta por facultativo del SPS o de la mutua que protege riesgos profesionales (dentro de los primeros 365 días)
  - 5.2. Competencia de la inspección médica del SPS, del INSS o de la Seguridad Social (dentro de los primeros 365 días)
  - 5.3. Propuesta de alta médica formulada por las mutuas en los procesos de IT común
  - 5.4. Alta por incomparecencia del trabajador a los reconocimientos médicos (primeros 365 días)
  - 5.5. Alta por el INSS tras los primeros 365 días de prestación

## 1. EL CONTROL DEL GASTO COMO OBJETIVO DE LAS REFORMAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Cualquier análisis de la prestación de incapacidad temporal a lo largo de los últimos años evidencia cómo esta prestación ha sufrido todo un conjunto de modificaciones normativas que apuntan en la misma dirección: facilitar un mayor control de la prestación económica. En este proceso se han producido un conjunto de modificaciones recientes, especialmente a nivel reglamentario, a lo que se suma la refundición realizada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, que intenta condensar en un precepto los aspectos esenciales de esta cuestión, el nuevo art. 170 TRLGSS. La complejidad de esta regulación, la falta de conexión entre las diferentes normas y la existencia de diferentes sujetos con competencias distintas, hace que sea necesario intentar aclarar cómo se gestiona y controla esta prestación.

El punto de partida de todo este proceso de reformas se basa en un hecho esencial: el incremento del gasto del Sistema de Seguridad Social en esta prestación<sup>1</sup>. Ello ha justificado, de un lado, el intento del legislador de reducir la cuantía

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión vid. PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MINGUILLÓN, R.: “La gestión y el control de la incapacidad temporal”, *Aranzadi Social* n° 22 de 2006, versión descargada de la base de datos Aranzadi; también GRACIA ALEGRÍA, G.: “Real Decreto 1430/2009, un desarrollo urgente del subsidio de incapacidad temporal”, *Tribuna Social* n° 227 (2009), página 42.

de la prestación<sup>2</sup>; pero sobre todo, se ha pretendido controlar que los beneficiarios cumplen realmente con las exigencias para tener derecho a la misma y para mantener el derecho a lo largo de los procesos de incapacidad temporal. El problema reside en que uno de los requisitos fundamentales, que el trabajador esté imposibilitado para desarrollar transitoriamente la prestación de trabajo<sup>3</sup>, se determina por una entidad diferente (normalmente el Servicio Público de Salud) a la que tiene a cargo la prestación económica (normalmente el INSS).

Pues bien, lo que se pretende es afinar lo más posible en la determinación médica de la necesidad de cesar en la prestación de trabajo por requerirlo el mantenimiento de la salud del beneficiario: es la actuación de los facultativos del Servicio Público de Salud (SPS) lo que ha merecido casi toda la atención del legislador en esta materia; de manera que se han establecido todo un conjunto de mecanismos dirigidos a garantizar que el beneficiario sigue siendo merecedor de la prestación.

La experiencia demuestra que la incapacidad temporal es una prestación utilizada en ocasiones por los beneficiarios, con una finalidad alejada de la tutela del trabajador que ante una situación de enfermedad o accidente, queda imposibilitado (en principio, temporalmente) para el trabajo. De un lado, es posible encontrar múltiples situaciones de fraude en el acceso a la prestación (falsas enfermedades o síntomas), o la continuidad inadecuada de bajas médicas, cuando en realidad no hay motivo alguno que ampare el mantenimiento de la misma; o bien se utiliza ésta para dar solución a situaciones que carecen de cauces propios en la relación laboral, como la necesidad de permisos o licencias por necesidades de carácter social totalmente alejadas de las necesidades médicas<sup>4</sup>; o incluso se utiliza la incapacidad temporal como un mecanismo de acceder a una renta económica

<sup>2</sup> DESDENTADO BONETE, A.: “Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 6 de 2008, página 672. De igual manera FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: “El control de las Mutuas de Accidentes de Trabajo de las bajas médicas por contingencias comunes: situación actual y perspectivas”, *Actualidad Laboral* nº 8 de 2008, página 921.

<sup>3</sup> Tal como señala el art. 169.1 a) TRLGSS, tienen la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal “Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo”. Desde un punto de vista conceptual se ha afirmado que “El trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal cuando a consecuencia de una alteración de la salud que requiere de asistencia sanitaria, y no puede desarrollar su actividad laboral, si bien dicha imposibilidad de trabajar es transitoria”. GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M., ÁLVAREZ ALCOLEA, M., DE VAL TENA, A.L. Y GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: *Lecciones de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid 2016, página 189.

<sup>4</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 28 (2012), página 108.

cuando el trabajador pretende presionar al empresario sin realizar prestación de trabajo, o como reacción a situaciones de desprotección entre sucesivos contratos temporales<sup>5</sup>. En definitiva, las reformas parecen justificadas ante el hecho de que la prestación de incapacidad temporal puede utilizarse como “prestación refugio”<sup>6</sup> de todo un conjunto de situaciones en las que el derecho a la protección está del todo injustificado. En definitiva, un exceso en el gasto en esta prestación ha hecho surgir una permanente sospecha de fraude hacia los que disfrutaban de la prestación<sup>7</sup>, y la eficacia del sistema se mide no sólo en la intensidad de la protección de los beneficiarios, sino también en que los beneficiarios tengan realmente derecho a la prestación<sup>8</sup>.

## 2. DIFICULTADES EN LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Las “facilidades” que ofrece esta prestación para que algunos beneficiarios puedan actuar fraudulentamente se debe en buena medida a la propia complejidad de la gestión de la prestación de incapacidad temporal. Recordemos algo esencial: la alteración de la salud de un trabajador puede dar lugar a dos prestaciones to-

<sup>5</sup> En este sentido vid. TORTUERO PLAZA, J.L.: “Al margen de episodios fraudulentos, lo cierto es que la incapacidad temporal constituye una especie de “refugio protegido” para los trabajadores, al que acuden para dar respuesta a un sin fin de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral. En efecto, circunstancias personales, familiares, laborales..., que exigen disponer de un tiempo para su resolución o encauzamiento, carecen normalmente del cauce adecuado. Basta con traer a colación la parquedad de permisos regulados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores”. “Reflexiones acerca de la incapacidad temporal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 10 (2006), páginas 4 y 5. También CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.: “Nuevos retoques de la prestación de incapacidad temporal. Lucha contra el fraude, recorte de derechos y eliminación de situaciones de desprotección: ¿Es posible todo al mismo tiempo?”, en AA.VV., dirigidos por J.L. MONEREO PÉREZ, *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley, Madrid 2009, página 210.

<sup>6</sup> En este sentido CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.: Op. cit., página 212; o FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 921; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I). (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal)”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2011, página 490; PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MINGUILLÓN, R.: Op. cit.

<sup>7</sup> En este sentido vid. MERCADER UGUINA, J.R.: “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 2004, página 404; también FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 921; LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal: El nuevo papel de las Mutuas en la reforma legislativa en curso”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 165 (2014), página 54.

<sup>8</sup> Así lo afirmaba PANIZO ROBLES, J.A.: “El control de la incapacidad temporal. A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 4 (1997), página 81.

talmente diferentes, que están conectadas. De entrada, una prestación en especie, la asistencia sanitaria; y, de otro lado (cuando el trabajador queda imposibilitado para el desarrollo de la prestación de trabajo a consecuencia de la alteración de la salud), una prestación económica que cubre la carencia de rentas, la incapacidad temporal<sup>9</sup>. Pues bien, ambas prestaciones se gestionan por entidades diferentes<sup>10</sup>, con objetivos distintos (la recuperación de la salud y atender la situación de necesidad económica, pero de la manera más eficiente posible –sobre todo en una situación de crisis económica y de debilidad económica del sistema–), existiendo un sistema en el que hay una interconexión en la gestión de una y otra prestación, de manera que los actos de una entidad gestora (la declaración de baja médica, prolongación de la baja y alta por parte de los SPS encargados de la gestión de la asistencia sanitaria), afectan directamente a la actuación de la otra entidad (el INSS, o el ISM) en la gestión de la otra prestación: la baja médica hace surgir el derecho a la prestación de incapacidad temporal; de manera que la entidad pagadora de la prestación (el INSS o el ISM) no concede el derecho realmente, sino que ello depende de un sujeto ajeno a la misma<sup>11</sup>; o expresado en otros términos, quien permite el gasto no tiene responsabilidad en su financiación<sup>12</sup>. A todo ello se suma el hecho de que es perfectamente posible la participación en la gestión de un tercero, las mutuas, que pueden asumir un papel esencial en la gestión de los riesgos profesionales (cuando el empresario opte por la protección a través de una de estas entidades colaboradoras, las mutuas asumen la gestión de la IT en su totalidad, incluyendo los partes de baja, confirmación y alta, así como la asistencia sanitaria<sup>13</sup>), pero también de la incapacidad temporal por riesgos comunes<sup>14</sup>.

Todo ello genera una serie de disfunciones evidentes<sup>15</sup>: de entrada, al facultativo del SPS se le exige que realice realmente dos funciones diferentes: de un lado ha de emitir un diagnóstico médico con el consiguiente tratamiento para que recupere la salud, lo cual es función de cualquier médico; pero, de otro, ha de realizar una valoración en relación con la capacidad laboral del trabajador, pues ha de decidir si la alteración que la salud que sufre el trabajador le impide continuar con el desarrollo de su prestación de trabajo, lo cual no siempre es fácil; más aún, quien está capacitado para diagnosticar una patología y su tratamiento no lo está

<sup>9</sup> TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 59 (2005), página 103.

<sup>10</sup> VICENTE PALACIO, M.A.: “El control de la incapacidad temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social”, *Tribuna Social* n° 168, página 31.

<sup>11</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 112.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 922.

<sup>13</sup> LOPEZ INSUA, B.M.: “Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n° 5 (2015), página 77.

<sup>14</sup> Sobre esta complejidad vid. MERCADER UGUINA, J.R.: Op. cit., página 405.

<sup>15</sup> Vid. con carácter general MERCADER UGUINA, J.R.: Op. cit., páginas 422 y ss.

necesariamente para decidir si el trabajador puede o no seguir desarrollando su prestación de trabajo. De esta manera, no es extraño constatar que normalmente la duración de la IT es coincidente con la duración de la asistencia sanitaria<sup>16</sup>. Además, dado que las entidades gestoras tienen objetivos no coincidentes, las actuaciones orientadas a una u otra finalidad pueden ser totalmente contradictorias<sup>17</sup>.

A lo anterior se une cierta benevolencia por parte de los facultativos que puede generar situaciones en las que la baja médica no esté realmente justificada, pues se basa realmente en las necesidades personales del trabajador y no en su verdadera situación.

Por otra parte, puede constatarse como no existe una adecuada coordinación entre los facultativos de atención primaria y los de especialización, existiendo una evidente demora en que el enfermo sea atendido por los especialistas, lo que genera en muchas ocasiones una dilación indebida de la prestación de IT. También la automaticidad en los partes de confirmación de la baja, e incluso en otorgar la prórroga de la prestación de una manera excesivamente automática (hasta que esta competencia pasó a manos del INSS). De otro lado, existen 17 CCAA, cada una de ellas con su propio SPS, lo que dificulta la existencia de una posición homogénea a la hora de enfrentarse a un mejor control de las situaciones de enfermedad. También debe tenerse en cuenta que los facultativos de los SPS no realizan una prestación de servicios para el INSS o el ISM, por lo que aún cuando estas dos últimas entidades gestoras puedan tener un interés en incrementar el control sobre la labor de los facultativos, estos pueden tener un nulo interés en sus relaciones con tales entidades y en atender sus necesidades.

En definitiva, la evolución a lo largo de los dos últimos decenios evidencia que existe una desconfianza de las entidades que gestionan y pagan la prestación de incapacidad temporal hacia los SPS; es decir, quien decide la baja médica y la continuidad de la misma<sup>18</sup>. Ello ha supuesto que para un mayor control de la prestación económica, se hayan reducido notablemente las competencias de los SPS a favor de los servicios médicos dependientes del INSS/ISM y de las mutuas<sup>19</sup>, pudiendo determinar su actuación el alta de los trabajadores y el cese en el abono de la prestación. El problema es que, tal como hemos visto con el incremento del

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, M.: Op. cit., página 922.

