



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

UNIVERSIDAD DE OVIEDO

TESIS DOCTORAL

<< La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social >>

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

2016

José Luis Lafuente Suárez



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español/Otro Idioma: LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL	Inglés: TEMPORARY INCAPACITY IN THE GENERAL REGIME OF THE SOCIAL SECURITY
2.- Autor	
Nombre: JOSE LUIS LAFUENTE SUAREZ	DNI/Pasaporte/NIE:
Programa de Doctorado: DOCTORADO EN DERECHO	
Órgano responsable: FACULTAD DE DERECHO	

RESUMEN (en español)

LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La Incapacidad Temporal--en adelante I.T.-- que estudiamos en el Régimen General de la Seguridad Social es una contingencia protegida de carácter profesional que muestra tres elementos propios que la definen: la inhabilitación del trabajador para el desempeño de su labor, provisional en el tiempo; su constatación por los organismos públicos competentes y la necesidad de recibir asistencia sanitaria dirigida a la recuperación de la salud y capacidad laboral de aquél.

Aunque históricamente podemos encontrar antecedentes en las fraternidades gremiales, las sociedades de Socorros Mutuos, en España la norma que puede considerarse primigenia en la concepción de la incapacidad en general y por consiguiente de la I.T., es la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, que regula por vez primera su atención, si bien desde la perspectiva privada de la cobertura de garantías ante la producción de un siniestro, estableciendo un subsidio para el trabajador accidentado mientras durase tal situación de incapacidad. Desde entonces, pasando por los Seguros Sociales, las Mutualidades, se llega en nuestro país a la introducción del sistema de Seguridad Social



a través de la Ley de Bases de 1963, cuyo desarrollo constituyó el primer texto de Seguridad Social, la Ley de 1966, los Textos Refundidos de 1974 y 1994 hasta llegar al actual de 2015--T.R.L.G.S.S/2015--.

Estudiamos en primer lugar la configuración de la institución estudiada para delimitar los hechos causantes: accidente de trabajo y enfermedad profesional, contingencias profesionales; accidente no laboral, enfermedad común, contingencias comunes, más los períodos de observación por enfermedad profesional, lo que constituye el primer problema que surge a la hora de conceptuar como I.T. un evento productor de ineptitud laboral y su calificación. Dado que las normas, tanto históricas como vigentes no facilitan una definición de la I.T sino que se limitan a enunciar las causas de manifestación, realizamos una propuesta de definición teórica de la I.T. como aquella situación protegida reconocida en la que se encuentra el trabajador mientras persisten su indisponibilidad eventual (real o presunta¹) para la prestación de servicios laborales y la necesidad de recibir asistencia sanitaria, hasta la declaración de recuperación de la capacidad de trabajar o, en su caso, de extinción (pérdida) de la misma. Obtenida la misma, su concepto está relacionado, de una parte, con la extensión temporal de la cobertura protectora, y de otro, con la extensión material de la protección dada a la situación de I.T.

En cuanto a la primera, la extensión en el tiempo de la protección de I.T., tras sucesivas modificaciones normativas, la actual redacción de los artículos 169 y 174 del T.R.L.G.S.S/2015 contemplan una duración inicial de 365 días; una prórroga ordinaria de 180 días más, la posibilidad de una prórroga especial, por la que transcurrido el plazo de 545 días se valorará en el plazo de tres meses la situación del trabajador en esta situación; una prórroga excepcional en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada evaluación, pero siempre con una extensión máxima de la protección de 730 días. Es diferente la consideración de los períodos de observación por enfermedad profesional que suponen un período inicial de

¹ En cuanto objeto de estudio dentro del período de observación de las enfermedades profesionales.



6 meses con una única prórroga en su caso, de otros 6.

Por lo que se refiere a la segunda, las prestaciones de asistencia sanitaria en primer lugar, no difieren en función del origen de la I.T. salvo en su dispensación que, para el caso de las contingencias profesionales puede ser ofrecida por las hoy Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. Con carácter ordinario son actualmente los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas los gestores de las prestaciones de asistencia sanitaria, dándose un supuesto excepcional de colaboración voluntaria por parte de las empresas.

El subsidio económico, expresión de las prestaciones económicas, en segundo lugar, sí muestra sin embargo una diferencia en su tratamiento puesto que en caso de contingencias profesionales su abono se realiza sobre el 75 por ciento de la base reguladora de la prestación desde el primer día de la baja (que es el día siguiente al del evento, puesto que el día del accidente es a cargo de la empresa), mientras que para las contingencias comunes no existe subsidio en los 3 primeros días; del 4º al 20º desde la baja, su cuantía es del 60 por ciento (si bien el pago entre los días 4º a 16º debe realizarlo el empresario, aun tratándose de una prestación de Seguridad Social), pasando a ser del 75 por ciento a partir del 21º día.

Dado que el abono del subsidio se realiza a partir de la base de cotización del mes anterior a producirse la situación de I.T., estudiamos aquella desde dos ángulos: el primero, para concretar su determinación. Como sabemos responde al esquema tributario $\text{Base} \times \text{tipo} = \text{Cuota}$, constituyendo la primera el salario del trabajador que con la tendencia a la equiparación tributaria presupone considerar todo abono como tal, siendo las excepciones las regladas en el artículo 147 T.R.L.G.S.S/2015 en su última redacción. El esquema general se ve completado con las notas diferenciadas de situaciones específicas como pueden ser el trabajo a tiempo parcial, el pluriempleo y pluriactividad, las vacaciones, así como los denominados sistemas especiales (agrario y de empleados de hogar) dentro del propio Régimen General de la Seguridad Social.

El segundo de los puntos de atención lo constituye la cotización durante la propia



situación de I.T. puesto que, aunque es una causa de suspensión de la relación laboral, la obligación de cotizar continúa para empresario y trabajador. Al respecto, la fijación del tipo aplicable, las reglas de fijación de bases, incluyendo las mínimas y máximas, nos plantean un problema centrado en el principio de reserva de ley aplicable en relación con las normas concretas de desarrollo de las Leyes anuales de Presupuestos que suelen ser Órdenes Ministeriales.

Aunque la gestión de la I.T. la estudiamos en un Capítulo, el Quinto, en el que nos referimos a las Entidades Gestoras, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y la intervención empresarial; esto es, señalando la responsabilidad en el reconocimiento, control y pago de las prestaciones, analizamos en otro independiente la tramitación administrativa y el proceso judicial relativo a la I.T. Las cuestiones abordadas de la I.T. tienen, en fin, un reflejo administrativo o burocrático en los trámites a seguir para cursar los partes justificativos de baja, confirmación y alta a través actualmente de medios telemáticos como son los sistemas RED, DELTA y CEPROSS, además de regularse los procedimientos de impugnación derivados de las discrepancias, bien sea a nivel de prestaciones, bien respecto a la emisión de las altas, que tienen expresión en las Reclamaciones Previas y finalmente en el proceso judicial que la Ley 36/2011 recoge como de “prestaciones de Seguridad Social”, considerando un proceso con entidad propia en el la impugnación de altas médicas. Las sucesivas modificaciones normativas afectantes tanto a los procedimientos administrativos como al propio proceso judicial vienen, en nuestra opinión, a acreditar la importancia que se da al tratamiento de la I.T., no sólo desde la perspectiva de la seguridad jurídica sino también de instrumento antiabsentista cada vez más relevante.

Es ese enfoque último señalado, que tiene un carácter bifronte: absentismo como fenómeno negativo al suponer tanto ausencia al trabajo como incremento del gasto público por aumento de las prestaciones de la Seguridad Social, el que tomamos en consideración al estudiar, desde una perspectiva colectiva, dos instituciones, igualmente relacionadas entre sí, como son las cláusulas complementarias de prestaciones en los Convenios Colectivos, cuyo objeto en primer término es complementar los ingresos del trabajador durante la situación de I.T., vinculadas a las cláusulas convencionales



específicas que, buscando atajar el fenómeno negativo del absentismo, regulan las características o condiciones de tales complementos en su caso.

Como contraste con el tratamiento de la I.T estudiada, se ofrece una visión de la situación de la institución en los Regímenes de Trabajadores Autónomos--R.E.T.A-- y de Funcionarios Públicos, sin perjuicio de señalar la clara percepción de una cierta tendencia a la unificación de sistemas, de una parte, con el reenvío de éstos hacia aquél, y de otra con la supresión de tratamientos (económicos) diferenciadores a favor de estos últimos a partir del Real Decreto-ley 20/2012.

A nivel internacional estudiamos el tratamiento de la I.T ,con referencia tanto a las normas generales de Seguridad Social emanadas de la O.I.T; como de los convenios internacionales (multi y bilaterales) firmados por España que contienen normas de I.T., Estudiamos más concretamente las normas de la Unión Europea, a nivel general, con las limitaciones que supone la vigencia del principio de subsidiariedad, de forma que la principal regulación se refiere a la coordinación de sistemas nacionales para facilitar la exportación de prestaciones. No obstante, la aprobación de la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, puede constituir un importante paso para la coordinación, en esta materia, de los sistemas de Seguridad Social de los países miembros.

Las conclusiones nos muestran una contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social de carácter dinámico, de histórica implantación; que permite la intervención tanto de las administraciones públicas como entes privados, sean individuales como empresarios o colectivos (Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social son al fin asociaciones de empleadores); que igualmente muestra su utilidad en la lucha contra el fraude, centrado fundamentalmente en ámbito laboral y de la Seguridad Social en el absentismo que provoca un incremento del gasto, tanto público como privado.

Con notas características, comunes en términos muy generales en todos los países de la Unión Europea, pero de muy difícil igualación real a medio plazo, lo que lleva al



desarrollo de normas procedimentales más pragmáticas, como es el actual Reglamento 883/2004, que faciliten la conservación de los derechos en curso de adquisición y la exportación de prestaciones.

RESUMEN (en Inglés)

TEMPORARY INCAPACITY IN THE GENERAL REGIME OF THE SOCIAL SECURITY

SUMMARY

Temporary incapacity- from now on TI- which we study in the General Regime of the Social Security is a protected eventuality of a professional nature that shows three innate elements that define it: the disqualification of the worker from the performance of his work, provisional in time; its verification by the proper public organisms and the need of receiving medical assistance directed towards the recovery of health and thus the capacity for work.

Although historically we can find precedents in guild fraternities, Mutual Assistance societies, in Spain the norm that can be considered the matrix to the conception of



incapacity in general and consequently to TI, is the Law of Work Accidents of 1900, which regulates for the first time its handling, albeit from the private perspective of a covering of guarantees in the wake of an accident, in order to establish a subsidy for the affected worker while the disabling situation continues. Since then, after Social Security systems and assurance via the Mutuals, Social Security was introduced to Spain as the 1963 Act, whose development constituted the first text of the Social Security, the 1966 Law, the updating of which would make up the 1974 and 1994 Consolidated Versions before becoming the current text of 2015-- T.R.L.G.S.S/2015--.

Firstly, we shall study the makeup of the institution in order to delimit the cause of Temporary Incapacity: labour accidents and labour-related /work-associated illnesses, professional eventualities, non-work-associated illnesses, common illness, common eventualities plus periods of observation as a result of work-associated illness; all of which constitute the first problem posed: conceptualizing TI as an event that produces labour disability and its description. After this, given that the norms- both the old ones as much as the ones in force- do not allow for a definition of TI but rather limit themselves to stating causes and manifestations, we make a theoretical proposal of a definition of TI as that recognized safeguarded situation in which the worker finds him/herself while his/her temporary unavailability (real or presumed) for work persists and the need to receive medical assistance up until a clean bill of health has been given or, in such case, a form indicating the loss of working capacity. Thus worded the definition, it must be pointed out that its conceptuality is related, on the one hand, with the timeframe of covering protection and, on the other, the cost over time of said protection given the TI situation.

Regarding the first, the TI timeframe for cover, after successive modifications of the guidelines, the current wording of the articles 169 and 174 of the law T.R.L.G.S.S/2015 allow for an initial duration of 365 days; a ordinary extension of 180 more days, the possibility of a special extension for which after a period of 545 days the situation of the worker will be assessed in a period of three months; and finally an exceptional extension in those cases in which, the continuing need for medical assistance with the expectation of recovery or improvement of the condition of the worker with a view to



going back to work, the medical condition of the worker might make advisable a delay in such assessment, but always within a maximum period of extension of 730 days. Periods of observation following work-related illness are considered differently, with an initial period of 6 months with one single extension, should the case arise, of another 6 months, thus a total of 12 months.

Regarding the second, the aim is made up of medical attention/health care and economic benefits. In the first place health care assistance is not different as a function from the origin of TI except in terms of its dispensation which, in the case of professional eventualities may be provided by today's Mutuas which collaborate with the Social Security. Of an ordinary nature, currently the health services of the Autonomous Communities are the administrators of medical care compensations and healthcare, assuming as exceptional, voluntary collaboration on the part of businesses.

The economic subsidy i.e. the economic benefits, in second place, indeed do, however, show a difference in how they are considered given that in the case of professional eventualities they are paid out on 75% of the regulation base from the first day of sick-leave (which is the day following the cause of such given that the day of the actual accident is covered by the company), while for common eventualities there is no benefit during the first three days; from the 4th to the 20th of leave the amount is 60% (payment of days 4 to 16 must be made by the firm, albeit a Social Security benefit) and subsequently 75% from day 21.

The examination of benefits ends with the analysis of how they are affected tax-wise and we look at this from two points of view, that of the worker who receives and that of the employer who pays.

Given that the payment of the subsidy is made on the basis of what the worker contributes corresponding to the month before the TI situation occurs, we study such from two angles: the first, in order to specify how it is determined. As we know this corresponds to the fiscal model taxable base $X \cdot \text{rate} = \text{amount}$, the first being the worker's salary with which the tendency to equalization to tax regulation presupposes



us to consider all payments thus, the exceptions being those regulated in article 147 T.R.L.G.S.S./2015 in its most recent version. The general model is rounded off with differentiating notes for specific situations such as part-time work, pluri-employment and pluri-activity, holidays and how it is applied in the so-called special systems (agricultural, domestic work) within the General Regime of the Social Security itself.

The second of the approaches to the basis of contribution is made up of the calculation of such during the Temporary incapacity situation itself given that this, although it is a cause of a suspension of the working relation, does not interrupt the obligation to contribute which continues to exist both for the employer as much as for the worker. With respect to this obligation, the application of the appropriate rate, the rules for applicable tax bases, including the minimums and maximums present us with some uncertainty concerning the respect for the principle of legal reservation in relation to the specific norms for the development of the Yearly Budgetary Laws, which tend to be Ministerial Orders.

Although the administration of Temporary incapacity we explore in a chapter in which we refer to the Administrative Bodies, the participating Mutuals with the Social Security and company participation; that is, outlining the responsibility in the acknowledgement, control and payment of the benefits, in another independent chapter we analyse the administrative procedure and the judicial processes in relation to TI. The questions tackled in relation to TI in the end, are a reflection of an administrative or bureaucratic nature in terms of the steps to be taken in order to set in motion the forms for (sick) leave, confirmation and return to work through current telematics means such as the RED, DELTA, CEPROSS and SILTRA systems, apart from the regulating of impugnement procedures derived from discrepancies either at the level of benefits or the issuing of back-to-work forms set out in the Previous Claims and finally in the judicial process that the 36/2011 Law states as “Social Security benefits (compensations)” a specific body of law with special characteristics to demarcate exceptionality concerning the impugnement of medical releases/discharges acquiring tints of a special modality with specific characteristics. In this sense we especially undertake a critical analysis of the proof in these procedures, of a technical and legal nature with the problems met with



such assessments. From another standpoint, successive modifications of the rules affecting both the administrative procedures and judicial cases themselves come to, in our opinion, reflect the importance given to the treatment of TI not only from the point of view of legal certainty but also from that of an anti-absenteeism instrument which is now more relevant than ever.