<sup>17</sup> Vid. sobre esta cuestión MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “El control de la incapacidad temporal”, *Temas Laborales* nº 106, página 16.

<sup>18</sup> En este sentido LOUSADA AROCHENA, J.F. Y MARTÍNEZ MOYA, J.: “Incapacidad temporal por contingencias comunes y mutuas patronales, una aproximación desde la aplicación judicial”, *Tribuna Social* nº 191 (2006), página 30.

<sup>19</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit. página 491; LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 54; MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 113.

gasto de la prestación a partir de 2013, parece que los mecanismos de control no han resultado ser muy efectivos<sup>20</sup>.

La conclusión es que las diferentes reformas han generado un sistema en que el control de los procesos médicos ha dejado de ser exclusivo para el SPS, interviniendo entidades que no tienen encomendado la asistencia sanitaria, de manera que en la actualidad podemos señalar que el mayor peso en materia de control de estos procesos recae sobre el INSS (o el ISM), en segundo lugar sobre las mutuas y finalmente sobre los SPS (o el INGESA en su limitado ámbito geográfico de actuación).

### **3. BAJA MÉDICA Y PARTES DE CONFIRMACIÓN DURANTE LOS PRIMEROS 365 DÍAS**

#### **3.1. Sujetos competentes para emitir los partes de baja y confirmación**

El punto de partida en la gestión de la prestación de incapacidad temporal es la baja médica, acto que origina el nacimiento del derecho a la prestación (si se cumplen los requisitos de la misma), siendo competencia del SPS (pues se trata de un acto encuadrable dentro de la prestación de asistencia sanitaria) o de la mutua que gestiona los riesgos profesionales (siempre que, en este caso, la empresa tenga asegurado tales riesgos profesionales con una mutua).

A tenor de lo señalado, en el momento inicial que origina la prestación económica de IT no interviene el INSS, sino que en base al principio de oficialidad, una vez dictada la baja por la entidad competente el derecho al subsidio económico es efectivo<sup>21</sup>. Para determinar la competencia sobre los procesos de IT hemos de acudir fundamentalmente a la regulación de carácter reglamentario, pues el art. 170 TRLGSS se refiere fundamentalmente a los mecanismos de alta. De otro lado, como en la mayor parte de los actos de gestión y control de esta prestación debemos diferenciar según estemos ante una IT derivada de riesgos comunes o profesionales.

En cuanto a los riesgos comunes (prestación de IT gestionada por el INSS o ISM o mutua<sup>22</sup>), la baja médica se formulará en el correspondiente parte de baja

<sup>20</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F. Y MARTÍNEZ MOYA, J.: Op. cit., página 30.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., páginas 492 y 493; LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 55.

<sup>22</sup> Sobre la gestión por las mutuas de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, recordemos lo establecido por el art. 61.1 primer párrafo del RD 1993/1995, de 7 de diciembre: “Los empresarios que opten por formalizar la protección respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de su personal con una mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social podrán,

expedido por el médico del SPS que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado (art. 2.1 RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración). Se trata de una competencia exclusiva que sólo tiene una excepción: los casos en que el INSS o el ISM, a través de sus inspectores médicos, proceda a dictar el alta (ya sea dentro de los 365 primeros días de IT o en el período posterior), pues en estos casos, durante el plazo de los 180 días siguientes al alta son estas entidades las únicas competentes para dictar una nueva baja por idéntica o similar patología, (es decir, en caso de recaídas -art. 170.1 segundo párrafo y 170.2 primer párrafo in fine TRLGSS-). Es así como surge la disociación entre la entidad que inicia la prestación económica (SPS) y la entidad que soporta económicamente la prestación (INSS o mutua)<sup>23</sup>.

Si estamos ante una IT por riesgos profesionales gestionada por INSS o ISM, también será competente el facultativo del SPS (tal como se deduce del art. 2.1 RD 625/2014). Ahora bien, si se trata de una IT derivada de riesgos profesionales y el trabajador presta servicios para una empresa asociada a una mutua para la gestión por tales contingencias, serán médicos de la propia mutua los encargados de expedir el parte de baja y los de confirmación (vid. art. 2.1 RD 625/2014 segundo párrafo, art. 3.1 segundo párrafo de la Orden ESS/1187/2015, de 16 de junio y art. 61.2 segundo párrafo del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social). Sin lugar a dudas, es la especialización de las mutuas la que justifica el papel de estas entidades colaboradoras<sup>24</sup>. Más aún, la propia doctrina laboral ha venido señalando cómo en el caso de riesgos profesionales la duración de las bajas suele ser inferior cuando se gestionan por mutuas, justamente por su mayor especialización<sup>25</sup>.

Sean riesgos comunes o profesionales y corresponda la competencia a los SPS o a los facultativos de la mutua, lo cierto es que la baja se produce una vez realizado el reconocimiento médico del trabajador, a través del cual se precisará tanto la patología y el tratamiento, como la posible incapacidad para realizar su trabajo, siendo esencial en este caso la colaboración del trabajador (art. 2.2 RD 625/2014).

asimismo, optar porque la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma mutua". Posibilidad desarrollada por el art. 80 del mismo RD 1993/1995.

<sup>23</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., páginas 22y 23; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 124.

<sup>24</sup> En este sentido FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 168, página 97.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 130.

En los procesos patológicos de corta duración (duración estimada de la baja inferior a cinco días naturales) el facultativo competente (el SPS o de la mutua) emite al mismo tiempo el parte de baja y de alta, utilizando un único documento o parte (art. 2.3 a) RD 625/2014 y art. 3.2 Orden ESS/1187/2015). En el resto de supuestos se ha de especificar por el facultativo competente (SPS o mutua) en el propio parte de baja médica la fecha de revisión médica. Dicha primera revisión ha de fijarse siempre dentro de un plazo máximo que es diferente en función de la duración prevista de la baja; y en esa revisión se dictará el alta o bien la confirmación de la baja. En caso de que en la revisión se proceda a la confirmación de la baja, habrá que realizar revisiones médicas periódicas en las que podrá dictarse alta o bien confirmarse la baja. La periodicidad máxima entre revisión y revisión (o entre parte de confirmación de la baja y parte de confirmación de la baja) es diferente en función de la duración prevista de la baja médica<sup>26</sup>. Debe tenerse en cuenta que si a lo largo del proceso de la patología se produce una alteración del diagnóstico, los nuevos partes de confirmación deben emitirse de conformidad a la nueva duración estimada (art. 2.4 RD 625/2014 y art. 4.2 último párrafo de la Orden ESS/1187/2015). Con este sistema se pretende que los SPS o las mutuas desarrollen un control permanente de la situación médica del beneficiario, si bien no es necesario que dicho control se realice con unos intervalos fijos (los antiguos siete días entre partes), siendo posible que dentro del plazo máximo el facultativo pueda realizar tales revisiones, facilitando al facultativo una mayor libertad a la hora de realizar el seguimiento de la patología, lo cual debe ser interpretado de manera positiva, pues facilita una mayor flexibilidad frente a la rigidez de la regulación anterior<sup>27</sup>. En cuanto a la tramitación de los partes de baja y confirmación, se regula en el Capítulo IV de la Orden ESS/1187/2015 (arts. 9 y ss.), regulación a la que nos remitimos<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> El art. 2.23 RD 625/2014 y el art. 3.2 de la Orden ESS/1187/2015 establecen la siguiente periodicidad: en caso de procesos de duración estimada entre 5 y 30 días naturales, la primera revisión ha de realizarse antes de siete días desde la baja inicial. Si en dicha revisión se confirma la baja, los sucesivos partes de confirmación han de emitirse con una periodicidad máxima de catorce días naturales entre uno y otro, hasta el alta médica. De otro lado, en los procesos cuya duración estimada oscile entre 31 y 60 días naturales, la primera revisión ha de realizarse también el plazo máximo de siete días naturales desde la baja inicial, de manera que si la revisión confirma la baja, los siguientes partes de confirmación de baja deben emitirse con una periodicidad máxima de 28 días naturales entre sí y hasta el alta médica. Por último, en los procesos que duren 61 o más días naturales, la primera revisión no ha de exceder de catorce días naturales desde la baja inicial, emitiéndose a partir de ahí cuantos partes de confirmación de la baja sean necesarios, con una periodicidad máxima de 35 días naturales entre ellos.

<sup>27</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 105.

<sup>28</sup> En realidad esta regulación se refiere no sólo a la tramitación de los partes de baja, confirmación y también a los de alta. En líneas muy generales esta tramitación será la siguiente: el SPS o la mutua deben remitir el parte de baja/alta o confirmación al INSS (el art. 9 sólo menciona

En conclusión, hasta ahora los SPS (o las mutuas en los casos de riesgos profesionales) son los que tienen la competencia para proceder a la baja del trabajador y para el mantenimiento de la misma a través de los partes de confirmación. No obstante, como comprobaremos posteriormente, dicha competencia se va a mantener sólo temporalmente: durante los primeros 365 días de baja médica; pasando a partir de ahí al INSS. Ello va a suponer que los SPS van a perder el control para decidir la confirmación de la baja y el mantenimiento de la prestación de IT. Además, para permitir un mayor control de la situación del beneficiario se van a establecer todo un conjunto de mecanismos de control de la baja y de los partes de confirmación. En principio, este control se desarrolla por los propios SPS, a través de las revisiones médicas, los propios partes de confirmación, los informes complementarios y los de control. Pero, además, también el INSS o el ISM cuentan con instrumentos de control de la baja médica que implique otorgar la prestación de IT, concretamente a través de los reconocimientos médicos que realizan el INSS o el ISM. En definitiva, si bien los SPS tienen un papel protagonista durante el periodo de los 365 días iniciales de la IT, lo cierto es que tanto el INSS como el ISM disponen de instrumentos de control, tal como vamos a analizar a continuación.

Ha de destacarse, por último, que el art. 2 RD 625/2014 plantea que para la mejora de la gestión de la prestación se utilice la tecnología informática para la emisión de los partes de baja y confirmación, debiendo además emitirse por vía telemática al NSS<sup>29</sup>.

al INSS, pero en caso de ser la entidad gestora el ISM, será a ella a la que haya de remitirse) por vía telemática de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición (art. 9). Se entregarán al trabajador dos copias del parte de baja/alta o confirmación, uno para el interesado y otro para la empresa, quedando obligado el trabajador a presentar a la empresa su copia de los partes de baja y confirmación en el plazo de tres días contados desde la fecha de su expedición. En caso de partes de alta deberá presentarlos en el plazo de 24 horas. En los casos de procesos de IT de corta duración (inferior a los cinco días naturales), los plazos de entrega a la empresa de partes de baja/alta será de sólo 24 horas siguiente al alta, y si el facultativo emite un primer parte de confirmación, deberá presentarse también a la empresa dicho parte en el mismo plazo de 24 horas (vid. art. 10 sobre la entrega al trabajador de los partes y su tramitación a la empresa). Por su parte, el empresario, ha de cumplimentar los partes incorporando los datos señalados en el art. 11.1 de la Orden ESS/1187/2015, y proceder a transmitirlos al INSS (o ISM) a través del sistema RED con carácter inmediato y, en todo caso, dentro del plazo máximo de tres días hábiles desde su recepción.

<sup>29</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 105.

## 3.2. Mecanismos de control de la baja médica y de la confirmación

### 3.2.1. Revisiones médicas por el SPS o mutua competente

Es evidente, tal como acabamos de señalar, que el sistema de revisiones médicas periódicas y la emisión de partes de confirmación de la baja supone un mecanismo de control<sup>30</sup> por parte de los SPS (en caso de riesgos comunes o profesionales en los que la gestión de la IT corresponda al INSS o al ISM) o de las mutuas (cuando se trate de riesgos profesionales protegidos por ella). Junto a estos mecanismos se ha desarrollado todo un conjunto de actividades de coordinación entre SPS y las entidades gestoras de la IT a través de convenios de colaboración que tienen la finalidad de mejorar el control de la situación de IT<sup>31</sup>.