Regarding this aforementioned approach, absenteeism as a negative phenomenon of a double nature: absence from work with a loss in productivity and an increase in public spending as a result of Social Security benefits- that which we take into consideration on exploring, from a collective perspective, two institutions, both equally related to each other: the complementary clauses of benefits in Collective Bargaining Agreements, whose principal object is to complement the income of the worker during a TI situation and the specific conventional clauses, related to the previous one, which being designed to combat absenteeism regulate with this end the characteristics or conditions of such complements.

With regard to the first, mention is made of the problems that arise with their redaction, in order to avoid the existence of differences between the concepts/ services and even the amount sought to complement and the effective materialization in the ad hoc clauses for possible solutions being aimed for. We include another two institutions- different in their conceptions-which also constitute a supplementary means of increasing economic compensations owing to a TI contingency: Mutual Assurance Plans and surcharges on benefits ending up with the fiscal repercussion on the worker's income from complement payments with how specific insurance means affect such payments.

In relation to the second ones, it is a question of beginning from the concept of absenteeism from the perspective of legal loopholes and to consider it conventionally in order to tackle the clauses that relate the payment of complements with the control of such, the evolution that the negotiation of such clauses demonstrates the influence of the economic crisis, leading to a novel direction in terms of regulation regarding a practical application to tackle absenteeism from the prevention of accidents in the workplace through the reduction of social contributions.



By way of contrast to the treatment of TI in the General Regime, we undertake a study of the peculiarities of the institution of the Regimes for Self-employed workers (R.E.T.A. in its Spanish acronym) and also those for Civil Servants and public employees, without hesitation to underline a clear perception of a certain trend towards the unification of the systems, on the one hand, with the offloading of these to RETA and on the other, the cancelling of beneficial economic treatment for functionaries as a result of the Royal Decree/Law 20/2012.

On the international front we explore the regulation of TI with reference to both the general norms of the Social Security emanating from the I.L.O. and the international (multi-lateral and bilateral) agreements signed by Spain which contain TI norms. More specifically, we explore European Union norms in general with the constraint implied by the validity of the principle of subsidiarity such that the main, common regulation refers to the coordination of national systems in order to facilitate the export of benefits/compensations. Nevertheless, the approval of the 2011/24EU Directive of March 2011 in relation to the implementation of the rights of patients to cross border healthcare may constitute an important step for the coordination, in this area, the Social Security systems of the member states.

Temporary Incapacity possesses typical notes, common in very general terms, in all European Union countries but unlikely to be genuinely homogenous in the medium term and this has led to the development of more pragmatic procedural norms such as the current 883/2004 Regulation which facilitates the respecting of rights in the course of being acquired and the outsourcing/exporting of health cover.

The conclusions demonstrate to us that eventuality protected by the social security system of a dynamic nature, formed over a time-span; allows intervention both in public administration as much as in private entities be they individual such as businesses or collectives (Insurance companies/Mtuas cooperating with the Social Security are, at the end of the day, employer associations.)They show equally their use in the fight against fraud, focused fundamentally on absenteeism in the workplace and in the Social



Vicerrectorado de Internacionalización
y Postgrado
Universidad de Oviedo



ASTURIAS
CAMPUS DE EXCELENCIA
INTERNACIONAL
AD FUTURUM

Security, a negative phenomenon which leads to an increase in spending, both public expenditure and private. In the end, such protected contingencies through Social Security constitute an instrument of protection established internationally on the basis of a minimum norm of Social Security determined by Agreement 102 of the I.L.O but that, this in place and safeguarded, and in relation to the European Union, it shows a diversity in its legal application in such a way that the rules emanating from the Union, especially Regulation 883/2004, are those of coordination among national regulations in order to offer citizens guarantees to the access and enjoyment of compensations in virtue of the community principle for the exportation of such.

SR. DIRECTOR DE DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO Y DE LA
EMPRESA _____/
SR. PRESIDENTE DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN
DERECHO _____

LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág.1
CAPÍTULO PRIMERO	Pág. 17
DE LA EMERGENCIA HISTÓRICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL A SU ACTUAL CONFIGURACIÓN JURÍDICA	Pág 17
1.- La preocupación histórica por el infortunio del trabajador: de las sociedades de socorros mutuos al Instituto de Reformas Sociales	Pág.17
2.- La recepción normativa de la situación de incapacidad temporal: la protección del riesgo profesional	Pág.25
2.1. El accidente de trabajo	Pág.26
2.2. La enfermedad profesional	Pág 30
3. -Los Seguros Sociales y su sistematización: maternidad, enfermedad e invalidez	Pág.32
4.- La incapacidad temporal derivada de enfermedad común: las mutualidades y otros sistemas complementarios	Pág.35
5.-La implantación del sistema de Seguridad Social: la progresiva depuración de la contingencia	Pág.39
6.-La adaptación postconstitucional de las normas de Seguridad Social	Pág.44
7.- La definición legal de la incapacidad temporal en el texto refundido de seguridad social de 2015	Pág.53
CAPÍTULO SEGUNDO	Pág.57
ELEMENTOS CONFIGURADORES Y DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL	Pág.57
1.- La incapacidad temporal como contingencia	Pág.57
2.- Causas de producción de la incapacidad temporal	Pág.58
2.1 El accidente laboral y no laboral	Pág.60

2.2. La enfermedad profesional y común	Pág.69
2.3. Los períodos de observación por enfermedad profesional	Pág.73
3.- Requisitos para la protección de la incapacidad temporal	Pág.75
3.1. Afiliación y alta	Pág.76
3.2. Supuestos de asimilación al alta y alta especial	Pág.79
3.3. Período previo de cotización	Pág.85
4.-Propuesta de definición de la incapacidad temporal	Pág.90
CAPÍTULO TERCERO	Pág 97
CONTENIDO Y ALCANCE DE LA ACCIÓN PROTECTORA: LA ASISTENCIA SANITARIA Y EL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL	Pág.97
1.-Prestaciones de asistencia sanitaria	Pág.97
2.-La prestación económica de incapacidad temporal	Pág.101
2.1 El cálculo de la base de cotización como presupuesto de fijación de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal	Pág.102
2.2. Base reguladora de la prestación económica de incapacidad temporal	Pág.111
2.3. Cálculo de la base reguladora en supuestos específicos	Pág.114
2.3.1. Recaída	Pág.114
2.3.2. Vacaciones	Pág.115
2.3.3. Pluriempleo y pluriactividad	Pág. 115
2.3.4. Trabajo a tiempo parcial	Pág.117
2.3.5. Trabajadores fijos discontinuos	Pág.119
2.3.6. Contratos para la formación y el aprendizaje	Pág. 120
3.- La incapacidad temporal en los sistemas especiales	Pág.121
3.1. Sistema especial agrario	Pág.121
3.2. Sistema especial de empleados de hogar	Pág.123
4.- Cuantía de la prestación económica de incapacidad temporal	Pág.124

5.- La cotización durante la situación de incapacidad temporal	Pág.132
5.1. Cálculo de la base de cotización durante la situación de incapacidad temporal	Pág.133
5.2 El problema del principio de reserva de ley en la regulación de la cotización durante la incapacidad temporal	Pág.137
6.- El tratamiento fiscal de las prestaciones económicas de incapacidad temporal	Pág.140

CAPITULO CUARTO	Pág.147
LA DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL	Pág.147

1.-Duración inicial de la Incapacidad temporal	Pág.147
2.-Prórrogas ordinarias	Pág.150
3.- Prórrogas especial y excepcional	Pág.152
4.- Otros factores que inciden en la duración de la incapacidad temporal	Pág.158
4.1. Los períodos de observación	Pág.158
4.2. Las recaídas	Pág.159
5.-Causas de suspensión, extinción y finalización de las prestaciones.	Pág.167
5.1. Motivos de suspensión	Pág.169
5.1.1. El rechazo del tratamiento prescrito.	Pág.170
5.1.2. El abandono del tratamiento prescrito.	Pág.173
5.1.3. La incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos previstos por el I.N.S.S o la Mutua colaboradora de la Seguridad Social	Pág.175
5.2. Causas de extinción del subsidio	Pág.177
5.2.1. La actuación fraudulenta del beneficiario para obtener o conservar dicha prestación	Pág.178
5.2.2. El trabajo por cuenta ajena o propia del beneficiario del subsidio	Pág.181
5.2.3. La incomparecencia injustificada del trabajador a los reconocimientos médicos requeridos	Pág.185
5.3. Causas de finalización	Pág.186
5.3.1. El transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica	Pág.186

5.3.2. Por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual	Pág.188
5.3.3. Por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente	Pág.188
5.3.3.1. Con declaración de incapacidad permanente	Pág.188
5.3.3.2. Sin declaración de incapacidad permanente	Pág.193
5.3.4. Por el reconocimiento de la pensión de jubilación	Pág.194
5.3.5. Por fallecimiento	Pág.194
6.- Tránsito entre prestaciones de incapacidad temporal y otras contingencias protegidas	Pág.195
6.1. Incapacidad temporal y desempleo	Pág.195
6.2. Incapacidad temporal, maternidad y riesgos ligados con la maternidad	Pág.201
CAPÍTULO QUINTO	Pág.207
LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: RECONOCIMIENTO, CONTROL Y PAGO DE LAS PRESTACIONES	Pág.207
1.-La gestión por Entidades Gestoras de la Seguridad Social	Pág.207
1.1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S)	Pág.209
1.2. El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)	Pág.215
1.3. La Tesorería General de la Seguridad Social	Pág.217
1.4. La Gerencia de Informática	Pág.218
2.- Convenios entre INSS y Comunidades Autónomas para el control y seguimiento	Pág.219
3.-Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social	Pág.223
4.-Las fórmulas de colaboración empresarial	Pág.229
4.1. Colaboración obligatoria	Pág.230
4.2 Colaboración voluntaria	Pág.231
5.-Responsabilidad frente a las prestaciones	Pág.239
6.- Concurrencia de responsabilidades administrativa, civil y penal	Pág.251

CAPÍTULO SEXTO **Pág.259**
TRAMITACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROCESO JUDICIAL EN LA
INCAPACIDAD TEMPORAL **Pág.259**

1.-La declaración de incapacidad	Pág.259
2.-Tramitación de las prestaciones	Pág.262
2.1 Procedimiento de tramitación de los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes	Pág.263
2.2 Procedimiento de Tramitación en los supuestos de accidente de trabajo	Pág.268
2.3 Tramitación en los supuestos de enfermedad profesional	Pág. 271
3.-El agotamiento de la vía administrativa previa	Pág.273
3.1. Procedimiento especial de revisión del alta	Pág.274
3.2. La manifestación de disconformidad con el alta	Pág.276
3.3. La reclamación previa	Pág.278
4.- El enjuiciamiento de asuntos en materia de incapacidad temporal	Pág.280
4.1 Procesos de impugnación de resoluciones denegatorias de prestaciones	Pág.287
4.2. Procesos de impugnación de altas médicas	Pág.290
5.- Otras cuestiones relativas al proceso: de la prescripción a la ejecución	Pág.297
5.1. Prescripción y caducidad	Pág.297
5.2. Prueba y valoración de la prueba	Pág.300
5.3. Sentencia y recursos	Pág.305
6.- Procedimiento en materia de complementos convencionales de prestaciones	Pág.306

CAPÍTULO SÉPTIMO **Pág.311**
COMPLEMENTOS A LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD TEMPORAL

1.-La introducción de las mejoras voluntarias de prestaciones en la negociación colectiva española	Pág.311
2.-Sobre la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias de prestaciones	Pág.322
3.- Las diferentes cláusulas complementarias de prestaciones económicas de	

incapacidad temporal.	Pág.325
4.-Problemas derivados de la redacción de las mejoras pactadas: ¿Qué se quiere complementar y qué se complementa?	Pág.330
5.-Perspectivas de este tipo de cláusulas en la negociación de los Convenios	Pág.340
6.- Otros complementos de prestaciones de incapacidad temporal.: el aseguramiento y las mutualidades de previsión social	Pág.351
7.- El recargo de prestaciones de incapacidad temporal	Pág.353
8.-El tratamiento fiscal de los complementos de prestaciones de incapacidad temporal.	Pág.357

CAPÍTULO OCTAVO	Pág.361
INCAPACIDAD TEMPORAL Y CONTROL DEL ABSENTISMO	Pág.361

1.-La consideración del absentismo	Pág.361
2.- Los pactos convencionales de control del absentismo	Pág.367
3.- Los índices de absentismo como base del complemento empresarial	Pág.382
4.-Perspectivas y tendencias negociadoras: los “recortes” de complementos de prestaciones de I.T. como medida antiabsentista	Pág.387
5.-Una perspectiva diferente contra el absentismo: La reducción de cuotas a través de la prevención de riesgos laborales	Pág.394

CAPÍTULO NOVENO	Pág.403
LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: DEL CONTRASTE A LA EQUIPARACIÓN	Pág.403

1.- Los Regímenes especiales de seguridad social desde el punto de vista de la incapacidad temporal.	Pág.403
2.- El Régimen Especial de trabajadores autónomos	Pág.404
2.1. Campo de aplicación y régimen jurídico	Pág.404
2.2 Las prestaciones del R.E.T.A. y la inclusión de la incapacidad temporal	Pág.408
2.3. La conexión de las prestaciones económicas con las bases de cotización en el RETA	Pág.418

2.4 El TRADE y la protección de la contingencia de incapacidad temporal	Pág.424
2.5. El sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta propia	Pág.427
3.- Particularidades de la incapacidad temporal en el ámbito de los funcionarios públicos	Pág.431
3.1. Los regímenes de funcionarios públicos: tipología y ámbito funcional.	Pág.431
3.2. Las particularidades en la protección de la contingencia de I.T.	Pág.434
3.3. Las particulares medidas de control de la incapacidad temporal	Pág.437
3.4. Las restricciones provocadas por las limitaciones presupuestarias	Pág.438
CAPÍTULO DÉCIMO	Pág.445
LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL: CONVENIOS BILATERALES, NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA DERECHO COMPARADO	Pág.445
1.- Perspectiva internacional de la seguridad social	Pág.445
2.- La incapacidad temporal convenios bilaterales o multinacionales firmados por España.	Pág.446
3. Normas de Seguridad Social aprobadas por organizaciones internacionales	Pág.451
4. La seguridad social en la Unión Europea	Pág.453
4.1. Las normas de coordinación de seguridad social de trabajadores migrantes	Pág.453
4. 2. La incapacidad temporal en la Seguridad Social de los trabajadores migrantes	Pág.457
4.3. La Directiva sobre asistencia sanitaria	Pág.459
5.- Modelos de regulación en los Estados miembro	Pág.462
5.1. La seguridad social en los socios más veteranos de la Unión Europea	Pág.463
5.2. Socios incorporados a partir de la ampliación de la Unión Europea en 2004	Pág.484

5.3.- Las adhesiones de 2007 ¹ y 2011: Bulgaria, Rumania y Croacia	Pág.492
5.4.- Notas generales de la acción protector	Pág.496
CONCLUSIONES	Pág.499
BILIOGRAFÍA	Pág.509
ANEXO	Pág.531
I.- Relación de normas	Pág.531
II.- Relación de convenios colectivos de sector con cláusulas sobre incapacidad temporal.	Pág.547
III.- Gasto en prestaciones económicas de incapacidad temporal	Pág.551

INTRODUCCIÓN

1. La idea de escribir el trabajo de Tesis sobre la Incapacidad Temporal --en adelante I.T.--y, concretamente, sobre su desarrollo en el Régimen General de la Seguridad Social, tiene por mi parte un inicio muy marcado: la realización del Trabajo de Investigación sobre los complementos convencionales de prestaciones económicas de I.T., enfocado particularmente hacia su tratamiento fiscal. De él surge la intención de extender el tema de estudio a la institución base que da lugar a los complementos, la mencionada I.T., desde la perspectiva profesional de quien suscribe, al quedar afectados a dos ámbitos específicos de aquella contingencia: la conexión de la negociación colectiva con la I.T., de una parte, y los problemas que en los ámbitos administrativo (incluyendo el tributario) y judicial surgen fundamentalmente de la extensión en el tiempo y de la extinción de los procesos que dan origen a la protección que legalmente se prevé para dicha institución.

Cierto es que la I.T., al tratarse de una de las instituciones más características del sistema de Seguridad Social, ha merecido amplia atención doctrinal desde hace mucho tiempo, no sólo porque constituye, como se ha dicho, una de las contingencias básicas en la acción protectora de dicho sistema, sino también porque ha sido objeto de sucesivas reformas en las últimas décadas, lo cual ha dado lugar a la emergencia de nuevos retos interpretativos y de aplicación y ha redoblado su interés desde el punto de vista académico. Es un hecho cierto, en cualquier caso, que la doctrina científica --naturalmente, la doctrina especializada en temas laborales y de seguridad social, al menos de manera principal-- ha procedido al estudio de la I.T. desde sus primeras manifestaciones en nuestro sistema de previsión social.

Entre los estudios iniciales dignos de reseña cabe destacar, por ejemplo, los llevados a cabo por autores como Del Peso y Calvo (1960 y 1962) o Borrajo Dacruz (1962). En tiempos más recientes fue objeto de estudio en los trabajos publicados a raíz del Congreso de la Asociación Española de Trabajo y Seguridad Social en la ciudad de Alicante (1995). Ni que decir tiene que por esos años y en años posteriores la I.T. ha sido estudiada en multitud de trabajos monográficos, desde una perspectiva de conjunto o, sobre todo, en relación con aspectos concretos de la misma, como la extensión temporal de la prestación, el papel de las ahora denominadas Mutuas colaboradoras de

la Seguridad Social, la interconexión entre la I.T. y otras instituciones de protección como el desempleo y las prestaciones de Incapacidad Permanente, etc. Basta un ligero repaso a la producción bibliográfica de todo este periodo temporal o a los índices de las Revistas de la especialidad para hacerse cargo de ello (como, por lo demás, puede comprobarse en la relación bibliográfica de esta misma tesis). Cabe decir, asimismo, que la I.T. fue abordada de forma sistemática en todos los manuales de Seguridad Social desde sus primeras ediciones, como puede constatarse a través de las obras de ese género firmadas por Alonso Olea, De la Villa y Desdentado, Almansa Pastor, Alarcón Caracuel y González Ortega, Blasco Lahoz o Monereo. A esos libros podría unirse el capítulo dedicado a la I.T. en el Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social (2008 y 2013) dirigido por Martín Valverde y García Murcia.

No obstante, ha de insistirse en que es un hecho fácilmente comprobable que las últimas reformas legales, sin necesidad de referirnos al nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, inciden a fondo en la institución, fundamentalmente porque revisan de nuevo los términos temporales de la contingencia y de la consiguiente prestación económica, y porque suponen la puesta en marcha de nuevos procedimientos en el terreno administrativo (a través de las normas de 2009 y 2014 sobre emisión de bajas y altas) y en el terreno judicial (a raíz de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) en relación con los procesos de I.T. Esos factores, como es fácil de imaginar, justifican que de nuevo se proceda al estudio de la institución.

Hay que tener en cuenta también, de otra parte, que la protección de la contingencia de la I.T. se ha mostrado muy sensible, desde el inicio de su regulación legislativa, al problema del absentismo laboral, lo que se percibe tanto en la reducción del tipo aplicable a la base reguladora para obtener el subsidio, como en las variaciones respecto a la extensión temporal de la prestación económica. De este modo, los complementos a las prestaciones que venían siendo considerados como una mejora instituida para evitar la disminución excesiva de la retribución del trabajador en situación de baja laboral, pasan a tener también un papel destacado en la lucha contra las situaciones de falta excesiva o injustificada al trabajo. Al margen ahora de que la influencia de la reforma laboral de 2012 sobre la negociación colectiva haya llevado a primar la posición de los convenios colectivos de empresa sobre los de ámbito superior, el repaso de los convenios con cláusulas relativas a la I.T. nos ofrece una buena oportunidad para

calibrar la relación existente entre la finalidad de mejora de condiciones legales a los trabajadores en materia de I.T. y la de contribuir a la lucha contra el absentismo. Dicho sea esto último en conexión con las políticas de recorte, control o teórica contención del gasto público a nivel administrativo.

Estas ideas me llevan a plantear este estudio de carácter general de la institución de la I.T. en el Régimen General de la Seguridad Social, de forma que, comprendiendo la historia, la regulación, las prestaciones que dispensa, las particularidades de su gestión, la incidencia en la relación laboral, las repercusiones fiscales de las prestaciones económicas, el contraste con el tratamiento de la institución en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, los temas procedimentales, tanto en vía propiamente administrativa como judicial, la regulación convencional mencionada y su tratamiento internacional, fundamentalmente a nivel de la Unión Europea, permitan una visión completa y actual de la mencionada contingencia. En todo caso, tiene sentido un nuevo estudio de la institución no sólo por la necesidad de analizar de modo constante su cambiante régimen jurídico, lo que a la fecha actual incluye la aprobación de un nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante T.R.L.G.S.S/2015), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de enero de 2016, sino también por la conveniencia de abordar de manera integral los distintos aspectos de la incapacidad temporal, también su tratamiento fiscal. Máxime tras las últimas reformas estructurales de la Seguridad Social que han supuesto, por ejemplo, la emergencia de nuevos sistemas especiales dentro del propio Régimen General o la progresiva equiparación de los trabajadores autónomos y los funcionarios públicos a los trabajadores asalariados.

2. Como tendremos ocasión de ver, la I.T. es una contingencia de carácter profesional. Cuando hablamos de ella en el Régimen General de la Seguridad Social, nos referimos a la protección regulada a favor de un trabajador por cuenta ajena que nace cuando se conectan tres variables: inhabilitación temporal para el desempeño de la prestación de sus servicios; constatación de tal circunstancia por los Servicios Públicos de Salud o en su caso, los privados habilitados para ello, y necesidad de recibir atención sanitaria. Tales son los elementos caracterizadores en términos generales de la institución, que busca, ante todo, la recuperación de la aptitud del trabajador para su profesión. Este recibe, entretanto, además de la atención médico-farmacéutica precisa, un subsidio

económico que le permita compensar la ausencia de retribución motivada por la imposibilidad sobrevenida de continuar prestando sus servicios profesionales por cuenta ajena. Y ello en un lapso temporal determinado normativamente que se presume de no excesivamente larga duración, de forma que superada la causa de interrupción—esto es, recuperadas las condiciones idóneas para trabajar—, el “alta” determina el derecho a su reincorporación en las mismas condiciones en las que laboraba.

A la nota de profesionalidad ha de unírsele la involuntariedad en el acaecimiento de la contingencia causante de la I.T., lo que conlleva que se vea técnicamente subrayada y completada la definición de la I.T. con el otorgamiento de un espacio propio a otras situaciones de necesidad, como la maternidad en un primer momento, y las derivadas de ésta después (no sólo en relación con la adopción o el acogimiento preadoptivo y permanente, sino también por lo que se refiere al riesgo durante el embarazo y al riesgo durante la lactancia natural, a las que se unió posteriormente la protección para el cuidado de hijo hospitalizado por padecer una enfermedad grave).

Señalado el carácter profesional de la I.T. es preciso abordar la expresión de las causas originadoras de la misma, que desembocan en el inicio de la protección regulada. Y estas muestran, a su vez, la división entre contingencias profesionales, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, y las denominadas contingencias comunes, la enfermedad común y el accidente no laboral, a las que se suma la especial consideración de los períodos de observación por posible aparición de una enfermedad profesional. Además, es preciso abordar los supuestos legales abiertos a una casuística judicial referida a eventos dudosos, zonas “grises” que son de imposible determinación apriorística, agotando el elenco enumerativo del artículo 156 T.R.L.G.S.S/2015 e incluyendo la categoría propia de las enfermedades de trabajo.

Definido el origen de la I.T., existe una diferencia inicial a destacar en función de aquél, antes de reconocerse la acción protectora, puesto que, si bien las contingencias profesionales gozan de una protección directa, las comunes requieren la existencia de un período de carencia que ha de reunirse (fijado en 180 días dentro de un lapso temporal previo de 5 años), para permitir el acceso a las prestaciones previstas (fundamentalmente de las económicas). No se ha de perder de vista que, como decíamos, el ámbito de protección previsto para la I.T. incluye también las prestaciones

de asistencia sanitaria cuya finalidad es la búsqueda de la recuperación de la salud del trabajador. Asistencia sanitaria que, de acuerdo con las peculiaridades de la gestión de la institución, puede ser prestada bien por la propia empresa en régimen de colaboración voluntaria, bien por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad, especialmente al tratarse de contingencias profesionales, o bien por los Servicios Públicos de Salud correspondientes, que es el supuesto ordinario pero que obliga a tener en cuenta la transferencia de competencias en materia sanitaria a las Comunidades Autónomas, y que entraña, por cierto, un paralelismo de dicha asistencia con la prestada al ciudadano por el mero hecho de serlo (tanto en la dispensación en Centros de Salud o Centros Hospitalarios como en el carácter de la misma, ambulatoria, especializada, etc.).

Por lo que se refiere a la protección económica en la situación de I.T, el denominado subsidio económico, es necesario apuntar que históricamente está significada por el quebrado $2/3$. De este modo, tanto en el abono del originario subsidio por accidente de trabajo fijado en la ley de 1900 como en la base reguladora diaria actual del subsidio económico de I.T. (con la excepción para contingencias comunes de los días transcurridos entre el 4º y el 20º contados a partir de la fecha en que se produce la situación incapacitante, la “baja”), está presente el 75 por ciento, limitada su cuantía al 60 por ciento atendiendo a razones de economía presupuestaria así como de control del absentismo a partir de 1980. Incluso se ha trasladado el pago del subsidio entre los días 4º a 15º al empresario en el caso de la I.T. originada por contingencias comunes, pero conservando su naturaleza de prestación de la Seguridad Social. Este traslado de la responsabilidad llevado a cabo por el Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, transformado posteriormente en la ley 28/1992, fue declarado constitucional por la Sentencia 37/1994 del Tribunal Constitucional.

Dado que la contingencia de I.T. que estudiamos se produce en el marco de una prestación de servicios por cuenta ajena, analizamos una serie de situaciones que afectan al cálculo y a la percepción del subsidio económico (como la huelga y el cierre patronal, o las vacaciones), así como las peculiaridades que esta contingencia muestra en relación con específicos contratos (como los formativos, los celebrados a tiempo parcial o los de trabajo fijo discontinuo) y con los sistemas especiales del Régimen General de la Seguridad Social. El estudio sobre las prestaciones termina con su tratamiento fiscal, lo que analizamos desde la doble perspectiva del trabajador que lo

percibe y el empleador que lo abona.

Un tema importante en cualquier estudio sobre Seguridad Social, sobre todo si se aborda la protección que dispensa a través de prestaciones contributivas, es indudablemente la financiación. Como sabemos, el sistema español de financiación de la Seguridad Social es fundamentalmente de reparto, incluyendo instrumentos de capitalización. En lo que se refiere a la I.T., conviven, por así decirlo, la fuente principal de provisión de recursos, esto es, la cotización, las cuotas a cargo de empresas y trabajadores con la materialización efectiva de su abono por aquéllas, con una especie de papel residual del sistema inicial de protección a través de los seguros privados, constituido por las todavía denominadas primas derivadas de la cotización exclusivamente empresarial por las contingencias profesionales.

La cuestión planteada es importante abordarla desde dos perspectivas. En primer lugar, la de estudio de la determinación de la base de cotización del trabajador que, en el mes anterior a la producción de la baja por I.T. (sin perjuicio del sumando añadido de las horas extras para la prestación cuyo origen sea un accidente de trabajo), por imperativo legal, constituirá la base reguladora de la prestación económica de esta contingencia protegida. A este respecto se busca la equiparación con las normas tributarias, y se realiza una depuración de los conceptos que, aun a pesar de no constituir puramente salario, quedan incluidos en el cálculo de la base de cotización. Conviene recordar en este contexto que la configuración de las exenciones retributivas a efectos de cotización fue profundamente alterada por el Real Decreto-ley 16/2013 en unos términos respecto a los que al menos se puede decir que resultan discutibles, pero que han sido asumidos totalmente por el artículo 147 T.R.L.G.S.S/2015.

En segundo lugar, porque en virtud de la conexión entre la relación laboral y la de Seguridad social, la principal obligación del empresario es la de retribuir al trabajador, pero la situación de I.T. da lugar a la suspensión del mismo; suspensión que no afecta a las cotizaciones durante aquélla, que han de seguir abonándose, por lo que ha de establecerse un mecanismo legal para determinar el cálculo de la “base de cotización” durante la I.T. del trabajador, sobre la que se aplicará el “tipo” para obtener la “cuota” a ingresar como, insistimos, medio de financiación del sistema de Seguridad Social. En este tema, planteamos una duda relacionada con la aplicación del principio de reserva

legal en materia de cotización, que entendemos no se ha cumplido actualmente por las Leyes de Presupuestos anuales por lo que se refiere a la estudiada situación de I.T.

La extensión temporal limitada de la protección a través de la prestación económica de I.T. es una nota característica de esta situación protegida; nota distintiva que la va a diferenciar expresamente de la regulación de otra contingencia protegida, la incapacidad permanente. La duración de la I.T. se ha visto sucesivamente modificada tanto en su expresión, pasando de un cómputo de meses a días, como en su configuración, de modo que, a la fecha, en virtud de la regulación efectuada por la ley 22/2013 y asumida por el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015, sobre una duración inicial de trescientos sesenta y cinco días, su extensión máxima puede alcanzar setecientos treinta días, teniendo en cuenta la duración inicial, las posibles prórrogas y las recaídas, amén de las formas de finalización sin llegar a su agotamiento total.