De otro lado, el SPS o la mutua, según la competencia para emitir la baja, debe remitir obligatoriamente al INSS los partes de baja y confirmación de baja, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso en el primer día hábil siguiente al de su expedición (arts. 2.2 y 7.1 RD 625/2014)<sup>32</sup>; lo que supone que el control se amplía al INSS, pues este mecanismo informativo se utilizará como instrumento de control de las bajas médicas<sup>33</sup>. Deberá transmitirse, además de los datos personales del trabajador y los datos obligatorios de la baja (fecha de la misma, contingencia causante, códigos de diagnóstico y ocupación del trabajador<sup>34</sup>), la duración estimada del proceso, si estamos o no ante una recaída de un proceso anterior y, en su caso, la fecha del siguiente reconocimiento. Ciertamente los datos que se transmiten se relacionan directamente con la gestión de la prestación económica, pero también hay datos que han de facilitarse que están orientados a facilitar un mejor control de la situación por parte del INSS (especialmente la duración estimada, la ocupación del trabajador, si estamos o no ante una recaída o la fecha del siguiente reconocimiento).

Otro mecanismo de control es la “puesta a disposición” de los facultativos competentes para dictar la baja tablas de duración óptima tipificadas por los distintos procesos patológicos susceptibles de generar la IT (art. 2.2 RD 625/2014). Se trata de un instrumento que pretende objetivar la duración de las bajas, impo-

<sup>30</sup> En este sentido LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 79.

<sup>31</sup> Sobre esta cuestión vid. LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., páginas 80 y 81.

<sup>32</sup> Ha de puntualizarse que en caso de contingencias comunes, el INSS, una vez recibe los partes de baja y confirmación, ha de remitirlos de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su recepción, al ISM o a la mutua, si es que son tales sujetos los que gestionan la IT.

<sup>33</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, página 494.

<sup>34</sup> Tal como ha señalado la doctrina, la necesidad de especificar el código de ocupación tiene trascendencia sobre todo a la hora de estudiar el comportamiento de la prestación económica. Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., página 98.

niendo a los facultativos competentes un protocolo de actuación derivado de una duración estimada procedente de una entidad a la que resultan ajenos.

### 3.2.2. *Informes complementarios e informes de control*

Otro mecanismo de control lo encontramos en el art. 4 del RD 625/2014 (y el art. 5 Orden ESS/11872015), que regula los informes complementarios<sup>35</sup>: cuando la baja médica tenga una duración estimada superior a 30 días naturales, el segundo parte de confirmación de la baja debe ir acompañado de un informe médico complementario del facultativo competente (recordemos que el primero ha de emitirse como máximo en siete días naturales desde la baja inicial y que los siguientes deben emitirse como máximo cada veintiocho días naturales, por lo tanto, este informe ha de emitirse como máximo 35 días naturales tras la baja)<sup>36</sup>. Si la duración prevista es inferior, pero finalmente se sobrepasa la duración estimada, el informe complementario ha de emitirse junto con el parte de confirmación una vez superados los 30 días naturales. En uno y otro caso, tales informes deben reiterarse cada dos partes de baja posteriores.

Junto con los informes complementarios, el art. 4.2 del RD 625/2014 regula los informes de control de la incapacidad: cuando la entidad competente para emitir la baja y la confirmación de la misma es un SPS, trimestralmente la inspección médica del SPS, o bien el médico de atención primaria (en este caso, bajo supervisión de la inspección médica) ha de emitir un informe de control, en el que deberá pronunciarse expresamente sobre la necesidad de mantener el proceso de IT, todo ello, lógicamente, desde un punto de vista médico<sup>37</sup>. Hay que dudar de la eficacia de este mecanismo de control, pues ello puede generar una acumulación de trabajo en las normalmente reducidas filas de la Inspección Médica de los SPS, por lo que dicha acumulación podría derivar fácilmente en una trivialización de los informes que vayan simplemente a confirmar lo señalado por el facultativo de atención primaria (cuando no serán estos los que realicen el informe bajo “supervisión” de la inspección, pues el RD 625/2014 establece como novedad esta posibilidad)<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Respecto de la regulación anterior, contenida en el RD 575/1997, las diferencias estriban fundamentalmente en la periodicidad de tales informes complementarios, sobre la cuestión vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 107.

<sup>36</sup> Dicho informe debe contener las dolencias padecidas, el tratamiento prescrito, las pruebas realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del trabajador.

<sup>37</sup> Téngase en cuenta que el art. 14.2 de la Orden ESS/1187/2015 establece que estos informes médicos de control serán puestos a disposición de la inspección médica del INSS, ISM o mutua (cuando ésta cubre las contingencias por riesgos comunes), en el plazo de cinco días hábiles desde su emisión.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. ha criticado tanto que el informe haya de producirse cada seis meses, como que la actuación deba realizarse de manera habitual, y no centrándose en los supuestos excepcionales en los que pueda existir una situación fraudulenta. Op. cit., página 106.

Tanto los informes complementarios y los informes de control forman parte, junto con las pruebas médicas realizadas, del proceso de IT (del expediente), pudiendo acceder al mismo los inspectores médicos del INSS, del ISM o los facultativos de las mutuas (en caso de que estas gestionen la IT por contingencias comunes –si gestionan las contingencias profesionales son sus propios facultativos los competentes, por lo que no es necesario acudir a esta vía-). De igual modo, los inspectores médicos del SPS y los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM, tendrán acceso (preferentemente por vía telemática), a la documentación clínica de atención primaria y especializada, de conformidad con lo establecido en el art. 71.3 LGSS<sup>39</sup> (obsérvese que se excluye a los facultativos de las mutuas). Nuevamente se amplían los sujetos con capacidad para controlar el proceso de IT, pues el INSS, el ISM o a la mutua, podrán realizar un efectivo control a través de estos mecanismos de información<sup>40</sup>.

Lógicamente estos mecanismos consistentes en la remisión de informes de control e informes complementarios tienen como objetivo poder controlar el desarrollo de las labores de los facultativos competentes para la emisión de las bajas y los partes de confirmación. Debe destacarse que el art. 4.3 RD 625/2014 proyecta dicho control sobre la actuación de los SPS, pues no en vano los informes complementarios se han de producir cuando la gestión corresponda a los SPS, al igual que los informes de control se refieren a procesos de IT cuya gestión corresponde a los SPS. No obstante, el art. 71.3 TRLGSS establece que las entidades gestoras de la Seguridad Social, como parte de sus competencias de control, podrán solicitar la remisión de los partes médicos de incapacidad temporal expedidos por los servicios públicos de salud, pero también por las mutuas y las empresas colaboradoras, a efectos del tratamiento de los datos contenidos en los mismos. Entendemos que dado que los informes de control y los informes complementarios acompañan a los partes, dicha información debe remitirse también junto con los mismos; además, por esta vía se extiende el control de las entidades gestoras sobre las mutuas (y en su caso las empresas si es que gestionan la asistencia sanitaria).

### *3.2.3. Seguimiento y control de la prestación económica por las entidades gestoras o colaboradoras*

El art. 8 del RD 625/2014 establece la capacidad del personal médico y del personal no sanitario del INSS, ISM y de las mutuas para ejercer el control y seguimiento de la prestación económica de IT. Así podrán “realizar a tal efecto aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los

<sup>39</sup> La literalidad del art. 4.3 señala a la DA 40ª del TRLGSS de 1994, norma derogada que ha de entenderse sustituida por el citado art. 71 TRLGSS de 2015.

<sup>40</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, página 494.

hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio”, todo ello desde el momento en que se expida el parte de baja y sin perjuicio de las competencias del SPS.

La dicción es tremendamente ambigua y podría facilitar una interpretación tremendamente amplia de las facultades de estas entidades. No obstante, contamos con algunos elementos que permiten aclarar cuáles son las facultades en este punto. De entrada, como vamos a ver posteriormente, el art. 9 reconoce al INSS, al ISM la facultad de realizar reconocimientos médicos. Dado que se regula en preceptos separados, es evidente que estamos ante dos competencias diferentes, aunque las dos en el mismo marco de control de la IT. Por lo tanto, el seguimiento y control que regula este art. 8 no incluirá los reconocimientos médicos a los que se refiere el art. 9, de manera que ha de referirse a otra cuestión.

El propio art. 8 parece centrar la cuestión cuando afirma en su apartado primero que los actos de “comprobación” de la IT que se lleven a cabo por los médicos del SPS, los inspectores del INSS, ISM o los médicos de las mutuas, “deben basarse tanto en los datos que fundamenten los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, como en los derivados de los reconocimientos médicos e informes realizados en el proceso. A tal efecto, aquellos podrán acceder a los informes médicos, pruebas y diagnósticos relativos a las situaciones de incapacidad temporal, a fin de ejercitar sus respectivas funciones”. De ello se deduce que los mecanismos de seguimiento y control son fundamentalmente documentales; es decir, que los facultativos realizan un control basado en los expedientes médicos de los beneficiarios. A este respecto recordemos cómo ya hemos señalado *supra*, que los informes complementarios y de control forman parte, junto con las pruebas médicas del proceso de IT, pudiendo acceder al mismo los inspectores médicos del INSS, del ISM o los facultativos de las mutuas (en caso de que estas gestionen la IT por contingencias comunes –si gestionan las contingencias profesionales son sus propios facultativos los competentes, por lo que no es necesario-) <sup>41</sup>. Por otra parte, los inspectores médicos del SPS y los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM, tendrán acceso (preferentemente por vía telemática),

<sup>41</sup> En relación a las mutuas hemos de recordar cómo el art. 82 del RD 1993/1995 establece la facultad de las mutuas de proceder a la práctica de pruebas diagnósticas o aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos prescritos por el SPS, cuando, transcurridos más de quince días a partir de la baja en el trabajo, la situación de incapacidad se prolongase por demora. De otro lado, el art. 83 de esta misma regulación reglamentaria establece que las mutuas podrán realizar los reconocimientos complementarios, pruebas médicas, informes, tratamientos e intervenciones quirúrgicas que se les interese, así como las actuaciones a que se refiere el artículo 82, dentro del marco de acuerdos o convenios aprobados por el Ministerio de competente. No se trata de mecanismos de control en sentido estricto, pero sí de mecanismos que están destinados a conseguir un ahorro en la prestación económica de IT, pues facilitan la más rápida recuperación de los trabajadores. Sobre la cuestión vid. SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad

a la documentación clínica de atención primaria y especializada, de conformidad con lo establecido en el art. 71.3 LGSS (art. 4.3 RD 625/2014, norma que se reitera por lo dispuesto en el art. 8.1 del mismo RD, que incluye también el acceso a la documentación clínica de trabajadores protegidos por mutuas frente a contingencias profesionales). Además, para un mayor respaldo técnico, se pondrá a disposición de estos facultativos las tablas de duración óptimas, tipificadas para los distintos procesos patológicos y tablas sobre el grado de incidencia de los procesos patológicos en las ocupaciones laborales (las mismas tablas a las que se refiere el art. 2.2 RD 625/2014). Con todo ello se pretende que estos facultativos y los de atención primaria de los SPS tengan no sólo la misma documentación, sino también los mismos instrumentos para un eficaz seguimiento de los procesos de IT. Lógicamente el art. 8 en su apartado 3º regula las necesarias cautelas en materia de protección de datos.

De esta regulación puede surgir alguna duda de interés. De entrada, que las mutuas, al gestionar una IT común no tienen las mismas posibilidades de actuación que INSS e ISM, pues la facultad de acceder, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada, aparece reservada tan sólo para estas dos entidades gestoras. En el mismo sentido el art. 71.3 TRLGSS. Con ello la mutua sólo puede realizar actos de comprobación en base a lo previsto por el art. 8.1 RD 625/2014; es decir, acceder a los partes de baja, confirmación, reconocimientos médicos (que puede ordenar ella misma en base al art. 9 de este RD) e informes, así como podrán acceder a pruebas y diagnósticos.

De otro lado, es un tanto inquietante que el art. 8 se refiera a que el seguimiento y control se efectúe no sólo a través del personal médico, sino también del “personal no sanitario”. Parece que con ello se está refiriendo este precepto al personal administrativo cuya función será exclusivamente la del tratamiento de datos, pero en modo alguno asumirá ninguna función médica<sup>42</sup>.

#### 3.2.4. Reconocimientos médicos por el INSS, ISM o mutuas

A tenor de lo previsto por el art. 9 del RD 625/2014, el INSS o el ISM podrán disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de IT sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras; de igual manera las mutuas tienen la misma facultad respecto de los beneficiarios de la IT derivada de riesgos comunes cuando son tales entidades colaboradoras quienes

temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (LMURMT)”, *Actualidad Laboral* nº 16 de 2011, páginas 1868 y ss.

<sup>42</sup> En este sentido el art. 8.3, al regular la protección de datos, señala que el personal no sanitario “únicamente accederá a los datos de los trabajadores afectados que sean estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades establecidas en el mismo”.

gestionan dicha prestación<sup>43</sup>. Dado que el RD 625/2014, regula, tal como indica su propia denominación, determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por IT “en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración”, es evidente que esta posibilidad de realizar reconocimientos médicos se refiere sólo a los primeros 365 días de IT.

El RD 625/2014 dedica un amplio precepto a esta cuestión. Probablemente ello se debe a diferentes motivos: de entrada, por tratarse de una intromisión de una entidad gestora en la actuación del SPS o mutua (en este último supuesto, en caso de riesgos profesionales), quienes son los competentes para la asistencia sanitaria; actuación que se escapa al procedimiento normal de revisiones y partes de confirmación que desarrollan SPS o mutua, por lo que parece conveniente diferenciar uno y otro proceso; además están las consecuencias que puede tener la incomparecencia del trabajador a los reconocimientos, la extinción del derecho a la prestación económica. Desde nuestro punto de vista la justificación del amplio precepto que se dedica a los reconocimientos se basa realmente en esta última cuestión, pues en realidad más que regularse el procedimiento del reconocimiento, lo que se está regulando son las consecuencias de la incomparecencia al mismo.

La entidad gestora que pretende realizar el reconocimiento médico ha de comunicarlo (no se exige que sea de manera fehaciente) con una antelación de cuatro días hábiles, y en dicha citación se le informa que de no acudir al reconocimiento, se procederá a la suspensión cautelar de la prestación económica, pudiendo llegarse a la extinción del subsidio si no se justifica adecuadamente la incomparecencia en el plazo de diez días siguientes a la fecha de reconocimiento.

Caso de acudir al reconocimiento, el art. 9.2 regula los derechos a la intimidad y dignidad de los beneficiarios de la prestación, así como las garantías en materia de protección de datos de carácter personal.

Cabe la posibilidad de que el beneficiario justifique, con antelación al reconocimiento médico, o incluso en ese mismo día, la incomparecencia (posteriormente señalaremos que entiende el art. 9 por incomparecencia justificada). En estos casos la entidad gestora o mutua procederá a fijar una fecha posterior.

En caso de incomparecencia al reconocimiento sin previa justificación, el director provincial del INSS procederá a dictar resolución que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar de la prestación, e indicando que dispone del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a la fecha del reconocimiento al que no ha comparecido, para proceder a la justificación. En caso de que la gestión de la IT por contingencias comunes

<sup>43</sup> En caso de gestión de riesgos profesionales las mutuas no necesitan acudir a este procedimiento, pues son las que otorgan directamente la prestación de asistencia sanitaria.

recaiga sobre una mutua, ésta podrá actuar de idéntica manera. Tanto una como otra entidad han de comunicar por vía telemática la suspensión a la empresa y a la TGSS (no se señala plazo, pero es evidente la necesidad de que tal comunicación sea lo más rápida posible, sobre todo teniendo en cuenta el sistema de pago delegado de la prestación).

El trabajador podrá justificar su incomparecencia dentro del plazo de diez días, estableciendo el art. 9.5 en su segundo párrafo que se entenderá justificada bien cuando aporte informe del médico del SPS en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente<sup>44</sup>; bien cuando la cita se haya realizado en plazo inferior a los cuatro días; o bien cuando se acredite la imposibilidad por otra causa suficiente. Lógicamente los problemas interpretativos van a plantearse sobre todo en este último caso<sup>45</sup>. De otro lado es esencial en esta cuestión el brevísimo plazo de cuatro días hábiles y cuál sea el procedimiento de comunicación, que tal como hemos señalado, no se exige que sea fehaciente. Dado que la situación de IT no supone que el trabajador deba permanecer en su domicilio de manera permanente, pudiendo desplazarse (por ejemplo, en períodos estivales); o que es posible encontrar situaciones personales como la de trabajadores que debido a su situación requieran cuidados de terceras personas, por lo que deben desplazarse temporalmente al domicilio de esas personas, pueden surgir toda una serie de situaciones en las que una interpretación estricta de lo que sea una causa suficiente, puede ser totalmente contrario a los lícitos intereses de los beneficiarios de la prestación.

Si el trabajador justifica la incomparecencia dentro del plazo de los diez días, el director provincial del INSS, del ISM o la mutua dictarán una nueva resolución (en el caso de la mutua un nuevo acuerdo) dejando sin efecto la suspensión cautelar y rehabilitando el pago de la prestación desde la fecha de la suspensión. El pago se realizará directamente por la entidad gestora o mutua en el plazo de quince días siguientes a la fecha de la resolución o acuerdo, no habrá, por tanto, pago delegado. En todo caso ha de comunicarle a la empresa y a la TGSS la resolución o el acuerdo especificando desde que fecha se procede a rehabilitar el pago delegado por parte de la empresa.

Si por el contrario el trabajador no consigue justificar su incomparecencia, el director provincial del INSS o del ISM dictará resolución declarando la

<sup>44</sup> Vid. la STSJ del País Vasco de 13 febrero, AS 2007\1583 en la que se plantea un supuesto en que el beneficiario estaba afectado por una infección respiratoria y en la que el facultativo de atención primaria recomendaba reposo domiciliario.

<sup>45</sup> Tal como señala FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., esta última causa resulta tremendamente difusa y puede prestarse a amplios márgenes de discrecionalidad. Op. cit., página 118. Vid., a modo de ejemplo la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 julio de 2008, AS 2008\2676.

extinción del derecho a la prestación económica desde el día de la suspensión. De igual manera, la mutua podrá acordar la extinción del derecho a la prestación con efectos del día de la suspensión<sup>46</sup>. En ambos casos la resolución o el acuerdo se comunica al interesado, y por vía telemática al SPS, a la empresa y a la TGSS. Además de lo anterior, el inspector médico del INSS o del ISM podrá expedir el alta médica por incomparecencia. Esta facultad de dictar el alta se basa en lo previsto por el art. 170.1 del actual TRLGSS, pues dicho precepto establece que hasta el cumplimiento de los 365 días, la inspección médica del INSS (no menciona este artículo del ISM pues estamos ante una regulación referida al Régimen General) tendrá las mismas competencias que la inspección sanitaria de los SPS para dictar el alta a todos los efectos<sup>47</sup>. Ello supone evitar las altas con exclusivos efectos económicos, de manera que las altas tengan no sólo efectos económicos sino también médicos<sup>48</sup>. No obstante, ello plantea el problema del trabajador, que no ha justificado la incomparecencia en base a una interpretación restrictiva de que ha de entenderse por causa suficiente, pero que mantiene una situación de afectación de su salud que le impida el desarrollo de la prestación laboral, por lo que debería incorporarse al trabajo, sin poder desarrollar la prestación, haciendo recaer en estos casos sobre el trabajador y sobre el empresario las consecuencias de una decisión de este tipo. En definitiva, la falta de justificación implica una presunción de que el trabajador ha recuperado su capacidad para trabajar e incluso que han desaparecido las afecciones para su salud; lo cual, no tiene que ser cierto, con los perjuicios que ello supone (no sólo económicos, sino sobre todo, para la salud); de manera que este mecanismo se configura realmente como un instrumento sancionador sobre el trabajador negligente.

De otro lado, la posibilidad de que facultativos del INSS o del ISM, que no gestionan la asistencia sanitaria, puedan dictar un alta a todos los efectos, supone una intromisión, consideramos que criticable, en el ámbito de la gestión de una prestación que no les corresponde; sobre todo si se tiene en cuenta que el alta va a basarse, no en la situación médica del trabajador, sino en la incomparecencia

<sup>46</sup> Como vemos el ordenamiento reconoce expresamente a la mutua la posibilidad de extinguir el derecho a la prestación económica, lo cual venía siendo señalado con anterioridad por parte de la jurisprudencia, vid. STSJ Cataluña de 21 de octubre de 2008, AS 2008\3152, que reitera la doctrina afirmada por las STS de 5 de octubre de 2006, RJ\2006\6620 y 9 de octubre de 2006, RJ\2007\204.

<sup>47</sup> En realidad el art. 9.6 del RD 625/2014 se refiere a la DA 52ª del anterior TRLGSS de 1994, si bien dicho precepto se integra en la regulación vigente en el mencionado art. 170.1 TRLGSS de 2015.

<sup>48</sup> Recordemos que el art. 39 de la Ley 66/1997 estableció la posibilidad de que los médicos del INSS pudiesen dictar el alta a los solos efectos económicos, de manera que el trabajador podía seguir sometido a tratamiento médico y permanecer de baja médica (y su contrato suspendido). Sobre esta cuestión vid. CARDENAL CARRO, M. Y HIERRO HIERRO, F.J.: Op. cit., página 215.

a un reconocimiento médico o la falta de justificación a dicha incomparecencia, motivos que, a priori, nada tienen que ver con la situación médica y la recuperación del beneficiario.

#### **4. EL FINAL DE LA COMPETENCIA DE LOS SPS O DE LAS MUTUAS EN LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL: EL CUMPLIMIENTO DE LOS PRIMEROS TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO DÍAS DESDE LA BAJA**

Tal como hemos señalado hasta ahora la competencia inicial para dictar la baja, la confirmación de la baja o el alta es del SPS o del facultativo de la mutua en caso de riesgos profesionales (si el trabajador está protegido por tales entidades colaboradoras). Ahora bien, dicha competencia se limita a los primeros trescientos sesenta y cinco días de duración de la IT. Agotado dicho plazo, el INSS, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente (los EVI), será la entidad que asume la competencia para dictar el alta de los trabajadores (art. 170.2 TRLGSS)<sup>49</sup>.

El art. 4.4 de la Orden ESS/1187/2015<sup>50</sup>, establece que el facultativo del SPS o de la mutua (en caso de riesgos profesionales protegidas por la misma), cuando se emita el último parte de confirmación anterior al agotamiento del plazo de los 365 primeros días de IT por parte, debe comunicar al trabajador en el acto del reconocimiento médico que, agotado el plazo de los 365 días naturales, el control del proceso de IT corresponderá en lo sucesivo al INSS, de manera que no volverá a emitir más partes de confirmación<sup>51</sup>, con independencia de que el SPS o la mutua sigan prestándole la asistencia sanitaria que corresponde.

Formalmente en el último parte de confirmación se especificará el pase a control del INSS/ISM, y se señalará la fecha de cumplimiento de los 365 días naturales de IT. A partir de ahí el SPS comunicará esta cuestión al INSS/ISM por vía telemática, debiendo hacerlo de manera inmediata y en todo caso no más tarde del primer día hábil siguiente<sup>52</sup>. Consecuentemente, el SPS o la mutua dejarán de emitir partes de confirmación.

<sup>49</sup> Aun cuando el art. 170 LGSS se refiere sólo a la competencia del INSS, hay que entender, lógicamente, que también el ISM tiene las mismas competencias en su ámbito de actuación. Sobre la competencia a partir de los primeros 365 días vid. la STSJ de Andalucía de 16 abril de 2008, AS 2008\2798.