Por lo que se refiere a los temas de gestión, las prestaciones sanitarias pueden quedar gestionadas por las Comunidades Autónomas en cuanto destinatarias de las transferencias de competencias en materia sanitaria; por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social fundamentalmente en la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales, y por las empresas en régimen excepcional de colaboración voluntaria. Existen además unos convenios públicos de colaboración entre las primeras y el I.N.S.S específicamente centrados en el seguimiento y control de la I.T., directamente relacionados con el ya citado problema del absentismo y, de forma más genérica, con el tema del fraude en la utilización del sistema público de protección.

Las prestaciones económicas son dispensadas por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social a nivel estatal (principalmente el I.N.S.S), las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y las empresas, ya sea en régimen de colaboración obligatoria o voluntaria. A ello tenemos que unir necesariamente el hecho de que la aprobación del Reglamento General de colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, abrió la puerta a la gestión de las contingencias comunes por parte de aquéllas, dotándolas, por consiguiente, de facultades *ad hoc* tanto en el control de la asistencia sanitaria a los trabajadores en situación de I.T. derivada de contingencias comunes (puesto que con respecto a las contingencias profesionales ya contaban con

ellas) como en la administración de la prestación económica, si bien reservando la potestad decisoria a las Administraciones Sanitarias públicas. Reserva que se mantiene tras la aprobación de un nuevo régimen para las mutuas con la Ley 35/2014, que les da la nueva denominación de Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Todo ello además de las fórmulas de colaboración empresarial, fundamentalmente en el pago de prestaciones.

La parte administrativa del estudio de la contingencia de I.T. la va a constituir, en primer lugar, el planteamiento relativo a la emisión de los partes de baja por las situaciones protegidas, confirmación y alta, así como la referencia a la tramitación de los mismos a través de las nuevas tecnologías, fundamentalmente los sistemas RED, DELTA, CEPROSS y SILTRA, de contingencias comunes, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales respectivamente. Tras ello nos referimos a las discrepancias que pueden surgir entre las Entidades y los trabajadores, aludiendo al agotamiento de la vía administrativa a través de la tradicional Reclamación Previa y la introducción de la manifestación de disconformidad ante las altas médicas emitidas por Entidades Gestoras o Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

Tras el agotamiento, en su caso, de la vía administrativa, estudiaremos el diferente enfoque que la Ley Jurisdiccional señala para el procedimiento introducido por la Ley 36/2011, que denomina “De las prestaciones de Seguridad Social”. Diferencia esta regulación legal dos procesos especiales, con normas distintas en cuanto a plazo de interposición de demanda y posibilidad de recurso principalmente, según la demanda se dirija frente a una resolución denegatoria de prestaciones (de I.T. en nuestro caso), o frente a una emisión de una alta médica en un proceso de contingencias tanto comunes como profesionales. El establecimiento de un proceso específico para las demandas derivadas de discrepancias relativas a las emisiones de altas en procesos de I.T. --que según la letra b) del número 3 del artículo 140 L.R.J.S. tendrá el carácter de urgente y preferente-- nos muestra la importancia práctica que han adquirido las cuestiones (impugnación de la curación; petición de prórroga de I.T.; consideración de la misma o diferente dolencia originadora de una nueva baja dentro de los 180 días siguientes a un alta o denegación de reconocimiento de Incapacidad Permanente, etc.) relativas a las impugnaciones de altas médicas.

3. Una consideración singular merece la contingencia de I.T. desde la perspectiva de la negociación colectiva. Como dijimos al citar las razones que están en el origen de este trabajo, la atención de la I.T. en la negociación colectiva ha buscado normalmente dos fines: el complemento de los ingresos percibidos por el trabajador en situación de I.T. y el combate del absentismo. De este modo, los Convenios Colectivos se constituyen en un medio realista, si no para terminar con el absentismo, sí al menos para atemperar su alcance o sus efectos, con medidas *ad hoc* o mediante un uso razonable de los complementos de prestaciones de I.T.

El estudio sobre tales cláusulas complementarias de prestaciones pactadas en los Convenios Colectivos celebrados en España tiene un objeto muy perfilado: el análisis de aquellos acuerdos celebrados y publicados en los Boletines oficiales --en nuestro caso el B.O.E.-- durante el período de tiempo que se desea analizar. Pero también presenta dos claras dificultades: el número relativamente escaso de previsiones y la poca profundidad en su regulación, que muchas veces es mera reiteración de fórmulas tradicionales. Son ciertamente explicables estas circunstancias, pues no debemos olvidar que la concepción del Convenio Colectivo como fuente reguladora de las relaciones de trabajo, tal y como hoy la entendemos, nace realmente a partir de la instauración del sistema democrático hoy vigente en España, con la promulgación de la Constitución de 1978. Pero tal vez se pueda decir, a la vista de estos datos, que carecemos aún de una tradición negociadora estable y sólida, y que padecemos, al contrario, los resabios de un proteccionismo estatal del que los interlocutores sociales no han sabido (o podido) desprenderse claramente.

Una de las consecuencias de la indicada carencia de bagaje histórico negociador es la muestra en la práctica negociadora de una excesiva, aunque explicable, preocupación por la discusión y plasmación de los temas salariales, primer problema abordable como consecuencia de la necesidad de fijar las bases de los ingresos a obtener de una parte, y de los costes a conocer, de otra, con una cómoda tendencia a la remisión en muchas otras materias a la propia legislación laboral. De otra parte, conlleva igualmente una gran fragmentación en la negociación colectiva que, en España, es fundamentalmente desarrollada a nivel de empresa, pero con la preocupación señalada de obtención prioritaria de acuerdos salariales.

La aprobación de la ley 11/1994 modificó una tercera parte del articulado original del Estatuto de los Trabajadores en una doble dirección, como expresó su Exposición de Motivos: "...potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral...", lo que hace que se concibiera la negociación colectiva como "...un instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas...", dándose para ello una cesión de la norma estatal a la surgida de la negociación colectiva...". Este proceso de cesión de la norma estatal en favor de la convencional (que) responde plenamente al contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva...", parecía mostrar un deseo del legislador de impulsar el Convenio Colectivo como primera fuente normativa laboral. La posterior promulgación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, la denominada Reforma de 1997 llevada a cabo a través de las leyes 63/1997 y 64/1997, como consecuencia de la transformación de los Reales Decretos leyes 8 y 9 de 1997, mantiene, lógicamente este espíritu. Las siguientes reformas laborales y del sistema de Seguridad Social de 2001, 2007, 2011 y 2012, esta última priorizando la negociación colectiva empresarial sobre la sectorial, en aras, como afirma su Exposición de Motivos, a "facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores...", hacen referencia a la adaptación del mercado de trabajo a las nuevas necesidades socioeconómicas y a la realidad de una crisis que deviene estructural. La aprobación del nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Legislativo 2/2015 mantiene las ideas expresadas, pero, ¿constituyen un paso para un nuevo enfoque de las relaciones laborales colectivas?; ¿Está preparado para ello nuestro actual mundo del trabajo?; ¿Son simples "parcheos" normativos para salvar provisionalmente situaciones de necesidad que se van presentando? La respuesta nos la dará el futuro inmediato.

En el sentido expresado de potenciación de la valoración de la negociación, una manifestación que a nosotros se nos antoja interesante de la asunción de responsabilidad de las fuerzas socio-económicas del trabajo lo constituyen las cláusulas complementarias de prestaciones en las situaciones de I.T. y las cláusulas controladoras

del absentismo, que tienen un inevitable entrecruzamiento en el punto en que aquéllos -- los complementos-- se hacen efectivos cuando éste --el absentismo-- desaparece (o al menos se encuentra en unos límites considerados como normales, dado que su desaparición total en términos generales es absolutamente imposible).

Las cláusulas complementarias de prestaciones de incapacidad temporal van más allá de su encuadre general como simples mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social cuando se ponen en relación (en una, pensamos, necesaria intersección) con las cláusulas controladoras del absentismo: se busca su eliminación o al menos, dado que ésta —su eliminación-- en términos absolutos es impensable, su permanencia en unos límites que se puedan considerar aceptables. De este modo se aprecia la posibilidad de convertirlas en una eficaz arma antiabsentista, entendiendo este fenómeno (el absentismo) como un preocupante mal social (en cuanto constituye una manifestación de una violación de los deberes conectados con el trabajo), para contribuir, como un medio más, a la necesaria concepción humanista de la empresa, conformándola con arreglo al principio de asociación.

Respecto de las cláusulas de los convenios que complementan prestaciones económicas de I.T., nos referimos a los problemas que plantea su redacción, para evitar la existencia de diferencia entre los conceptos manejados, la extensión temporal, en su caso, de la mejora e incluso la cuantía que se desea complementar, y la plasmación efectiva en las cláusulas ad hoc (así titulamos el epígrafe: qué se quiere complementar y qué se pacta complementar), para apuntar posibles soluciones. Incluimos otras dos instituciones, diferentes en su concepción, que constituyen también medio suplementario de incrementar las prestaciones económicas derivadas de una contingencia de I.T: las Mutualidades de Previsión y el recargo de prestaciones, para terminar con la repercusión fiscal del pago de complementos en la renta del trabajador por el tratamiento especial de lo abonado a medio de seguros específicos.

Con relación a las cláusulas que tienen por fin combatir el absentismo, partimos de la inexistencia legal de una concepción del mismo y estudiamos su consideración a nivel convencional. A partir de los convenios, nos centrarnos en las cláusulas que ponen en relación el abono de complementos con el control de aquél, así como la evolución que muestra la negociación de tales cláusulas por la incidencia de la crisis económica.

Terminamos con la referencia a la aplicación de una línea normativa novedosa, desarrollada de manera práctica por el R.D. 404/2010, que consiste en afrontar el absentismo desde la prevención de riesgos laborales, a través de la reducción de cuotas sociales por un sistema de *bonus*.

4. Junto al régimen básico u ordinario de la incapacidad temporal conviene tener en cuenta en la actualidad otras dimensiones. En primer lugar, su presencia en los distintos regímenes de seguridad social. Hoy en día la protección por I.T., como es sabido, no es exclusiva del ámbito del trabajo por cuenta ajena ni del Régimen General de la seguridad social. Es una situación protegida también en otros apartados del sistema de seguridad social y, concretamente, en los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos y Trabajadores Autónomos (RETA), aunque a tal efecto hay que tener en cuenta que la evolución legislativa ha supuesto la incorporación *ex lege* de los funcionarios que acceden a su puesto de trabajo público a partir de 2011 al Régimen General de la Seguridad Social y no al régimen mutualista. En paralelo, se ha producido una reducción de la atención de las situaciones de baja tanto por contingencias comunes como profesionales en el ámbito de los que siguen perteneciendo a alguna de las Mutualidades de Funcionarios llevada a cabo por el Real Decreto-ley 20/2012, tanto a nivel nacional como autonómico, también con referencia a los complementos de prestaciones de I.T., si bien a partir de 2015 se aprecia una línea de recuperación de los derechos suspendidos a partir de la aprobación de esa norma.

Por lo que hace referencia al RETA, se produce una extensión de su cobertura, de forma que la protección de I.T por contingencias comunes se ha incorporado definitivamente a las situaciones objeto de protección obligatoria, y aunque la protección derivada de contingencias profesionales es aún voluntaria para el trabajador autónomo, se ha establecido su necesaria opción para el supuesto de aquél que desea contar con la cobertura de las prestaciones por cese de actividad, “el desempleo de los trabajadores autónomos”. Su resultado práctico tiende a una equiparación en el tratamiento de la contingencia de I.T. en el conjunto del sistema de Seguridad Social.

También es importante la perspectiva internacional en la protección de la I.T., en parte por razones puramente científicas y en parte por su trascendencia desde el punto de vista de la protección efectiva de los interesados. Partimos de una idea general de la

evolución de los sistemas nacionales de seguridad social a partir del fenómeno de internacionalización de la economía y de los consiguientes movimientos de población trabajadora, lo cual ha provocado a su vez la emergencia de normas supraestatales que introducen principios de regulación comunes y que buscan en buena medida la interconexión entre los sistemas nacionales. Nos referimos a los convenios bilaterales y multilaterales, que pueden tener incidencia específica en la protección de la I.T objeto de nuestro estudio. También se hace referencia a los particulares sistemas nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito concreto de la I.T., y a la influencia que pueda tener la propia Unión en el tratamiento de la materia, fundamentalmente a través de las normas de procedimiento que facilitan la suma de los períodos de cotización a los efectos de acceso a las prestaciones de la contingencia protegida estudiada que permiten la exportación de prestaciones, puesto que ni la Unión Europea ni la práctica real permiten establecer un sistema homogéneo de protección de la I.T.

5. Atendiendo a ese elenco de materias y a esos planes de investigación, el trabajo que ahora se presenta se distribuye en diez Capítulos. Dedicamos el primero a la historia de la I.T., para analizar el proceso de conformación histórico-jurídico de la institución, los primeros instrumentos protectores de la situación que protege, de carácter privado; su tratamiento normativo a través de la consideración del riesgo profesional, y el proceso de evolución hacia un sistema de Seguridad Social a partir de la atención de riesgos individuales por los Seguros Sociales, hasta llegar al concepto legal actual de la incapacidad temporal.

En el Capítulo Segundo estudiamos el hecho causante de la I.T., para su calificación como contingencia protegida. Para ello es preciso diferenciar el origen, profesional o común, de la contingencia: accidente de trabajo y enfermedad profesional, accidente no laboral y enfermedad común, siguiendo su definición legal y la delimitación judicial de los supuestos que denominados como “grises”, destacando la especificidad del caso de los períodos de observación. Delimitamos los elementos de la I.T. e intentamos una definición general de la misma.

El Capítulo Tercero está dedicado a las prestaciones que conlleva esta situación objeto de protección en el sistema de Seguridad Social. Hacemos referencia en primer lugar a

las prestaciones de asistencia sanitaria, que competen con carácter general a los Servicios Médicos de las Comunidades Autónomas, al estar finalizado el proceso de transferencias en materia sanitaria a éstas (de modo que sólo se hace cargo de los mismos el INGESA en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla), aunque ciertamente el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria corresponde al I.N.S.S. Pueden intervenir también las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y las empresas colaboradoras. Cabe además la posibilidad de que se celebren Convenios Públicos a estos efectos entre las entidades prestadoras de asistencia sanitaria y las Entidades Gestoras de la contingencia.

Estudiamos la prestación económica de I.T. partiendo de las condiciones precisas para adquirir el derecho a percibir las por parte del trabajador: la situación de alta o asimilada y la cobertura, en su caso del período de carencia preciso, del que están excluidas las contingencias de origen profesional. La determinación de la base reguladora de la prestación a partir de la obtención de la base de cotización del mes anterior a la producción del evento causante, con las peculiaridades referidas a las situaciones de recaída, vacaciones, pluriempleo y pluriactividad, así como las de los contratos a tiempo parcial, fijo discontinuo, formativos y las correspondientes a los sistemas especiales de este Régimen General. Dedicamos el último epígrafe al tratamiento fiscal de las prestaciones económicas.