<sup>50</sup> En desarrollo de lo previsto por el art. 5.3 del RD 625/2014.

<sup>51</sup> Vid. MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal”, *Actualidad Laboral* nº 22 (2009), página 2690.

<sup>52</sup> Vid. art. 5.3 RD 625/2014, y art. 12 del RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

Si el subsidio de IT está a cargo de una mutua (con independencia que sean contingencias comunes o profesionales), el propio INSS comunicará de inmediato a la mutua que el proceso ha alcanzado los 330 días naturales de duración (a tenor de los datos que existen en el sistema), de manera que una vez se alcance los 365 días, será el INSS la entidad gestora la que ejerza las competencias en la prestación de IT, de conformidad a lo dispuesto por el art. 170.2 TRLGSS.

En cuanto a las posibilidades de actuación del INSS/ISM cuando se completan los primeros 365 días, dispone de tres opciones (art. 170.2 TRLGSS)<sup>53</sup>: a) reconocer la prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más (lo que garantiza que la prórroga no será prácticamente automática, tal como ocurría frecuentemente cuando los competentes para declarar la prórroga eran los SPS); b) determinar el inicio de un expediente de incapacidad permanente sin esperar al final de la duración máxima de la IT, pues se estima que no es factible la recuperación del trabajador y que la reducción anatómica o funcional va a ser permanente; c) emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el INSS. Debe tenerse en cuenta que en base a lo dispuesto por el art. 4.5 de la Orden ESS/1187/2015, si la contingencia tiene origen profesional y está gestionada la IT por una mutua, una vez que el INSS ha remitido la comunicación de que el proceso de IT ha alcanzado los 330 días naturales, y en la que se indica que a partir de los 365 días la competencia será del INSS, la mutua podrá hacer una propuesta motivada al INSS para que actúe en uno de los sentidos regulados por el art. 170.2 TRLGSS; propuesta que deberá plantear antes de que la IT alcance los 345 días naturales (por lo que la mutua dispone, en el mejor de los casos, de un máximo de 15 días para ello) y que en ningún caso tiene carácter vinculante.

Estas opciones pueden ser tomadas por el INSS a partir del cumplimiento de esos 365 días; es decir, la decisión puede ser tomada en un primer momento, pero también es perfectamente posible que el INSS tome una decisión (prorrogar la IT), pero en función de la evolución constatada del trabajador, finalmente se adopte otra decisión (iniciar el expediente de invalidez o proceder al alta del trabajador). Si se opta por la prórroga, recordemos que tanto el art. 5.3 RD 625/2014, como el art. 4.4 Orden ESS/1187/2015 establecen que una vez emitido el último parte de confirmación previo al agotamiento de los primeros 365 días de prestación, el servicio público de salud o el servicio médico de la mutua dejarán de emitir partes de confirmación; pero, sin embargo, serán tales entidades las que mantengan la prestación de asistencia sanitaria (art. 4.4 Orden ESS/1187/2015). Ello supone que a partir del momento en que se sobrepasan los 365 días ya no hay que emitir partes de confirmación, quedando tan sólo la posibilidad de parte

<sup>53</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., página 20.

de alta, lo cual corresponde en exclusiva al INSS/ISM: en realidad que no deban emitirse los partes de confirmación no es sino una manifestación de que la competencia exclusiva en el control es del INSS/ISM.

Además, si la opción que tome el INSS es la de proceder al alta médica del trabajador, el INSS también será el único competente para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología en los 180 días posteriores al alta. Es decir, es el único competente para decidir si hay una recaída, de manera que estemos en la misma prestación. Lo que se pretende en este caso es que el INSS tenga la capacidad para controlar las bajas “indefinidas discontinuas” (sucesión en el tiempo de procesos de IT, debidos a una patología similar o idéntica, que se van repartiendo en el tiempo, supuestos que normalmente están vinculados a la resistencia de acceder a un proceso de calificación de invalidez<sup>54</sup>). En definitiva, lo que se otorga al INSS es la capacidad para mantener en exclusiva la competencia en los supuestos de recaída. A tenor del art. 169.2 TRLGSS se considera que existe recaída en un mismo proceso de IT, cuando tras el alta médica, se produce una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días siguientes a la fecha del alta médica (debe resaltarse que lo relevante es la identidad o similitud de las patologías, no la del cuadro médico o alteraciones que produzcan las patologías<sup>55</sup>). Por lo tanto, a tenor de este último precepto, para que no sea recaída (y, en consecuencia, vuelva a ser competente el SPS, o la mutua en caso de riesgos profesionales), ha de tratarse de una patología diferente<sup>56</sup>. Al tratarse de una patología distinta, ello dará lugar a un nuevo proceso de IT, dando la baja el SPS o la mutua que asumirán la competencia para dictar los partes de confirmación de baja hasta que se alcance nuevamente (en su caso) los 365 días<sup>57</sup>. Otra posibilidad para que no haya recaída es que aún tratándose de la misma o similar patología, la baja se haya producido con posterioridad a los 180 días posteriores al alta anterior; es decir, que el trabajador haya cotizado el período suficiente como para iniciar un nuevo proceso de IT (de ahí que no hay recaída).

De otro lado, la superación de los primeros 365 días tiene otro efecto especialmente importante: como consecuencia de la exclusividad del INSS en la gestión de la IT, cesa la obligación empresarial de proceder al pago delegado, pasando a ser una función de la entidad gestora, que asume a partir de ese momento

<sup>54</sup> DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., páginas 686 y 687.

<sup>55</sup> Vid. sobre esta cuestión la STSJ de Asturias de 11 mayo de 2012, AS 2012\1662.

<sup>56</sup> Vid. las SSTs de 15 de octubre de 2013, RJ\2013\8487; 30 de enero de 2012, RJ\2012\3363; 7 de febrero de 2012, RJ\2012\4623; 27 de junio de 2011, RJ\2011\6091; 26 de septiembre de 2001, RJ\2002\326.

<sup>57</sup> LÓPEZ INSUA, B.M.: “Recortes en la duración (...)”, op. cit., página 91.

el pago<sup>58</sup>, si bien ha de recordarse que se mantiene la obligación de cotizar, por lo que la empresa ha de seguir pagando sus cotizaciones y la entidad gestora debe descontar de la prestación económica la cuota del trabajador<sup>59</sup>. Concretamente el art. 2.1 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, establece que la colaboración obligatoria de las empresas en el pago de la prestación cesará el último día del mes en que la entidad gestora competente haya dictado la resolución en la que se declare expresamente la prórroga de la IT o el inicio de un expediente de incapacidad permanente (lógicamente si se dicta el alta, la prestación se extingue y no ha de abonarse, por lo que no ha de regularse si cesa el pago delegado, pues no hay prestación). Se establecen ciertas excepciones en el art. 2.2 del citado Real Decreto, la de las empresas que han sido autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión de la IT, en cuyo caso asumen siempre el pago de la misma (no en vano se reduce también por ello su cotización)<sup>60</sup>; y en el caso de las corporaciones locales respecto del personal que vinieran reconociendo y abonando la prestación de IT<sup>61</sup>. En estos casos se mantiene el pago por tales sujetos hasta la extinción de la IT o la calificación como inválido permanente. De otro lado, recordemos que el SPEE es responsable del abono de la prestación de IT cuando se trata de trabajadores que perciben la prestación contributiva de desempleo, y durante la misma pasan a situación de IT; en estos casos el SPEE seguirá abonando la prestación de IT cuando hay prórroga expresa de la misma, y siempre con el límite máximo de la duración de la prestación por desempleo (art. 2.3 RD 1430/2009).

## 5. EL ALTA DEL TRABAJADOR

De todos los actos médicos que rodean la gestión de la IT el de mayor trascendencia es, sin lugar a dudas, el alta médica del trabajador, pues determina el fin de la prestación económica, con efectos del día siguiente al de su emisión, tal como señala expresamente el art. 5.1 RD 625/2014<sup>62</sup>. No obstante el SPS podrá seguir prestando la asistencia sanitaria si lo considera conveniente. Recordemos

<sup>58</sup> Vid. GRACIA ALEGRÍA, G.: Op. cit., página 45; MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: Op. cit., página 2690; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., página 21.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (II)”, op. cit., página 482.

<sup>60</sup> Vid. art. 102.1 a) y b) TRLGSS.

<sup>61</sup> Sobre esta cuestión en las entidades locales vid. lo dispuesto por la DT 5ª del RD 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local.

<sup>62</sup> Téngase en cuenta que en realidad el art. 5.1 se refiere a la IT por riesgos comunes, pero el art. 5.2 establece que el alta tendrá los mismos efectos en caso de riesgos profesionales. No obstante, la jurisprudencia estima que el subsidio debe abonarse hasta la fecha de la notificación de la resolución administrativa de declaración de alta; vid. al respecto las SSTS de 2 de diciembre de 2014, RJ/2015/35; 18 de enero de 2012, RJ/2012/3624.

que la asistencia sanitaria protege de la salud, mientras que la IT protege frente a aquellas alteraciones de la salud que imposibilitan para el trabajo. Es perfectamente posible que sin haber recuperado totalmente la salud, el trabajador pueda desarrollar su prestación de trabajo; de ahí que sea factible el alta y el mantenimiento de la prestación de asistencia sanitaria<sup>63</sup>. Tal como puntualiza el art. 4.2 del Orden ESS/1187/2015 el alta se expide por el facultativo, bien por curación o por mejoría que permite realizar el trabajo habitual, cuando considere que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral, o por propuesta de incapacidad permanente.

En cuanto a la tramitación de los partes médicos se regula en los arts. 9 y ss. de la Orden ESS/1187/2015<sup>64</sup>. Esta regulación establece que el SPS o la mutua remitirán por vía telemática al INSS de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente a su expedición<sup>65</sup> (excepcionalmente es posible la tramitación en papel, pero en este caso deben ser transmitidos telepáticamente en los dos días siguientes a su expedición). El facultativo debe entregar dos copias del parte al trabajador, una para el interesado y otra para su entrega en la empresa. El trabajador debe presentar el parte de alta destinado a la empresa dentro de las 24 horas siguientes a su expedición; salvo que se haya extinguido el contrato de trabajo durante la baja, en cuyo caso ha de entregarse, en el mismo plazo ante la entidad gestora o mutua<sup>66</sup>. Por su parte, el empresario tiene la obligación de transmitir al INSS el parte de alta, a través del sistema RED, con carácter inmediato y, en todo caso, dentro del plazo máximo de tres días hábiles a partir de su recepción<sup>67</sup>. En cuanto al INSS dará trámite al parte de alta, si se trata de contingencias comunes lo transmitirá al ISM o la mutua que gestione la prestación, haciéndolo de manera inmediata y en todo caso en el primer día hábil siguiente al de su recepción<sup>68</sup>.

Una cuestión relevante es que son diferentes los sujetos con competencia para dictar el alta, siendo conveniente analizar por separado cada una de las posibles situaciones.

### **5.1. Alta por facultativo del SPS o de la mutua que protege riesgos profesionales (dentro de los primeros 365 días)**

El punto de partida de los supuestos de alta lo vamos a encontrar en el art. 5 del RD 625/2014, que regula la declaración médica de alta en los procesos de IT dentro de los primeros 365 días de duración de la prestación económica, así

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., página 107.

<sup>64</sup> Sobre la tramitación de los partes de alta vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., páginas 108 y ss.

<sup>65</sup> Art. 9 Orden ESS/1187/2015.

<sup>66</sup> Sobre la entrega del parte de alta vid. lo dispuesto por el art. 10 de la Orden ESS/1187/2015.

<sup>67</sup> Art. 11.2 Orden ESS/1187/2015.

<sup>68</sup> Art. 13 Orden ESS/1187/2015.

como en el art. 6 de la Orden ESS/1187/2015. A tenor de esta regulación, en los casos de contingencias comunes, la regla general es que el alta se producirá tras el reconocimiento del trabajador por el facultativo competente del SPS, debiendo contener la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. En aquellos casos en los que la gestión de la IT por riesgos comunes corresponda a una mutua, los partes médicos deben comunicarse a las mutuas en la forma y en los plazos del art. 2.5 RD 625/2014 (de manera inmediata, y en todo caso, en el primer día hábil desde su emisión).

En caso de contingencias profesionales, el parte de alta se emite por el facultativo del SPS, o por el médico dependiente de la mutua, según cuál sea la entidad, gestora o colaboradora, sea la competente para la gestión (lo cual, a su vez, depende de si la empresa ha optado por la cobertura de los riesgos profesionales a través de una mutua o no)<sup>69</sup>. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en caso de riesgos profesionales protegidos por una mutua, ésta es competente para dar la baja, proceder a emitir los partes de confirmación de baja y el alta, la competencia de la misma abarca todo el arco de la gestión de los procesos de IT<sup>70</sup>.

## **5.2. Competencia de la inspección médica del SPS, del INSS o de la Seguridad Social (dentro de los primeros 365 días)**

El art. 170.1 TRLGSS señala que hasta el cumplimiento del plazo de 365 días, el INSS ejercerá, a través de los inspectores médicos adscritos a dicha entidad, las mismas competencias de la inspección médica de los SPS o de la Seguridad Social (recordemos que el INGESA sigue gestionando la asistencia sanitaria en Ceuta y Melilla), para emitir un alta médica a todos los efectos (es decir, no sólo a efectos económicos, sino también médicos).

Reglamentariamente el art. 5.1 segundo párrafo del RD 625/2014 establece, en relación con los riesgos comunes, que los partes de alta médica podrán ser extendidos, además de por el facultativo del SPS, por los inspectores médicos del SPS (vid. también lo establecido por el art. 7 de la Orden ESS/1187/2015), del INSS, o en su caso del ISM, tras el pertinente reconocimiento médico del trabajador afectado (recordemos lo dispuesto por el art. 9 RD 625/2014 sobre reconocimientos médicos de los inspectores del INSS o del ISM; o los dispuesto por el art. 4.2 de la misma regulación reglamentaria sobre los informes de control trimestrales de la inspección médica del SPS)<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Vid. art.5.2 RD 625/2014.

<sup>70</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: Op. cit., página 28; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 127.

<sup>71</sup> Debe tenerse en cuenta que el art. 8.1 de la Orden ESS/1187/2015, establece que cuando el alta se expide por los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM, deberán dar traslado

A tenor de esta regulación nuestro ordenamiento está reconociendo que si bien la baja y la confirmación son competencia del SPS (o de la mutua que gestione IT por riesgos comunes), el alta no es competencia exclusiva de estas entidades, sino que se da paso a otros sujetos que, en pie de igualdad, pueden también proceder a dictar el alta de los trabajadores. Por lo tanto, durante los primeros 365 días, el alta es una competencia compartida entre el SPS (o en su caso la mutua), y el INSS (o en su caso el ISM)<sup>72</sup>; cualquiera de estas entidades puede proceder a dar el alta del trabajador; con ello se evidencia que se ha producido un incremento en la capacidad y competencia del INSS (desde la Ley 35/2010), que abarca no sólo al período posterior a los primeros 365 días, sino que también se extiende al período de tales primeros 365 días<sup>73</sup>.

En el caso de riesgos profesionales (art. 5.2 RD 625/2014 y art. 6 Orden ESS/1187/2015), si la gestión de la prestación económica corresponde a la entidad gestora, además del facultativo del SPS también podrán proceder al alta los inspectores médicos del SPS, del INSS, o en su caso del ISM; si, por el contrario, la gestión de la IT por riesgos profesionales corresponde a la mutua, será ella (a través de su facultativo) quien puede dar el alta, sin posibilidad de actuación de los inspectores del SPS, del INSS o del ISM. Ello es conforme a lo dispuesto por el art. 170.1 TRLGSS, que extiende al INSS la competencia de la inspección médica de los SPS o de la Seguridad Social, pero no extiende al INSS la competencia de los facultativos de la mutua cuando gestionan la IT por riesgos profesionales. Es evidente que ello supone trasladar al texto de la norma una cierta desconfianza hacia la actuación del SPS y una cierta confianza respecto de la actuación de la mutua, que puede basarse bien en la mayor experiencia de éstas últimas en la gestión de riesgos profesionales, o bien en el hecho de que el coste de la prestación recae sobre la entidad colaboradora y no sobre el INSS, lo que hace perder interés al INSS en el resultado final de la prestación. La propia doctrina laboral ha venido señalando cómo en el caso de riesgos profesionales, dada la especialización de las mutuas, la duración de las bajas suele ser inferior cuando se gestionan por mutuas, justamente por esa mayor especialización<sup>74</sup>.

En conclusión, por tanto, en caso de riesgos comunes la competencia del alta es compartida por SPS (o mutua) e INSS (o ISM). Sin embargo, en caso de riesgos profesionales, será compartida la competencia para dictar el alta, siempre que la gestión no corresponda a una mutua colaboradora; si la gestión de la IT

telemáticamente del parte de alta al SPS para su conocimiento, o a la mutua cuando a ésta le corresponde la cobertura de la prestación económica por riesgos comunes.

<sup>72</sup> En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 500.

<sup>73</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: Op. cit., páginas 1870 y 1871.

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 130.

por riesgos profesionales corresponde a la mutua, será ésta la única competente para dictar el alta.

Recordemos que, tal como señala el art. 5.1 tercer párrafo del RD 625/2014, el alta es un alta a todos los efectos, con independencia de qué sujeto la dicte (SPS, mutua, INSS o ISM); de manera que el trabajador deja de percibir la prestación económica y debe reincorporarse a su puesto de trabajo, extinguiéndose la situación de suspensión del contrato, todo ello con independencia de que siga percibiendo tratamiento médico cuando se considere necesario (pero sin suspensión de contrato). Con ello se evitan los nocivos efectos de las bajas con efectos económicos, que generaban importantes situaciones de inseguridad jurídica y duplicidad de decisiones médicas contradictorias por diferentes entidades (INSS y SPS) y que podían generar situaciones en las que el trabajador no tenía derecho a la suspensión y seguía con su contrato suspendido<sup>75</sup>.

Regla de especial importancia es la que establece el art. 170.1 segundo párrafo TRLGSS en relación a las altas dictadas por el INSS, pues este precepto señala que esta entidad será la única competente para emitir una nueva baja médica producida por la misma o similar patología en los ciento ochenta días siguiente a la citada alta médica. Ello supone que la entidad gestora se reserva en exclusiva la competencia para los casos de recaídas y controlar así las bajas indefinidas discontinuas, cuando el alta ha sido otorgada por el propio INSS. Ha de tenerse en cuenta que el art. 8.3 de la Orden ESS/1187/2015 extiende esta competencia no sólo para el INSS, sino también para el ISM, que también podrá controlar las recaídas cuando es su inspección médica la que procede a dictar el alta; además, en estos casos de recaídas declaradas por INSS o ISM no se procederá a la expedición de partes de confirmación<sup>76</sup>, lo cual no es sino una manifestación de la exclusividad del INSS/ISM en el control de estas situaciones de incapacidad temporal. Es la misma regla que establece el art. 170.2 TRLGSS para los casos en que el proceso de IT supera los 365 días de prestación. En definitiva, se trata de una reserva, en exclusiva de la competencia del INSS o ISM para volver a

<sup>75</sup> Vid. con carácter crítico hacia las altas de efectos económicos, CARDENAL CARRO, M. Y HIERRO HIERRO, F.J.: Op. cit., páginas 220 y 221; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., páginas 498 y 499; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (y II)”, *Relaciones Laborales*, tomo II de 2011, página 475; MONREAL BRINGSVAERD, E.: “Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 28 (2012), página 117; SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: Op. cit., páginas 1875 y 1876.

<sup>76</sup> En ambos casos señala el art. 8.3 de la Orden ESS/1187/2015, que tanto el INSS como el ISM deben proceder a comunicar el SPS o a la mutua (si gestiona la prestación) que han concedido una nueva baja que, como recaída, forma parte del proceso original de IT. Además, el citado precepto establece una regla ciertamente interesante: en estos supuestos de recaída declarada por INSS o ISM no se procederá a la expedición de partes de confirmación.

reiniciar un mismo proceso de IT por una nueva baja, de manera que se excluye totalmente al SPS, que de esta manera no tiene competencia en algo para lo que, con carácter general, está habilitado, como es dictar la baja del trabajador<sup>77</sup>. Lógicamente, si se trata de una patología diferente, sí seguirán siendo competentes el SPS o la mutua<sup>78</sup>.

### **5.3. Propuesta de alta médica formulada por las mutuas en los procesos de IT común**

El art. 6 del RD 625/2014 regula la propuesta de alta médica realizada por la mutua en los procesos derivados de contingencias comunes<sup>79</sup>. Se trata de supuestos en que la mutua gestiona esta cobertura, y su competencia sólo afecta al período de los primeros 365 días (a partir de ahí la competencia le corresponde en exclusiva al INSS). Recordemos que durante este plazo inicial de prestación, la competencia para dictar el alta en los supuestos de contingencias comunes corresponde al SPS, si bien esta competencia se ha extendido también a la inspección médica del SPS, del INSS/ISM o de la Seguridad Social. También ha de quedar claro que la competencia de la mutua es una mera propuesta de alta médica y en ningún caso se le otorga la capacidad para dictar el alta médica del trabajador<sup>80</sup>.

Aquí resultan especialmente importantes los mecanismos de control de la IT a los que hemos hecho referencia con anterioridad, pues tal como señala el art. 6 RD 625/2014, la propuesta de la mutua se produce cuando “a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de la baja, de los informes complementario o de las actuaciones de control y seguimiento” que la mutua desarrolle, considere que el trabajador no está realmente impedido para desarrollar su prestación de trabajo, por lo que formulará (a través de sus propios facultativos) la propuesta ante la inspección médica del SPS<sup>81</sup>, comunicándolo, simultáneamente, al propio trabajador afectado.

<sup>77</sup> MONREAL BRINGSVAERD, E.: Op. cit., página 117.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., páginas 500 y 501.

<sup>79</sup> Sobre este procedimiento vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: Op. cit., páginas 108 y ss.

<sup>80</sup> Vid. SSTSJ del País Vasco de 24 abril de 2007, AS 2007\2540; País Vasco de 10 octubre de 2007, AS 2007\941; Cataluña de 27 junio de 2007, AS 2007\546; Cataluña de 28 julio de 2006, AS 2006\194.

<sup>81</sup> Recordemos al respecto lo señalado por el art. 80.3 del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social: “Las Mutuas podrán instar la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en los términos que se reconoce a las empresas en la Orden del Ministerio de Trabajo de 21 de marzo de 1974. Igualmente, podrán poner en conocimiento de dicha Inspección cualquier hecho puesto de manifiesto en el desarrollo de sus funciones de colaboración para la adopción por los mismos de las actuaciones o medidas que correspondan en el ámbito de sus competencias materiales”.

La inspección médica remitirá inmediatamente la propuesta a los facultativos del SPS que tengan la misión de emitir los partes en el específico proceso de IT. Tales facultativos deben pronunciarse confirmando la baja, o admitiendo la propuesta de alta. En el primer caso (confirmación de la baja), deben consignar el diagnóstico, tratamiento, causas que justifican la discrepancia, y por tanto la conformación, así como los controles que se consideren necesarios. Dicha confirmación se remite nuevamente a la inspección médica, quien trasladará a la mutua el informe. Esta actuación ha de realizarse en el plazo máximo de cinco días desde la recepción de la propuesta de alta por la inspección médica del SPS. El plazo es tremendamente breve, pues en dicho plazo no sólo ha de emitir informe el facultativo correspondiente, sino que, además, deben efectuarse todos los actos de remisión<sup>82</sup>.

El art. 6.2 in fine del RD 625/2014 señala que en los casos en los que la inspección médica del SPS no recibe la contestación del facultativo<sup>83</sup>, o bien recibéndola, discrepa de la misma, podrá adoptar el alta (recordemos que el art. 5.1 segundo párrafo del RD 625/2014 establece, en relación con los riesgos comunes, que los partes de alta médica podrán ser extendidos, además de por el facultativo del SPS, por los inspectores médicos del SPS, del INSS, o en su caso del ISM; todo ello con carácter general y sin necesidad de propuesta de alta por parte de la mutua).