En el Capítulo Cuarto nos introducimos en la duración o extensión de la I.T., uno de los temas de los que se derivan más conflictos administrativos y judiciales. Partiendo de la duración inicial establecida para esta contingencia en 365 días por el artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015 para todas las situaciones (excepto los períodos de observación por enfermedad profesional cuya duración se fija inicialmente en seis meses con una posible prórroga, si fuera precisa, de otros seis meses más), estudiamos los casos de las prórrogas que denominamos ordinaria y excepcional, con ampliaciones de la extensión hasta un máximo de 730 días, teniendo en cuenta a estos efectos las posibles recaídas, así como los problemas surgidos como consecuencia de bajas sucesivas en atención a tratarse de la misma o diferente causa origen de la nueva situación de I.T. Además, distinguimos y concretamos las causas de suspensión, extinción y finalización de las prestaciones económicas de I.T., así como el tránsito entre la I.T y otras situaciones objeto de protección como son el desempleo y la incapacidad permanente.

El Capítulo Quinto lo hemos dedicado a la gestión de la I.T. Estudiamos las Entidades Gestoras, la existencia de Convenios de Colaboración entre ellas para el seguimiento de la I.T, y la participación tanto de las hoy denominadas Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y las empresas. Entendemos que proceden igualmente en este Capítulo la inclusión de los temas de responsabilidad ante la satisfacción de las prestaciones, distinguiendo la posible concurrencia de los tipos de responsabilidad civil, penal y administrativa, así como el estudio del tratamiento fiscal, tanto de las prestaciones económicas de I.T. como de las mejoras convencionales de las mismas, destacando el distinto tratamiento legal, no justificado, a nuestro parecer, más que por la redacción de la Ley del I.R.P.F., de los complementos abonados a través de Compañías de Seguros con relación a los directamente satisfechos por las empresas.

En el Capítulo Sexto se aborda la tramitación administrativa de las situaciones de baja, confirmación y alta, describiendo la utilización de los medios telemáticos para facilitar el control de la contingencia objeto de estudio. Contiene, de una parte, la referencia a las impugnaciones en esta materia, que precisan, en su caso, el agotamiento de la vía administrativa a través de las Reclamaciones Previas a formular, bien ordinariamente ante las Entidades Gestoras, bien ante las Mutuas Colaboradoras como novedad introducida por la L.R.J.S. De otra parte, su estudio incluye el seguimiento de la vía judicial que en esta materia de prestaciones de la Seguridad Social introduce dos procedimientos judiciales diferentes, dedicando uno específicamente a las impugnaciones de altas médicas. En ese ámbito judicial, realizamos una referencia a las posibles reclamaciones derivadas de los complementos convencionales de prestaciones que han de seguir la vía judicial ordinaria. Estimamos de interés incorporar unas reflexiones críticas sobre la prueba, su valoración y otras cuestiones de índole práctica.

Los Capítulos Séptimo y Octavo están dedicados a la conexión de la I.T. con la negociación colectiva, abordando dos fenómenos que están inexorablemente unidos entre sí: la introducción de cláusulas convencionales que mejoran la consideración legal de las situaciones de los trabajadores en I.T., y la plasmación en los Convenios, como resultado de la negociación entre los denominados interlocutores sociales, de cláusulas que tratan de afrontar el problema del absentismo entendido como mal social, refiriéndonos a la utilización de las primeras como medidas antiabsentistas.

Dedicamos el Capítulo Noveno, como dice su título, a contrastar el tratamiento de la I.T. estudiado, con los Regímenes Especiales de Trabajadores Autónomos y de Funcionarios Públicos, comprobando que las diferencias existentes tienden a la igualación con modelo constituido por el Régimen General, y nos referimos a las medidas restrictivas introducidas a través del Real Decreto-ley 20/2012 tanto a la cobertura de prestaciones de I.T como a la regulación de los complementos de las mismas a nivel nacional y autonómico, para finalizar con una necesariamente breve referencia a las medidas de recuperación de tales coberturas a partir de 2015..

Finalmente, el Capítulo Décimo está dedicado a un estudio a nivel internacional de la I.T como medida de protección prevista en los sistemas de seguridad social, justificando en primer lugar la internacionalización misma de tal cobertura para, a continuación, referirnos a los convenios multilaterales y bilaterales firmados por España con referencias al objeto de nuestro estudio, y analizar someramente las peculiaridades de los sistemas de protección de los Estados miembros de la Unión Europea y finalmente estudiar las normas de general aplicación en la Unión Europea en materia de Seguridad Social que, por lo que se refiere a la I.T., se centran en la Directiva sobre asistencia sanitaria y las normas de coordinación de la seguridad social de los trabajadores migrantes, para permitir el cómputo conjunto y la exportación de prestaciones.

El trabajo se termina con la formulación de Conclusiones, unas de tipo general sobre la institución estudiada y otras referidas a la actual regulación de la I.T., con algunas sugerencias de *lege ferenda*. Aparte de la relación de bibliografía empleada, se incluyen tres Anexos: el primero contiene una relación cronológica de las normas consideradas al objeto de facilitar la lectura sin necesidad de incluir la referencia legislativa completa pero al tiempo permitir su identificación; el segundo contiene una relación de los Convenios Colectivos de ámbito estatal que incluyen cláusulas relativas a la I.T., y el tercero, en fin, es un cuadro de elaboración propia que muestra el gasto anual de las prestaciones económicas de I.T. desde 1991 a 2015.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA EMERGENCIA HISTÓRICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL A SU ACTUAL CONFIGURACIÓN JURÍDICA

1.- La preocupación histórica por el infortunio del trabajador: de las sociedades de socorros mutuos al Instituto de Reformas Sociales

La Incapacidad Temporal es, ante todo, incapacidad laboral, para el trabajo. Se trata, pues, de una contingencia de evidente carácter profesional en su origen, como ocurre en general con las situaciones protegidas en el hoy sistema de Seguridad Social, si atendemos a las consecuencias derivadas de su producción, de forma que en su desarrollo tiene como objetivo atender las necesidades personales y familiares derivadas de un proceso de imposibilidad para el trabajo en que una persona (trabajador) se encuentra, con la consiguiente pérdida (en vía de principio) de su salario; proceso que conlleva no solamente esa ausencia de ingresos para el mantenimiento del hogar, sino también un incremento de los gastos a cubrir que vienen ocasionados por situaciones que requieren atención médica. Por ello la I. T guarda estrecha relación con la necesidad de recibir la asistencia sanitaria para lograr el restablecimiento de la salud del trabajador. Obviamente, a esta situación de incapacidad para el trabajo se le puede hacer frente por caminos variados. Hoy en día se atiende por la Seguridad Social, pero a lo largo de la historia se advierte un proceso más incierto y variado en su atención.

Desde una perspectiva histórica cabe distinguir varias fases en la protección de las situaciones de incapacidad, que concretaremos en los epígrafes que se desarrollarán, si bien señalaremos en el siglo XIX las primeras referencias a la atención de la cobertura de los efectos de sucesos incapacitantes para el desarrollo de las labores habituales sustentadoras de la persona, por medio del sistema de socorros mutuos, sin perjuicio de reconocer la existencia cierta desde la Baja Edad Media de las instituciones de caridad cristiana o beneficencia². Dejando al margen las medidas de caridad, la primera atención a las situaciones invalidantes para el trabajo se dan en nuestra patria cuando, al recibir

² Cuyo ámbito de atención evidentemente era más extenso que el de las personas que realizaban trabajos., Rumeu de Armas, A. "Hospitales de caridad, Hermandades, Cofradías, "Historia de la Previsión Social en España. Cofradías, Gremios. Hermandades. Montepíos, Barcelona.1981, págs. 19 y ss.

España la influencia del maquinismo y la Revolución Industrial en el ámbito económico y la introducción de la libertad de industria, conoce paralelamente la desaparición del sistema gremial de introducción a los oficios tradicionales, que conllevaba en paralelo una cierta atención de las necesidades sociales entre los miembros del oficio, de forma que se produce una traslación del fenómeno de la protección de las necesidades ante el infortunio que impide o limita el trabajo de quien lo padece; protección que va a mantener las características mutuales que en cierta medida correspondían a los Gremios.

De esta manera, la solidaridad por el oficio del sistema gremial va a dar paso a otro tipo de uniones ante la adversidad que muestran progresivamente el tránsito del artesano al obrero. Así lo que ha sido calificado³ como “asociacionismo obrero preclasista” del primer tercio del siglo XIX guardaba una configuración basada en la tradición gremial, pues se constituyeron a partir de entonces agrupaciones de trabajadores bajo formas mutualistas que realmente carecían de tendencias políticas⁴, buscando objetivos fundamentalmente de protección ante la enfermedad y en su caso mejoras sociales concretas, dentro de un ámbito exclusivamente local⁵ y sin congregarse necesariamente trabajadores de un sector económico concreto⁶. Estamos hablando de las Sociedades de Socorros Mutuos.

El Decreto de la Regente María Cristina, de 20 de enero de 1834 por el que aprobaba la legalización y constitución jurídica⁷ de estas Sociedades las conceptuaba como

³ De la Cierva, R. Historia total de España, Fénix, 1997, pág. 640.

⁴ “...su práctica habitual fue reformista, sin ningún propósito de configurar un orden social nuevo, sino dedicado tan solo a mejoras concretas de las condiciones de vida o a la creación de un rudimentario sistema de seguridad social...” Tussell, Javier. Historia de España. Taurus, 1998, Madrid, obra conjunta con J.L. Martín y C. Martínez Shaw, pág. 530.

⁵ “Que residan dentro del caso de la población...”, según el Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Navegantes de Gijón (1877), o “Residir en el concejo o en las inmediaciones de la villa”, según el Reglamento de la Sociedad de Socorros de Avilés. Citados por Guereña, J.L., “El espacio mutualista en la sociabilidad popular de la Restauración (1875-1900). El ejemplo asturiano”, Castillo, S. (editor). Solidaridad desde abajo, Centro de Estudios Históricos U.G.T., 1994, págs. 3 y ss.

⁶ Se recoge en un anexo del trabajo citado de “El espacio mutualista...” Guereña, J.L., en Castillo, S. (editor) Solidaridad desde abajo, la lista de los individuos que componen la Sociedad de Socorros Mutuos de Artesanos de Gijón (1885) entre los que figuran 1 Abogado, 11 alguaciles, 53 carpinteros, 11 ebanistas, 5 farmacéuticos, 4 profesores y 24 zapateros.

⁷ Gaceta del 21 de enero. Dirigido a Javier de Burgos, Ministro de Fomento.

“reuniones de hombres animados por un interés común para estimular los progresos de las respectivas industrias y auxiliarse recíprocamente en sus necesidades...”. Se trataba pues de primitivas formas de auto seguro privado, sin ninguna clase de atención pública más que la de control, esto es, su autorización oficial para constituirse y llegado el caso, la prohibición de las mismas cuando los gobiernos respectivos las llegaron a sentir como activas medidas organizativas revolucionarias⁸. No podemos olvidar que nos estamos refiriendo a una época histórica en la que triunfan las opiniones contrarias al intervencionismo estatal, que consideraba las relaciones entre empresarios y trabajadores como resultado del libre⁹ e igual pacto¹⁰ entre ellos. Los Socorros Mutuos, eran por tanto instituciones cuya finalidad perseguía la atención de las necesidades que surgían a sus miembros, que colaboraban económicamente a su instauración y provisión¹¹, principalmente derivadas de la enfermedad (o accidente), que les impedía trabajar, sin perjuicio de cubrir otras atenciones. La cobertura de ese antecedente de la incapacidad temporal tiene como objetivo principal institucionalizar la ayuda prestada por estas Sociedades, consistentes fundamentalmente en el abono de subsidios para los casos de inutilidad temporal o crónica, así como en su caso la cobertura de las atenciones médicas y farmacéuticas¹².

Es preciso indicar inmediatamente que, en primer lugar, no existía en esa primera

⁸ Entendiéndolas como soporte de las futuras “Cajas de Resistencia” sindical cuando los partidos y sindicatos de clase adoptan también esa forma de protección, superadas las reticencias iniciales. Ver Ralle, M.- “La función de la protección mutualista en la construcción de una identidad obrera (1870-1910)”. Castillo, S. (editor), Solidaridad desde abajo, óp.cit., págs. 6 y ss.

⁹ Así, el Código Penal de 1848 prohibía las asociaciones ilícitas y castigaba a “los que se coaligaren con el fin de encarecer o abaratar abusivamente el precio del trabajo, o regular sus condiciones...”.

¹⁰ En lo que Palomeque López define como el tránsito del status propio de la sociedad corporativa al contrato, en Esteban de la Vega, V. (editor), Pobreza, beneficencia y política social, Ayer, nº 25 (1997), págs. 10 y ss.

¹¹ La cuota de la Sociedad de Socorros Mutuos de Villaviciosa era en 1878, de cinco reales al mes, pagaderos en cuotas semanales, mientras que treinta años más tarde, la aportación a la Sociedad de Socorros Mutuos Artesanos de Gijón era de dos pesetas mensuales que debían satisfacerse en una sola entrega dentro de los ocho primeros días de cada mes. Citado por Rodríguez González, J.J., “Las Sociedades de Socorros Mutuos en Asturias. 1859-1900”, Castillo, S. (editor), Solidaridad desde abajo, óp. cit., págs. 20 y ss.

¹² La Sociedad de Socorro de Avilés (1871) señalaba como fin el de “socorrer a todos los individuos que a ellas pertenezcan y que, por cualquier dolencia o enfermedad temporal de las no exceptuadas en este Reglamento, se inutilicen para los trabajos y ocupaciones habituales”, recogido por Guereña, J. L. “El espacio mutualista en la sociabilidad popular de la Restauración (1875-1900). El ejemplo asturiano” Castillo, S. (editor) Solidaridad desde abajo. óp. cit. págs. 52 y ss.

cobertura una distinción fáctica ni tampoco evidentemente jurídica entre la imposibilidad permanente o temporal para el trabajo del beneficiado por las ayudas. Y en segundo lugar que, naturalmente los auxilios, las “prestaciones” abonadas podían tener muy diferentes cuantías y alcances, teniendo en cuenta que, según avanzaba el siglo XIX y se formaban las grandes empresas industriales de la época, las Sociedades de Socorros Mutuos constituidas y cofinanciadas por aquéllas¹³, podían fijar unas atenciones superiores¹⁴ incluyendo asistencia médica, contando algunas Sociedades con su médico propio, y la atención “de botica”¹⁵.

Ciertamente los socios, de una parte, estaban obligados a seguir los tratamientos y cuidados previstos, sobre los que la Sociedad estaba facultada a realizar controles de comprobación del estado de enfermedad del socio perceptor¹⁶; de otra, las propias instituciones de Socorros podían excluir la responsabilidad societaria en algunos casos reglamentados, como epidemia¹⁷, enfermedades venéreas¹⁸ o heridas producidas en peleas¹⁹, no haciéndose cargo tampoco de las enfermedades contraídas “ fuera del casco de la población”²⁰. De este modo se puede hablar del establecimiento de unas reglas apoyadas sobre un código estricto de moral fundamentalmente como mecanismo de

¹³ La Compañía Duro de La Felguera contribuía con una subvención anual de 2.000 reales; Fábrica de Mieres, con 1.000 pesetas en 1884 y la Unión Hullera y Metalúrgica con 14.000 para el ejercicio 1891-1892. Citado por Rodríguez González, J.J. “Las Sociedades de Socorros Mutuos en Asturias 1850-1900...” Castillo, S.(editor) Solidaridad desde abajo... óp. cit. página 197.