De este procedimiento parecería que el SPS mantiene en exclusividad la capacidad para dar de alta, si bien no ya en manos del facultativo, sino de la inspección médica del SPS<sup>84</sup>; pero no es así, pues recordemos, tal como ya hemos señalado anteriormente, que durante los primeros 365 días la capacidad para dar de alta está compartida entre el SPS y la inspección médica del SPS y del INSS/ISM (o en su caso de la Seguridad Social cuando tiene la competencia de prestar la asistencia sanitaria). En este sentido, junto a la capacidad general de la inspección médica del INSS que acabamos de señalar, ha de sumarse que si la propuesta de alta de la mutua no es resuelta y notificada por el SPS en el breve plazo de cinco días, la mutua puede solicitar el alta al INSS o al ISM (recordemos nuevamente el art. 5.1 del RD 625/2014) por vía telemática<sup>85</sup>. La entidad gestora está obligada a resolver en el plazo de cuatro días siguientes a la recepción de la solicitud de alta,

<sup>82</sup> En sentido crítico sobre la brevedad del plazo, vid. GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 112. Ya respecto de la regulación anterior (RD 575/1997) se planteaba la misma crítica, lo cual es relevante, sobre todo teniendo en cuenta que los plazos en dicha regulación anterior eran más amplios; sobre la cuestión vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 495.

<sup>83</sup> El facultativo dispondrá en realidad hasta el quinto día inclusive desde la recepción por la inspección médica de la propuesta de alta.

<sup>84</sup> Tal como destacaba GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 495.

<sup>85</sup> Vid. art. 6.3 RD 625/2014 y art. 8.3 Orden ESS/1187/2015.

debiendo actuar en los plazos y cumplir con las comunicaciones del art. 7.5 RD 625/2014)<sup>86</sup>. Aparentemente la actuación del INSS/ISM se produce sólo cuando no hay resolución en plazo por el SPS, lo cual se deduciría de la literalidad del art. 6.3 RD 625/2014, a tenor del cual las facultades de alta del INSS o del ISM sólo actúan cuando la propuesta de alta de la mutua “no fuese resuelta y notificada en el plazo de cinco días”. Con ello se deja en el aire resolver las situaciones en las que haya discrepancia entre la mutua y el SPS, pues este tipo de situación no va a ser resueltas por el INSS<sup>87</sup>. Sin embargo, recordamos nuevamente que el art. 5.1 RD 625/2014 otorga a la inspección médica del INSS o del ISM la facultad de expedir el parte de alta, sin que nada impida que el origen del mismo resida en una propuesta de alta de la mutua o en una comunicación de la colaboradora.

Si la entidad gestora considera que no procede el alta solicitada, lo comunicará a la mutua por vía telemática y de manera inmediata, y en todo caso en el día hábil siguiente a aquél en que se adopte la decisión. Si, por el contrario, estima que procede el alta solicitada, expedirá el parte (recordemos su capacidad ex art. 5.1 RD 625/2014), lo comunicará telemáticamente, disponiendo para ello del mismo plazo de cuatro días<sup>88</sup>. En realidad, dado que no se regula ninguna consecuencia ante el no cumplimiento del plazo de cuatro días, nada ocurrirá si no se respeta dicho plazo<sup>89</sup>.

En definitiva, desde mi punto de vista hay que entender que en estos casos de propuesta de alta de la mutua cuando se trata de una situación de IT por riesgos comunes cubierta por la propia mutua, no estamos sino ante un supuesto de alta por parte de la inspección médica del SPS, del INSS, ISM o de la Seguridad Social, con una particularidad: que el procedimiento se inicia a instancia de la mutua, quien motivadamente solicita el alta a los sujetos competentes para otorgarla los primeros 365 días de IT por contingencias comunes<sup>90</sup>. Tanto es así, que

<sup>86</sup> Téngase en cuenta que si no se ha resuelto y notificado la propuesta en el plazo de cinco días, lo lógico es entender que el facultativo no ha consignado la información que requiere el art. 6.2 RD 625/2014; por lo que la única documentación que se tendrá en cuenta por el INSS (salvo que haya informes complementarios o de control) será la aportada por parte de la mutua, que recordemos tiene la capacidad para el seguimiento y control de la prestación en base a lo previsto por el art. 8 del RD 625/2014.

<sup>87</sup> Señalaba DESDENTADO BONETE, A. respecto de la regulación anterior, contenida en el derogado RD 575/1997, que la actuación del INSS se planteaba tras haber fracasado la propuesta de alta ante el SPS, por lo que parecía un procedimiento pensado para bloquear la iniciativa de la mutua; op. cit., página 688.

<sup>88</sup> Vid. lo dispuesto por el art. 8.2 de la Orden ESS/1187/2015.

<sup>89</sup> De hecho en la regulación anterior no se regulaba plazo alguno para la resolución del INSS.

<sup>90</sup> Si fueran contingencias profesionales, o está gestionada la prestación económica y sanitaria por la mutua, siendo ella la competente en todo caso; o está gestionada por la entidad gestora y la mutua no tiene competencia alguna sobre los trabajadores así protegidos.

estimo de aplicación lo previsto por el art. 170.1 TRLGSS o el art. 8.3 Orden ESS/1187/2015: cuando se haya expedido el alta por el INSS o ISM, a través de sus inspectores médicos, estas entidades gestoras son las únicas competentes para emitir una nueva baja por la misma o similar patología en los ciento ochenta días siguientes al alta<sup>91</sup>. De otro lado, tal como ha señalado la doctrina laboral, la eficacia de este mecanismo de propuesta de alta se constata al analizar los resultados de las propuestas de alta, pues la mayoría de las mismas acaban en un alta del trabajador<sup>92</sup>. Se evidencia así que la propuesta de alta tiene sobre todo el objetivo de controlar (por parte de la mutua) la actuación del SPS en los primeros 365 días de prestación de IT por riesgos comunes<sup>93</sup>.

#### **5.4. Alta por incomparecencia del trabajador a los reconocimientos médicos (primeros 365 días)**

La posibilidad de un alta por incomparecencia injustificada del trabajador se plantea en dos casos diferentes. En primer lugar, ya nos hemos referido a lo establecido por el art. 174.1 TRLGSS, que regula la extinción del derecho a la prestación económica “por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la mutua colaboradora”<sup>94</sup>. Ahora bien, lo que regula este precepto es la extinción de la prestación, sin referirse si ello supone el alta médica del trabajador. Reglamentariamente el art. 174.1 se desarrolla por el art. 9 del RD 625/2014, que resuelve esta cuestión, pues su apartado 6º, señala que en estos casos de extinción de la prestación económica por incomparecencia al reconocimiento médico, “El inspector médico del INSS o del ISM podrá expedir el alta médica por incomparecencia (...)”.

En segundo lugar, el art. 4.2 tercer párrafo de la Orden ESS/1187/2015, señala en relación a la competencia del facultativo del SPS o de la mutua (en caso

<sup>91</sup> De hecho, a nivel de Orden Ministerial, obsérvese como es el art. 8 de la Orden ESS/1187/2015, la que regula la expedición de altas por la inspección médica del INSS o del ISM, incluyendo los casos en que se hace a propuesta o solicitudes de alta por la mutua conforme al art. 6.3 RD 625/2014.

<sup>92</sup> Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (I)”, op. cit., página 495; GUTIÉRREZ PÉREZ, M.: Op. cit., página 111.

<sup>93</sup> En este sentido y de manera crítica, LOPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., páginas 64 y ss.

<sup>94</sup> Sobre la capacidad de las mutuas para proceder a la extinción en estos casos, al entenderse que se trata de un acto de gestión, vid. DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., página 688. Vid. también sobre esta cuestión las SSTs de 7 de marzo de 2007, RJ/2007/4181; 15 de marzo de 2007, RJ/2007/2147; 23 de abril de 2007, RJ/2007/2147; 28 de junio de 2007, RJ/2007/6856; 18 de febrero de 2009, RJ/2009/2575; si bien parece que la línea más reciente apuesta por afirmar que la Mutua disfruta de la competencia para dar por extinguida la prestación en estos casos (vid. STS de 15 de abril de 2010, RJ/2010/4657).

de riesgos profesionales) para emitir los partes de confirmación de la baja, que “Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia”. En este caso estamos ante una situación diferente a la anterior, pues se trata del seguimiento normal de la entidad que otorga la protección de la salud y que tiene un carácter ordinario. Como elemento distintivo del supuesto anterior también hay que destacar que en estos casos no existe una regulación específica sobre la posibilidad de que el interesado justifique la incomparecencia; si bien entendemos que al tratarse de un acto administrativo podrá ser impugnado judicialmente previa reclamación administrativa, demostrando la existencia de una justificación suficiente a la incomparecencia. Además, también como elemento distintivo respecto del primer supuesto, hay que resaltar que en estos casos lo que prevé el art. 4.2 es el alta médica directa, que lleva, lógicamente aparejada siempre la extinción del derecho a la prestación económica; no ocurre, como en el caso anterior que se regula la extinción de la prestación económica, que puede suponer el alta médica.

De esta regulación reglamentaria hemos de resaltar varias cuestiones. De entrada, la contenida en el art. 9 del RD 625/2014 se refiere a la situación en que el INSS o el ISM requieran, a través de sus facultades de control, para la realización de reconocimientos médicos. Esta facultad de control también reconocida a las mutuas cuando se trata de contingencias comunes y es esta entidad colaboradora quien gestiona la prestación económica (art. 9.1 RD 625/2014)<sup>95</sup>. Sin embargo, cuando el mismo precepto regula la capacidad para expedir el alta médica por incomparecencia del trabajador (arts. 9.6 y 9.7), tan sólo se refiere a que la inspección médica del INSS o del ISM podrá expedir dicha alta médica; es decir, se excluye que la mutua pueda en estos casos de incomparecencia a un reconocimiento médico consecuencia de las facultades de control ex art. 9, dictar el alta. La literalidad del precepto no deja, a mi juicio, lugar a dudas, por lo que en estos casos la mutua sólo tendría la posibilidad de acudir a la propuesta de alta en estos casos ante la falta de reconocimiento de esta competencia expresa en esta materia. Además de la interpretación literal del precepto, hay que tener en cuenta que existe otro argumento: el art. 9.6 RD 625/2014 reconoce a la inspección médica de INSS e ISM la competencia de un alta por incomparecencia como consecuencia del “ejercicio de las competencias de previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social”. En la actualidad dicha disposición adicional se ha incorporado al art. 170.1 TRLGSS, a tenor del cual la inspección médica del INSS (y hay que entender también a la del ISM) ejerce dentro de los primeros 365 días de prestación las mismas compe-

<sup>95</sup> Si se trata de riesgos profesionales y estos están cubiertos por una mutua, lógicamente, la mutua no necesita de los reconocimientos médicos regulados en el art. 9, pues gestiona la asistencia sanitaria.

tencias que la inspección médica de los SPS o de la Seguridad Social; y tal como hemos visto *supra*, la capacidad de proceder al alta en estos casos se reserva a estas instancias, sin incluir a los facultativos de las mutuas.

De otro lado, en cuanto a lo previsto por el art. 4 de la Orden ESS/1187/2015, ha de señalarse que se regula en el precepto dedicado a la expedición de los partes de confirmación de la baja, los cuales se emiten, tal como hemos visto, por “el correspondiente facultativo del servicio público de salud, o de la mutua cuando la incapacidad derive de una contingencia profesional cubierta por la misma”, de manera que tal como señala la propia literalidad del precepto “Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia”. Por lo tanto, en los casos de riesgos profesionales gestionados por la mutua, ésta sí tiene capacidad para emitir un alta médica por incomparecencia a las revisiones previstas en los partes.