¹⁴ En 1878 la mutual de Villaviciosa pagaba, en casos de inutilidad, 2,5 reales al día y 280 al año en los de enfermedad crónica, mientras que la Sociedad de Socorros Mutuos de Artesanos de Gijón abonaba tres reales y medio por día a quienes se inutilizaran totalmente para ejercer su ocupación. Citado por Rodríguez González, J.J. “Las sociedades de socorros mutuos en Asturias, 1859-1900” . Castillo, S (editor). Solidaridad desde ... óp. cit. páginas 196 y ss.

¹⁵ “...A todo socio le serán abonadas por los fondos de la Sociedad las medicinas que necesite durante su enfermedad así como las sanguijuelas que se le receten...” Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de la fábrica de Trubia, citado por Guereña, J. L.- “ El espacio mutualista en la sociabilidad popular de la Restauración (1875-1900) El ejemplo asturiano“. Castillo, S. (editor). Solidaridad desde... óp. cit. página 211

¹⁶ Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos La Ovetense, fundada en 1859, citado por Guereña, J.L “ El espacio mutualista en la sociabilidad popular...” Castilllo, S (editor). La solidaridad... óp. cit. página 213.

¹⁷ Reglamento de la Sociedad de socorros Mutuos Navegantes de Gijón (1877) Ídem, pág. 215.

¹⁸ “La Sociedad tampoco socorre las enfermedades venéreas adquiridas por el vicio”. Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Artesanos de Gijón. 1880. Ídem, pág. 218

¹⁹ Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Artesanos de Gijón. 1877. Ibídem, pág. 219 y ss.

²⁰ Ídem, págs. 222

garantía de supervivencia de las propias Sociedades²¹ ante las atenciones que debían prestar, sobre todo considerando que la acción de tales instituciones se mantuvo como único instrumento de protección ante la enfermedad²² hasta la implantación de los Seguros Sociales obligatorios.

Es preciso considerar que, si bien el siglo XIX es el momento histórico en el que el “Laissez faire” contaba con todos los favores en el ámbito mercantil, surge específicamente en Europa el fenómeno del intervencionismo estatal en las relaciones de producción, con una referencia temporal variable²³, dependiendo del grado de desarrollo económico de los distintos países del continente, pero centrado en el referido siglo XIX. Tal acaecimiento dio lugar a las Leyes obreras²⁴ como normativa protectora de las condiciones de vida y trabajo del proletariado. Este intervencionismo está fundamentado²⁵ en tres ideas básicas que se oponen a otros tantos criterios del liberalismo, suponiendo un primer paso en la, posterior en el tiempo, atención a las circunstancias de necesidad de los trabajadores ante la sobrevenida incapacidad para desarrollar su trabajo. Estas ideas son: la de la asimetría del contrato de prestación de servicios a causa de la desigualdad del poder económico de patrono y obrero (frente al principio liberal de la "Igualdad de los contratantes"); la idea del intervencionismo del Estado "...para la protección del contratante débil en la relación individual de trabajo..." (frente al absentismo normativo del Estado) y la de la "dimensión colectiva" de las relaciones laborales (frente al entendimiento directo entre los individuos en el mercado de trabajo, propio del liberalismo).

Esta legislación apunta²⁶ a una reacción defensiva del Estado burgués para "...cediendo a

²¹ Guereña, J.L. “El espacio mutualista en la...”. Castillo, S (editor). Solidaridad desde... óp. cit. pág. 213.

²² Con la aprobación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 el socio lesionado pasaba a ser responsabilidad directa del empleador tanto en lo que se refiere al subsidio como a la atención médica y farmacéutica.

²³ Palomeque, M.C y Álvarez de la Rosa, M. Derecho del Trabajo. Ceura.1996. pág.68.

²⁴ Ídem.págs.69 y ss.

²⁵ Martín Valverde, A.: “La formación del Derecho del Trabajo en España”. Estudio Preliminar (VV. AA) La Legislación social en la Historia de España: De la Revolución liberal a 1936. Madrid. Congreso de los Diputados.1987

²⁶ Estamos hablando de la perspectiva de la protección de los trabajadores: del Decreto de 20 de enero de 1834 que regulaba aspectos del contrato de aprendizaje; sobre todo, la Ley Benot, de 24 de julio de 1873, cuyo título era *Ley sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros*; su continuadora, la Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos de los niños. Palomeque, M.C y Alvarez de la Rosa, M. Derecho del Trabajo.

tiempo en lo menos (las condiciones de vida y trabajo del proletariado)...atender de modo eficaz a conservar lo más, el propio sistema de trabajo asalariado..." con el fin de proveer la "...integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido...", aun con la resistencia del empresario al cumplimiento de tales disposiciones²⁷ y el rechazo de las mismas por las primeras organizaciones obreras, por entender que la "...emancipación de los trabajadores debe ser obra de los trabajadores mismos..."²⁸. Es de justicia reconocer igualmente la influencia de la Doctrina Social de la Iglesia Católica iniciada por León XIII con su encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de mayo de 1891 que legitima la constitución de los sindicatos²⁹, cuya influencia en empresarios y políticos con conciencia cristiana, así como a través de múltiples acciones pastorales a niveles concretos no ha sido justamente valorada en nuestro país.

En principio, al menos en España la plasmación de estos principios se produce no tanto por medio de medidas de previsión social sino a través de regulación de las relaciones de trabajo³⁰. Por ello, es cierto que no se encuentra aún legislado nada en esos momentos (finales del siglo XIX) relativo al objeto de la I.T., puesto que el avance en la materia social se circunscribía, con dificultad, al más puro ámbito laboral, de regulación

óp. cit. págs. 71 y ss. Martín Valverde, A.: "La formación del Derecho del Trabajo en España". Estudio Preliminar (VV. AA) La Legislación social en la Historia de España: De la Revolución liberal a 1936. Madrid. Congreso de los Diputados.1987. Martínez Peñas, L. "Los inicios de la Legislación Laboral española: La Ley Benot". págs..3 y ss.<https://eciencia.urjc.es/bitstream/.../La%20ley%20Benot.doc?...1> Desde la perspectiva de la beneficencia, la Constitución de 1812 realiza la encomienda a los Ayuntamientos. En desarrollo de esta previsión, se promulgó el Decreto de Establecimiento general de Beneficencia de 6 de febrero de 1822. La Ley de Beneficencia de 1822 aprobada durante el Trienio Liberal no llegó a aplicarse en la práctica. Y no es sino hasta la aprobación de la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 cuando se implica al Estado en la misma. "Las raíces históricas de la asistencia social". Maldonado Medina, J.A. Legislación histórica de previsión social (García Murcia, J. y Castro Argüelles, Mª A, Directores). Thomson Reuters.2009. págs. 29 y ss.

²⁷ Palomeque, M.C; Alvarez de la Rosa, M. Derecho del Trabajo. óp. cit. pág. 71, citando las "Cartas a un arrepentido de la Internacional" de Ignacio Mª de Ferrán.

²⁸ Ídem, pag.69.

²⁹ Colom, E. Curso de Doctrina social de la Iglesia. Ediciones Palabra. Madrid.2001. págs.163 y ss.

³⁰ Ruiz de Grijalva, A.- El contrato de trabajo ante la a razón y el derecho. Madrid. .(F. Beltrán).1902.2ª Ed. 1922.,pág.23, citado por Palomeque, M.C. Derecho del Trabajo e Ideología Tecnos.Madrid.1989. pág.29. .Palomeque, M.C y Álvarez de la Rosa, M. Derecho del. trabajo..op.cit.. recogiendo (pág.74) el "Dictamen que presenta a la Asamblea Republicana Federal la Comisión encargada de proponer las reformas para mejorar las condiciones de las clases jornaleras" redactado por Pi y Margall. Eduardo Benot, Ministro de Fomento, remitió el proyecto legislativo a las Cortes Constituyentes de la I República.

de las condiciones mínimas de trabajo. Hemos de tener en cuenta que nos encontramos históricamente, a partir de 1874, en el inicio de la Restauración monárquica en la persona de Alfonso XII, en una España definida socialmente por la expresión de Silvela³¹ de la "necesidad de una verdadera revolución desde arriba", evidentemente para evitar que la revolución se hiciera "desde abajo"³².

Estamos hablando, por consiguiente y es obvio, de un punto de partida en la mejora de las condiciones laborales no aún ante una verdadera protección ante las situaciones de infortunio que se producen derivadas de la prestación de trabajo. En una perspectiva general, si se atiende a la formación del movimiento obrero como fuerza de choque de la evolución histórico-normativa de la legislación social, sólo a partir de 1868 se puede hablar en España de organización del movimiento obrero³³ con la llegada de José Fanelli, hombre de confianza de Bakunin, dando lugar al nacimiento en Barcelona de la Federación Regional Española de la Asociación Internacional de Trabajadores--A.I.T.-- en junio de 1870³⁴.

Centrándonos en el período histórico de la Restauración monárquica, con el turno pacífico de los partidos Liberal y Conservador³⁵ durante el reinado de Alfonso XII, se

³¹ Aróstegui, J. "La España de los revisionismos" Volumen La España de los Caciques. Del Sexenio democrático a la crisis de 1917. Historia de España de Historia 16. Vol.10. 1982, págs. 78 y ss.

³² Inmediatamente continuadora y posterior en el tiempo a la Ley Benot es la Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos de los niños, que prohíbe a los niños menores de 16 años, de ambos sexos, cualquier ejercicio peligroso de equilibrio, de fuerza o de dislocación, y su empleo en representaciones propias de las profesiones de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos u otras análogas...

³³ Ruiz de Grijalva, A.- El contrato de trabajo ante la razón y el derecho. Madrid. (F. Beltrán).1902, 2ª Ed óp. cit. 1922., pág.25, citado por Palomeque, M.C. Derecho del Trabajo e Ideología. Tecnos. Madrid. 1989..op. cit. pág.30.

³⁴ Alternando a partir de entonces el asociacionismo obrero los períodos de ilegalidad con la mera tolerancia o reconocimiento administrativo, si bien las prácticas terroristas anarquistas dieron lugar a la aprobación de las Leyes Antiterroristas de 10 de julio de 1904 y 2 de setiembre de 1906 que castigaban con pena de muerte los atentados con explosivos y prevenían la posibilidad de disolver las asociaciones cuyos afiliados aparecieran complicados en aquéllos, lo que supuso la práctica desaparición del movimiento anarquista hasta la fundación de la C.N.T. en 1910. El declinar de los anarquistas favoreció el auge del sindicalismo obrero marxista que, como medio de difusión de sus ideas, participó fundamentalmente en las elecciones locales, marcando sus diferencias con los partidos burgueses, llegando, en virtud de una suficientemente ambigua e interesada postura, a mantener una cierta relación con la Dictadura de Primo de Rivera Palacio Attard,,V. La España del siglo XIX.-Espasa Calpe. Madrid 1976, pág. 276.

³⁵ Aróstegui, J. "La España de los Revisionismos"--dentro del Vol.10. La España de los caciques. Del sexenio democrático a la crisis de 1917. Historia de España de Historia 16. Madrid.1982, págs. 78 y ss.

produjo en 1883, a iniciativa de Segismundo Moret³⁶, bajo la presidencia del Consejo de Cánovas del Castillo --que lo hará hasta la muerte del Rey en noviembre de 1885-- la creación de la denominada Comisión de Reformas Sociales por Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, cuyo objeto constituía: "...el estudio de las cuestiones que interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo...". Esta Comisión resultó de las preocupaciones sociales desde una perspectiva cristiana de los sectores más progresistas de la burguesía española, marcados en algunos casos (que han sido muy publicitados) por el pensamiento krausista³⁷.

La Comisión llevó a cabo una amplia información oral y escrita sobre el estado y las necesidades de los trabajadores³⁸. Para ello estudió, en términos que en ese momento aparecen indisolublemente conexos, la situación y las condiciones efectivas de prestación de trabajo en nuestra patria, así como las vías de atención y cobertura de las necesidades de los trabajadores ante la producción de situaciones de infortunio.

Como se ha expresado³⁹, el Decreto de su creación contenía todo un programa de legislación laboral, y en lo que a materia de previsión social se trata, incluía referencias a la existencia del régimen referido de los Socorros Mutuos: mostraba información sobre las medidas existentes en ese momento; relacionaba propuestas para una intervención pública, fundamentalmente local y regional en la cobertura de las necesidades derivadas de la incapacidad para el trabajo al contener referencias a auxilios que provenían del régimen de libertad subsidiada y en fin, apuntaba ideas para futuras

³⁶ Segismundo Moret era Ministro de Gobernación en el gabinete presidido por Cánovas.

³⁷ Iglesias, M. del C. y Elorza, A. "La fundación de la Comisión de Reformas Sociales" Revista de Trabajo nº 25/1969, págs..18 y ss.

³⁸ Palomeque, M.C y Álvarez de la Rosa, M. Derecho del Trabajo. óp. cit. pág. 77 "...los trabajos de la Comisión son recibidos con gran desconfianza y recelo, sin embargo, por los propios medios obreros, que se sirven de la información realizada como plataforma ideológica...", recogiendo la Información oral practicada por la Comisión de Reformas Sociales en virtud de la Real Orden de 5 de diciembre de 1853: "...Los sectores que forman la Comisión—apostilla García Quejido en el seno de la información celebrada en Madrid—no representan los intereses de la clase trabajadora ...".

³⁹ Martín Valverde, A. *et altri*. La legislación social en la Historia de... óp. cit. pág.18

intervenciones en lo que suponía el diseño de un seguro social obligatorio,⁴⁰ en una especie de esbozo de un programa de previsión social, pero sin contener una descripción práctica ni mucho menos teórica sobre la distinción entre la incapacidad temporal y la definitiva para el trabajo⁴¹. Por Real Decreto de 13 de marzo de 1890 se reorganizó la Comisión para la realización de una labor promotora de normas en materia social⁴², si bien la escasez de medios, la indiferencia de los más de los sectores políticos burgueses y la contestación obrera, impedirían el desarrollo de las funciones encomendadas. Estamos ante la que se denominó "fase de caridad legal", con normas inconexas que se intercalan en los Códigos liberales⁴³.

Heredero de la Comisión, por Real Decreto de 23 de abril de 1903 se creó el Instituto de Reformas Sociales que, en el seno del Ministerio de la Gobernación, habría de encargarse de " preparar la legislación del trabajo en su más amplio sentido, cuidar de su ejecución, organizando para ello los necesarios servicios de inspección y estadística, y favorecer la acción social y gubernativa, en beneficio de la mejora o bienestar de las clases obreras..."⁴⁴.

2.- La recepción normativa de la situación de incapacidad temporal: la protección del riesgo profesional

⁴⁰ "...Segundo: Cajas de retiros y socorros mutuos para enfermos e inválidos; medida en la cual podrán los Municipios y las Diputaciones Provinciales iniciar y auxiliar esta clase de instituciones; legislación general que pueda establecerse como tipo y modelo para los que voluntariamente se asocien; casos en los que la suscripción puede ser obligatoria, y manera de hacerla efectiva." Reformas Sociales. Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893. Edición facsímil con motivo del centenario de la creación de la Comisión, con estudio introductorio de Castillo, S.

⁴¹ La Comisión de Reformas Sociales organizó Comisiones Provinciales y locales con el objetivo de " abrir una amplia información oral y escrita sobre el estado y las necesidades de los trabajadores" de cuyos testimonios realizó una publicación oficial en cinco volúmenes, incluyendo información acerca de los Socorros Mutuos y la atención de la incapacidad de los trabajadores, entre los años 1889 y 1893.

⁴² Palomeque, M.C., y Álvarez de la Rosa, M. Derecho del... óp. cit. pág. 79

⁴³ Ruiz de Grijalva, A.- El contrato de trabajo ante... óp. cit. pág. 30.

⁴⁴ Palomeque, M.C y Álvarez de la Rosa, M. Derecho del... óp. cit. pág.66. Ver cita nº 29. Con un triple representación (técnica, compuesta por personalidades caracterizadas, de libre elección del Gobierno; patronal y obrera), dirigido por un Presidente directamente nombrado por el Gobierno, realizó, hasta su desaparición en 1924, una excepcional labor, no solamente de preparación de la legislación sino de fiscalización del cumplimiento y ejecución de disposiciones normativas laborales y centro consultivo de la Administración que habría de marcar el posterior desarrollo de la legislación laboral española.

La importantísima consecuencia práctica de esta preocupación por los temas socio-laborales y concretamente por la salvaguarda de la incapacidad transitoria para el trabajo objeto de nuestro estudio, supuso que el cauce de atención se iba a abrir a través de la vía de protección de los accidentes de trabajo.

2.1 El accidente de trabajo.

La primera norma sustantiva reguladora de un sistema de protección para los trabajadores en España, es la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900⁴⁵, que sufrió sucesivas modificaciones. Esta norma, junto a la Ley de 13 de marzo de 1900⁴⁶, por la que se establecen las condiciones de trabajo para las mujeres y de los niños de ambos sexos, y la Ley de 3 de marzo de 1904 relativa al descanso dominical, constituyen la base de lo que se calificó ⁴⁷ como "primeras etapas reales del nuevo

⁴⁵ Martín Valverde, A; Valdés Dal-Ré, F ;. Palomeque López, M.C.; Casas Baamonde, M^a. .E.; Pérez Espinosa, F y García Murcia, J. La legislación social en la Historia de España.De la Revolución liberal a 1936.-Congreso de los Diputados. Madrid.1987. pág. 30 y ss.

⁴⁶ En su artículo 9 se prohibía el trabajo a las mujeres en las tres semanas posteriores al parto, si bien hemos de entender su dicción en un sentido limitativo o sancionador al establecer que se prohíbe el trabajo de la mujer durante ese período, para añadir a continuación que la "obrero" tendría derecho a la reserva de su puesto de trabajo por causa de próximo alumbramiento desde su solicitud hasta tres semanas después de que tuviera éste lugar, sentido u orientación prohibitiva que hay que interpretarla considerando que durante el tiempo de la suspensión en la prestación de servicios de la mujer trabajadora, no se establecía compensación económica alguna para ella. Por ello la mujer deseaba seguir trabajando puesto que así obtenía los ingresos que constituían su medio de vida. La Ley de Descanso Dominical por su parte, no permitía excepción alguna al régimen de descanso establecido para mujeres y menores de 18 años. La ley de 13 de marzo de 1900 es sucesivamente modificada por la de 8 de enero de 1907 que viene a establecer la expresada prohibición de trabajo de la mujer tras su alumbramiento en un plazo de cuatro a seis semanas (mínimo de cuatro, cinco o seis semanas por prescripción facultativa), y por Real Decreto de 21 de agosto de 1923, en el cual se determina la obligación del patrono de mantener la reserva del puesto de trabajo de la mujer, por razón de maternidad, en un máximo de veinte semanas. Su artículo 9 regula por vez primera el derecho a la asistencia gratuita de un médico y una indemnización diaria suficiente "... para su manutención y la del niño en buenas condiciones de higiene...", encomendando al Ministro de Trabajo la regulación antes del 31 de marzo de 1925, de un sistema de Caja de Seguro Obligatorio. Por medio de Real Decreto de 21 de agosto de 1923 se reguló de forma provisional el abono de este subsidio de maternidad hasta el dictado del Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 por el que es finalmente instituido el Seguro Obligatorio de maternidad.

⁴⁷ Posada, A.- "La Reforme sociale en Espagne". Revue Internationale de Sociologie. Nº 4 y 5/1907. Citado por Palomeque, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. Derecho del.... óp. cit. pág.67

derecho protector de los obreros"⁴⁸.

Es necesario señalar que la Ley de Accidentes de trabajo seguía en paralelo el esquema de responsabilidad regulado en la legislación civil, pues aseguraba al trabajador la percepción de una indemnización que debería abonar el empresario para el que prestaba sus servicios al ocurrir el accidente que produjera un daño físico al trabajador, de forma que constituía al empresario en responsable de las consecuencias del mismo, aunque le permitía prevenir esas consecuencias con una póliza de seguros formalizada con una sociedad aseguradora. Realmente no establecía un seguro obligatorio de responsabilidad empresarial, ni público ni privado sino que introdujo un doble régimen de responsabilidades: objetiva en el accidente de trabajo, que daba lugar al abono de indemnizaciones, y por culpa cuando éste se producía "...en un establecimiento u obras cuyas máquinas o artefactos carezcan de los aparatos de precaución a que se refieren los artículos 6-9...", en cuyo caso se incrementaba la indemnización en una mitad más de su cuantía al constatarse un incumplimiento de las normas de seguridad por parte de la empresa⁴⁹.

De esta norma es preciso destacar⁵⁰ que las definiciones que contiene del accidente de trabajo, de patrono y operario, han llegado hasta nuestros días, adquiriendo la calificación de clásicas. En concreto, el artículo 4. 1ª regulaba cuatro tipos de incapacidades⁵¹. Establecía que, si el accidente hubiera producido una incapacidad temporal, el patrono abonaría a la víctima una indemnización igual a la mitad de su

⁴⁸ La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900 fue aprobada por el gobierno-puente del conservador General Azcárraga, curiosamente entre los de Silvela--conservador--y Sagasta--liberal--y la de 3 de marzo de 1904, que instituía el descanso dominical, en el primer gobierno de Antonio Maura que, sin perjuicio de mantener el principio silvelista de "revolución desde arriba", tenía pretensiones de incorporar nuevos flujos sociales a la vida política. Aróstegui, J. La España de los Revisionismos...óp. cit. Vol 10. pág.63.

⁴⁹ Gutiérrez-Solar Calvo, B. y Lahera Laforteza, J, "Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900". Legislación histórica de Seguridad Social. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, Mª A , Directores) óp. cit. Pág. 47 y ss. Thomson Reuters. 2009, que expresan que dicho recargo "...pueden ser entendido como, aún desde concepciones bien distintas, el origen del vigente recargo de prestaciones sociales por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales previsto en el artículo 123 LGSS..."

⁵⁰ Palomeque, M.C. y Álvarez de la Rosa, M. Derecho del... óp. cit. pág. 70.

⁵¹ En su artículo 4, distinguiendo la temporal, de duración inferior a un año; la parcial, aunque permanente para la profesión o clase de trabajo; la permanente perpetua para la profesión y la permanente y absoluta para todo trabajo.

jornal diario desde el día en que tuvo lugar el accidente hasta en el que se hallase en condiciones de volver al trabajo. Añadía: "...Si transcurrido un año no hubiese cesado aún la incapacidad, la indemnización se regirá por las disposiciones relativas a la incapacidad perpetua...". La norma contenía igualmente la obligación del patrono de facilitar asistencia médica y farmacéutica al obrero mediante facultativos por él designados—artículo 4 Regla 3ª párrafo segundo-. A tenor de su artículo 12, el patrono podía asegurar las obligaciones derivadas de la producción del riesgo con una "Sociedad de Seguros debidamente constituida..." con la única condición de que "...la suma que el obrero reciba no sea inferior a la que le correspondiera con arreglo a esta ley...".

La Ley fue desarrollada por el Real Decreto de 28 de julio de 1900⁵² y por el Real Decreto de 8 de julio de 1903⁵³, Reglamento de Incapacidades derivadas de Accidentes de Trabajo, y mantuvo su vigencia hasta la aprobación de una nueva Ley de Accidentes de Trabajo durante la Dictadura de Primo de Rivera, la Ley de 10 de enero de 1922⁵⁴, que derogó la anterior.

El texto de esta nueva Ley de Accidentes de Trabajo mantenía las premisas de la ley derogada, pero introdujo modificaciones que hacían precisa la derogación del Reglamento de 1903, por lo que fue dictado un Reglamento provisional aprobado por Real Decreto de 29 de diciembre de 1922⁵⁵. Hemos de destacar de la Ley de 1922, que vino a diferenciar cuatro tipos de incapacidades producidas por accidente de trabajo, definió la así ya denominada incapacidad temporal como "toda lesión que esté curada dentro del término de un año, quedando el obrero capacitado para el trabajo que estaba realizando al sufrir el accidente...". Su artículo 4 recogía la indemnización a abonar al trabajador accidentado sería las tres cuartas partes de su salario diario, de forma que aparece por primera vez ese porcentaje del 75 por ciento abonable como indemnización, que es punto de referencia obligado en el desarrollo normativo de la prestación económica de la I.T. hasta la fecha. El artículo 25 por su parte, mantenía la posibilidad para el empresario de cubrir las obligaciones asumidas con una sociedad de seguros, en

⁵² Gaceta de Madrid de 30 de julio de 1900.

⁵³ Gaceta de Madrid de 10 de julio de 1903.

⁵⁴ Gaceta de Madrid de 10 de enero de 1922.

⁵⁵ Gaceta de Madrid de 31 de diciembre de 1922.

los mismos términos antecitados.

El esquema de protección de la I.T. derivada de accidente de trabajo introducido por la ley de 1922 permanece en el Libro III del Código de Trabajo de 1926, aprobado por Real Decreto-ley de 23 de agosto, en plena etapa intervencionista en ámbito social de la Dictadura de Primo de Rivera. Esta norma constituyó el primer intento codificador de la legislación laboral de nuestro país. Su Libro III, titulado “De los accidentes de Trabajo”, recopiló la normativa estudiada en materia de accidentes de trabajo. Su artículo 140 recogió la definición expresada de la situación de I.T. como “toda lesión que esté curada dentro del término de un año”. El artículo 149 reiteró la existencia de indemnización por accidente de trabajo durante esta situación y los cuatro tipos de incapacidades que define en la línea marcada por la Ley de 1900. Y el 274 concretó la intervención de las Mutuas Patronales en la asunción de la obligación de atender los riesgos derivados de los accidentes de trabajo⁵⁶. Sin embargo, la insuficiencia práctica de las medidas reguladas, especialmente el carácter facultativo del aseguramiento de la responsabilidad empresarial, mostraron la necesidad de imponer tal aseguramiento con carácter obligatorio. De esta manera, por medio del Decreto-ley de 8 de octubre de 1932 se implantó el Seguro Obligatorio de Accidentes, que continuó con la configuración de la responsabilidad objetiva del empresario que, a su vez, podía concertar una póliza con una entidad aseguradora para cubrir sus deberes, de manera que el protegido por la técnica aseguradora era el propio empresario dado que por medio de ese instrumento se aseguraba su responsabilidad empresarial.

La regulación del accidente de trabajo por el Código de Trabajo de 1922 desarrolló el esquema anticipado por la Ley de 1922 sobre la definición de los cuatro tipos de incapacidad ya referidos--artículo 10--. Su artículo 23 mantuvo para la incapacidad temporal el derecho a la indemnización para el trabajador accidentado en 3/4 de su jornal diario, a percibir desde el día del accidente hasta aquél en que se hallase en condiciones de volver al trabajo o se le diera el alta por incapacidad permanente.

Con la instauración de la II República, el Código de Trabajo es sustituido por la Ley de

⁵⁶ Su fijación en el texto vino a suponer el nacimiento a la vida jurídica de las Mutualidades Patronales como entidades realizadoras de las operaciones de seguro de los empresarios en relación a los accidentes de trabajo de sus operarios.

21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo, en cuyo artículo 90 se recoge la prohibición de dar por terminado el contrato de trabajo durante una I.T. derivada de accidente o enfermedad siempre que “...la incapacidad no pueda atribuirse al trabajador y mientras no exceda del plazo que las leyes determinen...”, remisión por vía indirecta, a las normas reguladoras existentes sobre accidentes de trabajo y maternidad⁵⁷.

La siguiente etapa histórica constituida por el régimen franquista ve la aprobación del Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo aprobado por sendos Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944. No obstante, ante la carencia de regulación específica en la Ley, eran las entonces vigentes Reglamentaciones de Trabajo con carácter ordinario o en su defecto los usos o costumbres, las que establecían el plazo de duración de la I.T. y la consiguiente suspensión de la relación laboral durante un año⁵⁸, para la cual la Ley exigía expresamente que la incapacidad no pudiera atribuirse al trabajador. De todas maneras, es preciso indicar que la doctrina ya reclamaba una regulación específica a la extensión de la I. T ⁵⁹.

La configuración descrita se mantiene en la redacción del Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprobó el Texto Refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo, norma que hasta el día de hoy sigue, parcialmente, en vigor. El paso siguiente sería la aprobación de la primera Ley de seguridad social en el año 1966 y de las versiones sucesivas (hasta 2015) de este texto básico del sistema. En todas ellas se incluyó un concepto legal de accidente de trabajo. Referencias o matizaciones sobre ese concepto se incluyeron también en las normas de algunos regímenes especiales.

2.2. La enfermedad profesional

La enfermedad profesional por su parte, quedaba integrada dentro del accidente

⁵⁷ Recordemos que la duración la incapacidad temporal de 1 año establecida en la Ley de Accidentes de trabajo de 10 de enero de 1922 fue recogida por el Código de Trabajo de 1926.

⁵⁸ Por remisión de su artículo 90 a las normas reguladoras existentes en esa materia.

⁵⁹ “...La doctrina ha propuesto una disposición en donde se señale un plazo general, bien sobre el período mínimo en que se tendrá derecho a percibir haberes y el lapso durante el cual se reservaría el puesto de trabajo, bien marcando sólo este segundo extremo...”. Bayón Chacón, G y Pérez Botija, E. Derecho del Trabajo op.cit. pág. 230.

laboral⁶⁰. Sin embargo, en la medida en que se comenzó a proteger la enfermedad común⁶¹, se estimó oportuno otorgar a la enfermedad profesional un régimen propio, más cercano al del accidente, pero diferenciado de éste. En este sentido la Ley de Bases de 13 de julio de 1936⁶² recogió la primera definición legal, de forma que en la Base I se decía que se consideraban específicamente enfermedades profesionales, "...a los efectos de la reglamentación especial para indemnización del obrero víctima de ellas o de sus derechohabientes en caso de defunción...", las que recogía, siempre que fueran originadas por el trabajo "...en empresa que ejerza una de las industrias..." que enumeraba. De este modo, relacionaba las enfermedades con las actividades desarrolladas por las empresas que podían provocar aquéllas⁶³, pero además⁶⁴ consideraba abierta la relación pues reconocía la facultad a los tribunales para que pudieran aplicar la protección legal de las mismas a manifestaciones de otras enfermedades derivadas "...directa, indubitada y principalmente del ejercicio de una profesión...". Finalmente impuso la refundición normativa de las enfermedades profesionales con la de accidentes de trabajo que el Ministro de Trabajo, Sanidad y Previsión, a propuesta del Consejo de Trabajo debía presentar antes de 1 de enero de 1937, mandato que no pudo cumplirse por el estallido de la Guerra Civil..