En conclusión, a tenor de los preceptos analizados, la competencia para la emisión de un alta médica por incomparecencia del trabajador a las revisiones médicas, puede ser de los facultativos del SPS (en caso de riesgos comunes y profesionales, si estos últimos son protegidos por la entidad gestora), de la mutua en caso de riesgos profesionales si son protegidos tales riesgos por la entidad colaboradora (en caso de riesgos comunes tan sólo tendría, a nuestro juicio, la posibilidad de acudir a la propuesta de alta<sup>96</sup>) y de la inspección médica del INSS o del ISM (tanto en caso de riesgos comunes como profesionales).

Por otra parte, tanto si estamos ante un alta por incomparecencia injustificada el art. 9 del RD 625/2014, como ante un alta por incomparecencia a una revisión prevista en el parte de baja o confirmación ex art. 4.2 Orden ESS/1187/2015, la literalidad de ambos preceptos señala que el inspector médico “podrá expedir el alta médica”, o que “se podrá emitir el alta médica”. Es decir, no existe una automaticidad entre la extinción del derecho a la prestación económica y el alta del trabajador, permitiendo el legislador la posibilidad de que se extinga el derecho a la prestación de IT, pero se mantenga la baja médica del trabajador cuando sea necesario para otorgar la prestación médica; es decir, se plantea el alta médica, no como una consecuencia automática de la incomparecencia, sino como una posibilidad.

Es necesario señalar las consecuencias de que el alta médica no sea automática respecto de la extinción de la prestación. Hay que precisar la situación: en los casos de incomparecencia injustificada a una revisión dispuesta por INSS, ISM o mutua (cuando deriva de contingencias comunes) ex art. 9 RD 625/2014, cabe la extinción de la prestación y la posibilidad del alta médica. En estos casos

<sup>96</sup> Vid. la STSJ de Canarias de 9 junio de 2006, AS 2006\2268.

es factible que se pierda la prestación económica, pero se mantenga la asistencia sanitaria (se puede expedir el alta, pero no es obligatorio); es decir, lo que se está planteando no es más que un alta de efectos meramente económicos, con lo que sigue existiendo en la práctica esta posibilidad, que parecía eliminada de nuestro ordenamiento. En el caso de incomparecencia a la revisión médica prevista por el parte de baja o confirmación (art. 4 Orden ESS/1187/2015), lo que se plantea es directamente el alta médica, que si bien no es obligatoria, siempre va a generar la pérdida de la prestación (no cabe alta de efectos meramente económicos).

### **5.5. Alta por el INSS tras los primeros 365 días de prestación**

Tal como ya hemos señalado anteriormente, el art. 170.2 TRLGSS establece que agotado el plazo inicial de los primeros 365 días de prestación, el INSS, será el único competente (a través de los órganos con competencia para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, los Equipos de Valoración de Incapacidades<sup>97</sup>), para dictar el alta médica, ya sea por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. Con ello se atribuye al INSS el control absoluto sobre los procesos de IT de larga duración, probablemente por apreciar el legislador la existencia de desviaciones en el gasto en esta prestación<sup>98</sup> (no obstante, tengo la impresión de que el comportamiento fraudulento es más frecuente en las bajas de corta duración), y sobre la prórroga de la prestación económica, pues como ya se ha señalado, una de las críticas a la actuación de los SPS era justamente la automaticidad con la que solía concederse la prórroga<sup>99</sup>.

A tenor de esta norma, a partir del cumplimiento del plazo antes señalado, el SPS o la mutua pierde totalmente la competencia para el seguimiento de los procesos médicos, correspondiendo al INSS la competencia en exclusiva. Consecuentemente, será el INSS el único con capacidad para dictar el alta del trabajador (no obstante, aun cuando la norma legal sólo menciona al INSS, reglamentariamente el art. 5.3 del RD 625/2014 también señala al ISM, y el art. 1 del RD 1430/2009 especifica que agotado el plazo de los primeros 12 meses de IT -365 días- tanto el INSS como el ISM serán los únicos competentes para reconocer la prórroga expresa, iniciar un expediente de incapacidad permanente, o emitir el alta médica). Ello supone que tampoco tendrán competencia para dictar el alta a partir de esos 365 días de prestación ni la inspección médica del SPS, del propio

<sup>97</sup> Vid. el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, Administrativas y de orden social (BOE 19 de agosto de 1995); así como la Orden de 18 de enero de 1996 que lo desarrolla.

<sup>98</sup> Sobre la cuestión vid. DESDENTADO BONETE, A.: Op. cit., página 688.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (II)”, op. cit., página 474.

INSS (en realidad este tiene la competencia en exclusiva para dar de alta, pero a través de otro sujeto de él dependiente, los mencionados Equipos de Valoración de Incapacidades), ni la de la Seguridad Social.

Esta exclusividad del INSS para dictar el alta una vez transcurridos los primeros 365 días se prolonga durante el período de prórroga de los 180 días que establece el art. 169.1 a) TRLGSS; prórroga que concede el INSS exclusivamente cuando se presume que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (en caso contrario el INSS debe iniciar el expediente de incapacidad permanente). Sin embargo, debe recordarse que el art. 174.2 TRLGSS establece que extinguido el período máximo de los 545 días naturales, el trabajador entra en el período de calificación en el grado de correspondiente de incapacidad permanente, debiendo ser calificado en el plazo máximo de tres meses (período durante el cual sigue percibiendo la prestación de IT). No obstante, este precepto plantea la posibilidad de ampliar la duración, cuando exista la necesidad de continuar el tratamiento médico por existir una expectativa de recuperación o mejoría<sup>100</sup>, pudiendo retrasarse la calificación por el período preciso, sin que se superen los 730 días de prestación. Durante este período de tiempo el competente seguirá siendo el INSS y se mantendrá el abono de la prestación<sup>101</sup>.

Por otra parte, tal como hemos señalado anteriormente, no sólo el INSS es competente para dictar el alta una vez transcurridos los primeros 365 días de IT. Además, tal como señala el art. 170.2 primer apartado, el INSS “será el único competente” para dictar una nueva baja médica en casos de IT producida por la misma o similar patología, siempre y cuando dicha baja se produzca dentro del plazo de los 180 días naturales posteriores a la citada alta médica emitida por el INSS. Tan sólo la baja se deba a patologías diferentes, aun estando dentro de los 180 días (se trata de un proceso de IT diferente)<sup>102</sup>, o cuando haya superado los 180 días (período coincidente con la cotización exigida para tener derecho a una nueva prestación y con la duración de la prórroga de la IT ex art. 169.1.a TRLGSS), aun cuando se trata de la misma patología, volverá a recuperar la competencia el SPS para dictar nuevas bajas médicas.

A tenor de lo expuesto, el INSS tiene competencia exclusiva para dictar el alta médica tras los 365 primeros días, y tiene competencia compartida con el

<sup>100</sup> Tal como señala MOLINS GARCÍA-ATANCE, J., esta posibilidad de prolongación está condicionada a la expectativa de mejora sanitaria con vistas a la reincorporación del trabajador. Op. cit., página 22.

<sup>101</sup> No obstante, no existe obligación de cotizar ex art. 174.2 *in fine* TRLGSS.

<sup>102</sup> En este caso, si se trata de enfermedad común, surge el problema de la falta de período de cotización, dado que se exigen los 180 días de cotización y la baja médica se produce antes de estos 180 días. No habría problema en caso de riesgos profesionales o accidente no laboral. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control (...) (II)”, op. cit., página 482.

SPS para dictar el alta en los primeros 365 días, por lo que con la regulación actualmente vigente se comprueba la relevancia que ha adquirido la entidad gestora tras las sucesivas reformas en esta materia<sup>103</sup>.

Sobre lo anterior debe realizarse una puntualización en caso de procesos de IT derivados de riesgos profesionales cuando la gestión corresponde a la mutua: en estos casos ya hemos señalado que el art. 4.5 de la Orden ESS/1187/2015 establece que una vez remitida por el INSS la comunicación de que el proceso de IT ha alcanzado los 330 días naturales, y en la que se indica que a partir de los 365 días la competencia será del INSS, la mutua podrá hacer una propuesta motivada al INSS para que actúe en uno de los sentidos regulados por el art. 170.2 TRLGSS; propuesta que deberá plantear antes de que la IT alcance los 345 días naturales (por lo que la mutua dispone, en el mejor de los casos, de un máximo de 15 días para ello) y que en ningún caso tiene carácter vinculante para el INSS. En este caso la competencia sigue siendo exclusiva para el INSS, si bien se permite un relevante papel a la mutua, similar al que asume cuando gestiona la IT común, que también puede proponer el alta del trabajador al SPS (o en última instancia al INSS o al ISM). No obstante, y esto es una cuestión relevante, ha de tenerse en cuenta lo establecido por la Resolución de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social de 16 de enero de 2006, a tenor de la cual (apartado 2º.2) una vez que el INSS o el ISM asumen la competencia exclusiva por el transcurso de los primeros 365 días de IT, “Cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la mutua correspondiente efectuará ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social o ante el Instituto Social de la Marina, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados en el párrafo anterior, *debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si ésta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción*” (la cursiva es nuestra). Desde mi punto de vista el establecimiento de este plazo y los efectos de su superación son totalmente contrarios a lo previsto por el art. 4.5 de la Orden ESS/1187/2015, y sobre todo al hecho de que esta norma haya previsto expresamente la carencia de efectos vinculantes de la propuesta de la mutua, por lo que ha de rechazarse cualquier efecto obligatorio de la Resolución en este sentido<sup>104</sup>.

Esta regulación sobre la recaída y la competencia del INSS debe complementarse con lo señalado por dos reglas recogidas en el art. 174 TRLGSS. En primer lugar, el art. 174.1 establece que para aquellos casos en los que iniciado un expediente de incapacidad permanente antes del agotamiento de la duración

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 123.

<sup>104</sup> En similar sentido crítico LÓPEZ INSUA, B.M.: “Control del fraude (...)”, op. cit., página 78.

máxima ordinaria de la IT (545 días), se deniega el derecho a prestación de incapacidad permanente, el INSS será “el único competente” para emitir una nueva baja por la misma o similar patología, dentro de los 180 días posteriores a la resolución denegatoria de la prestación. Si se produce una recaída en estos casos, la IT podrá prolongarse (dado que se trata de recaída es el mismo proceso) hasta el máximo de los 545 días<sup>105</sup>. De otro lado, el art. 174.3 TRLGSS señala que extinguido el derecho a IT por agotamiento de los 545 días, no habrá derecho a nueva prestación por la misma o similar patología hasta que transcurran 180 días y se reúnan los requisitos en la fecha de la nueva baja médica; sin embargo, aun cuando se trate de la misma o similar patología, y no hubiesen transcurrido los 180 días desde la denegación de la incapacidad permanente, el INSS puede iniciar un nuevo proceso de IT, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad, si considera que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. En estos casos el INSS acuerda la baja “a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal”. Se establece así una importante facultad del INSS, que puede facilitar que se inicie un nuevo período de incapacidad temporal. Ésta no es una facultad discrecional del INSS, por lo que, especialmente la denegación de la prestación, debe justificarse<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> Vid. LOPEZ INSUA, B.M.: “Recortes en la duración (...)”, op. cit., página 94.

<sup>106</sup> En este sentido LOPEZ INSUA, B.M.: “La problemática de la recaída en incapacidad temporal y el alcance de las competencias del INSS para emitir una nueva baja, a la vista de las últimas reformas operadas ¿Cuál ha sido su finalidad?”, *Temas Laborales* n° 108 (2011), página 245. Vid. sobre esta cuestión las SSTs de 10 de diciembre de 2012, RJ\2013\1405; 8 de noviembre de 2011, RJ\2012\1231; 8 noviembre de 2011, JUR 2011\427682; 23 de julio de 2010, Ar. 7287; 11 de mayo de 2010, Ar. 5242; 23 de junio de 2009, Ar. 4428; 8 de julio de 2009, Ar. 4686; 13 de julio de 2009, Ar. 4690; 15 de julio de 2009, Ar. 4691. Vid. también las SSTSJ de Cantabria de 4 abril de 2016, AS 2016\626; Valencia de 20 mayo de 2014, AS 2014\1749.