El paréntesis creado a consecuencia del conflicto bélico español hace que no sea hasta

⁶⁰ Es la Jurisprudencia, a partir de la temprana Sentencia del T.S. de 17 de julio de 1903 (caso de ceguera saturnina) la que engloba la enfermedad derivada de actividad laboral en el concepto de accidente de trabajo. Fernández Avilés, J.A. "Los antecedentes de la protección de la enfermedad profesional en nuestro sistema de Seguridad Social". García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi. .2009. .op. cit., págs.284 y ss. Almansa Pastor, J.M. Derecho de la Seguridad Social óp. cit.pág.249.

⁶¹ Real Decreto de 20 de noviembre de 1919 (Gaceta de 23 de noviembre de 1919), que aprueba el Plan de Seguros del Instituto Nacional de Previsión.

⁶² Gaceta de 15 de julio de 1936. Ver "Recopilación de normas históricas. D) Enfermedades profesionales". García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a. A (Directores). Legislación histórica de previsión social. óp. cit. págs. 587 y ss.

⁶³ Así, las intoxicaciones por el plomo, sus aleaciones o sus compuestos, con las industrias de manipulación de minerales que contengan plomo; de fusión de zinc viejo y del plomo en galápagos; fabricación de objetos de plomo fundido o de aleaciones plumíferas. La intoxicación por mercurio, sus amalgamas y compuestos, con las industrias de fabricación de aparatos de medida o de laboratorio; preparación de las primeras materias para la sombrerería y dorado a fuego. Muermo con trabajos "...que expongan a este peligro como los de cochero, palafrenero, mozo de cuadra...". Nistagmus y conjuntivitis, retinitis y catarata gris con minas y trabajos en túneles, trabajos con intensas fuentes fotógenas (soldaduras eléctrica y autógena, sopladores de vidrio, trabajos metalúrgicos), etc.

⁶⁴ Base XII.

1941 cuando se desarrolle parcialmente la Ley de Bases mediante Orden de 7 de marzo, por la que se asimila al régimen de accidentes de trabajo el tratamiento de la silicosis que, a través de Decreto de 3 de setiembre de 1941 se configuró como "Seguro de Silicosis" en sí mismo, manteniendo la equivalencia con el régimen de accidentes de trabajo.

En la línea de autonomía con la enfermedad común y semejanza con el accidente de trabajo, por Decreto de 10 de enero de 1947 se creaba el Seguro de Enfermedades Profesionales, que establece un concepto general de enfermedad profesional, definiéndolas como "...aquellas que, producidas por consecuencia del trabajo y con evolución lenta y progresiva, ocasionen al productor una incapacidad...o la muerte". En su desarrollo recogía 16 grupos de éstas, en las que operaba la presunción legal de su carácter profesional, si bien solamente fueron desarrollados el aseguramiento de la silicosis y posteriormente el *nistagmus* de los mineros⁶⁵. Será catorce años más tarde el Decreto de 13 de abril de 1961, desarrollado reglamentariamente por la Orden Ministerial de 9 de mayo de 1962 el que aborde con carácter general el régimen asegurador de las enfermedades profesionales. Contenía al efecto un cuadro enunciativo anexo--mantenido sustancialmente hasta el recientemente derogado Real Decreto 1995/1978⁶⁶; de otra parte, su artículo 13 contemplaba un reenvío en cuanto a situaciones, indemnizaciones y grado de incapacidad, a las normas reguladoras del accidente de trabajo.

3.- Los Seguros Sociales y su sistematización: maternidad, enfermedad e invalidez

La protección de la incapacidad para trabajar se limitaba a principios del siglo XX a los accidentes de trabajo. Era necesario, por consiguiente, un mecanismo más completo de protección que abarcase otras contingencias igualmente impeditivas de la producción. De la comprensión de tal carencia nacieron los Seguros Sociales de maternidad, invalidez y enfermedad. Con todo, la protección a los trabajadores no se lleva a cabo

⁶⁵ Fernández Avilés, J.A.- "Los antecedentes de la protección de la enfermedad profesional en nuestro sistema de Seguridad Social". García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi. 2009.óp. cit., pág. 291.

⁶⁶ Por el R.D. 1299/2006, de 10 de noviembre.

todavía, como se ha señalado⁶⁷, a través de un "sistema global" sino por medio de seguros obligatorios por riesgos concretos, atendiendo fundamentalmente a una combinación de criterios de oportunidad política y posibilidades reales de instauración.

El punto de partida hacia una sistematización⁶⁸ lo constituyó la Ley de 27 de febrero de 1908, de creación del Instituto Nacional de Previsión⁶⁹ entre cuyos fines se citaban: (el) "...difundir o inculcar la previsión popular especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro y estimular y favorecer dicha práctica de pensiones de retiro...". Lo que demostraba la atención prioritaria para las situaciones de vejez, si bien por Real Decreto de 29 de julio de 1917 se dispuso la celebración de una conferencia técnico-social para la implantación de Seguros Sociales en sentido general⁷⁰. De este modo, el primer seguro obligatorio creado fue el Retiro Obrero por Real Decreto de 11 de marzo de 1919⁷¹, protector de la situación de vejez, seguido por el Seguro de Paro Forzoso, instaurado por Real Decreto de 18 de marzo de 1919⁷².

Por Real Decreto de 20 de noviembre de 1919⁷³ se regulaba el Plan de Seguros del Instituto Nacional de Previsión a los que hacía referencia la precitada Ley de 27 de febrero de 1908 entre los cuales se encontraban los seguros de invalidez, accidentes, enfermedad y maternidad, y funciones oficiales relacionadas con los mismos, aunque no contaron con desarrollo específico posterior. El artículo 2 de la norma establecía que las operaciones procedentes de seguros y reaseguros "...podrán realizarse individual o colectivamente, tomando por base en el segundo caso, las Agrupaciones o Mutualidades locales, gremiales, profesionales, etc., como Montepíos de funcionarios o de clases sociales, cotos sociales de previsión, Mutualidades y Hermandades escolares y

⁶⁷ Almansa Pastor, J.M. Derecho de la Seguridad Social. óp. cit. pág.54 y ss.

⁶⁸ Martín Valverde *et altri*, A. La legislación social...óp. cit. págs. 22 y ss.

⁶⁹ Gaceta de Madrid de 29 de febrero de 1908. "...punto de arranque histórico del que había de proceder las medidas específicas de protección social que se desarrollan en el siglo actual" Almansa Pastor, J.M... Derecho de la Seguridad. óp. cit. pág. 89 y ss.

⁷⁰ Martín Valverde, A *et altri* La Legislación social... óp. cit. pág.25

⁷¹ Gaceta de Madrid de 12 de marzo de 1919.Ver *Ibidem*. Salvador Pérez, F. "El Régimen de Retiro Obrero". García Murcia, J; Castro Argüelles, M^º A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi. .2009. óp. cit., págs. 77 y ss.

⁷² Gaceta de Madrid de 19 de marzo de 1919.

⁷³ Gaceta del 23 de noviembre de 1919.

cualesquiera otras de análoga naturaleza y de carácter benéfico-social..."⁷⁴ .

Avanzando el tiempo, roto ya el sistema de turno pacífico de los partidos en el poder, la Dictadura de Primo de Rivera⁷⁵ pretendió constituir con el corporativismo una tercera vía entre capitalismo y sindicalismo. Creó la Organización Corporativa Nacional (1926) y aprobó una "...serie de Decretos que en lo social y lo económico evidenciaban una intervención creciente del Estado...". Este espíritu intervencionista y protector se manifestó en la promulgación del Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 ⁷⁶ por el que se establece y regula el Seguro obligatorio de Maternidad, que reconoce el derecho de las trabajadoras a recibir una indemnización durante el descanso obligatorio de seis semanas posteriores al parto, o "...desde seis semanas antes del parto, mediante una declaración del médico o de la comadrona en la que prevea que sobrevendrá el parto, posiblemente dentro de este período...". La indemnización se fijó por los artículos 23 y 24 del Reglamento desarrollador aprobado por Real Decreto de 29 de enero de 1930⁷⁷ en la cantidad de 15 pesetas por cada parto y por cada cuota trimestral del Seguro de Maternidad que la beneficiaria hubiera satisfecha dentro de los tres años anteriores a su primera semana de reposo. Lo cierto es que no se puso en práctica por falta de dotación presupuestaria hasta la aprobación del Decreto-ley de 26 de mayo de 1931⁷⁸.

Con el advenimiento de la II República y el cambio de régimen político que se produjo, se aprobó la Constitución de 1931 bajo inspiración socialista, cuyo artículo 1 definía a España como una " República de trabajadores de todas clases que se organiza en régimen de libertad y justicia...". El texto recogió en su artículo 46 el derecho de los trabajadores a los Seguros Sociales, y en especial a los que citaba, Seguros de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez, muerte y protección de la

⁷⁴ López Castellano, F." El buen samaritano no sabía economía política: De la primera ley de Beneficencia al intervencionismo científico. (1822-1920). www.um.es/ixcongresoaehe

⁷⁵ Malerbe, P." La Dictadura de Primo de Rivera".Vol. 10. La caída del Rey. De la quiebra de la Restauración a la República. Tuñón de Lara, M (coordinador). de la Historia de España de Historia 16. Madrid. 1972. págs. 35 y ss.

⁷⁶ Blasco Lahoz, J; López Gandía, J; .Mompalmet, A.. Curso de Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia.1994. págs. 48 y ss.

⁷⁷ Ucelay Repollés, A. Previsión y Seguros Sociales. Madrid.1955. págs. 3 y ss.

⁷⁸ Martínez Moreno, C. "Los Antecedentes y el contexto del seguro de maternidad". García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi. 2009.óp.cit pág. 95.

maternidad. De esta manera, los constituyentes se preocuparon⁷⁹ de ampliar los derechos ciudadanos "... en el doble sentido de recoger las aspiraciones sociales más sentidas... y asegurar el cumplimiento de la declaración de derechos...", aunque su interpretación tendenciosa y aplicación práctica mostró las verdaderas intenciones de su pretendida utilización para la implantación de una dictadura del proletariado que buscaba instaurar en España un régimen paralelo al nacido en la URSS en 1917⁸⁰. La inestabilidad política posterior con el final estallido de la Guerra Civil (1936-1939) impidió la plasmación normativa efectiva del desarrollo de aquéllos, a pesar de la promulgación del Decreto de 25 de mayo de 1931, que estableció las Bases de la Previsión Social contra el paro forzoso; del Decreto-ley de 26 de mayo de 1931, por el que se fija el Seguro Obligatorio de Maternidad; de la Ley de 13 de julio de 1936, por la que se dictaron las Bases reguladoras de las Enfermedades Profesionales, y del Texto Refundido de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 8 de octubre de 1932, que no tuvieron aplicación práctica.

4.- La incapacidad temporal derivada de enfermedad común: las mutualidades y otros sistemas complementarios

Terminada la Guerra Civil, el bando vencedor autodenominado nacional, comenzó a elaborar el entramado normativo de lo que constituyeron las Leyes Fundamentales del Reino, dentro del primer período del franquismo caracterizado⁸¹ por el binomio introversión-intervencionismo. De ellas, en relación con el objeto de nuestro estudio, el Fuero del Trabajo de 1938 establecía en su punto X: "...1.-La previsión proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio. 2.-Se incrementarán los Seguros Sociales de vejez, invalidez, maternidad, accidente de trabajo, enfermedades profesionales, tuberculosis y paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total..."⁸².

⁷⁹ Solé Tura, J y Aja, E. Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Siglo XXI de España. Madrid. 1977.

⁸⁰ Moa, P.- Los orígenes de la Guerra Civil española. Encuentros. Madrid. 1999.

⁸¹ Tuñón de Lara, M. "El modelo franquista. Vol. XII. La España de la Cruzada. Tuñón de Lara (coordinador) Historia de España de Historia 16. 1982. Pág. 33 y ss.

⁸² De esta manera se aprueban en 1938 los Subsidios familiares a través de la Ley de 18 de julio de ese año, y en 1942 el Seguros Obligatorio de Enfermedad a través de la Ley de 14 de diciembre de 1942. Ver Rodríguez Cardo, I.A. "El régimen de subsidios familiares" y Menéndez Sebastián, P. "Seguro de enfermedad (y enfermedades

En la misma línea, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 manifestaba en su artículo 28: "...El Estado español garantiza a los trabajadores la seguridad del amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, accidente de trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que puedan ser objeto de seguro social...". Sobre la base de estos principios programáticos inspiradores se continuó⁸³, de una parte, con el sistema de Seguros Sociales específicos y de otra, se alumbró un régimen complementario de Mutualismo Laboral, de base profesional, desarrollado a través de las propias Reglamentaciones de Trabajo.

Estas especiales normas del derecho positivo laboral español franquista definidas⁸⁴ como "... conjunto sistemático de normas que dicta el Ministerio de Trabajo para regular las condiciones mínimas a que han de ajustarse los contratos individuales de trabajo para una determinada rama de la producción nacional, o excepcionalmente, para una empresa única de destacada importancia...", no sólo contenían normas de clasificación del personal, jornada, remuneraciones, premios y sanciones, etc...sino también de previsión social. De este modo, las Reglamentaciones podían establecer la constitución de Entidades de Previsión social o Mutualidades Laborales, reguladas por la Ley de 6 de diciembre de 1941 y cuyo Reglamento se aprobó por Decreto de 26 de mayo de 1943. Se las definía como "...asociaciones que con aquella denominación o cualquier otra, y sin ánimo de lucro ejercen una modalidad de previsión de carácter social o benéfica, encaminada a proteger a sus asociados o a sus bienes contra circunstancias o acontecimientos de carácter fortuito y previsible a los que están expuestos, mediante aportaciones directas de los asociados o procedentes de otras entidades o personas protectoras...". La cobertura que extendía, distinguía fundamentalmente la llevada a cabo a través del Seguro de Maternidad, de un lado, y la de las situaciones de vejez, accidentes, etc., de otro (entre las cuales se encontraba la "larga enfermedad" pero no la incapacidad temporal).

profesionales)". García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi.2009. óp. cit. págs. 134 y ss.; y 184 y ss. respectivamente

⁸³ Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L. Instituciones de Seguridad Social. Civitas. Madrid. 1988. págs. 32 y ss.

⁸⁴ Bayón Chacón, G y Pérez Botija, E. Manual de Derecho del Trabajo. Vol. I. Librería General. Madrid. 1958/59. págs. 150 y ss.

Sobre el pilar de las Reglamentaciones de Trabajo, fueron constituyéndose las Mutualidades de Renfe (1944), Campsa (1945), Empresas de Radiocomunicación y Ferrocarriles de Uso Público (1946), Salinera, Resinera, Industrias Lácteas, Transportes por carretera, Frío Industrial (1947), Farmacias, Fotografías, Oficinas y Despachos (1948), Artes Gráficas (1950), y se produce en fin, una sistematización de las Mutualidades con el Reglamento General del Mutualismo Laboral, aprobado por O.M. de 10 de setiembre de 1954. No obstante, es necesario indicar que la situación de I.T., solamente es objeto de atención y protección cuando derivaba de accidente de trabajo a través del, todavía parcialmente en vigor al día de hoy, Texto Refundido de la ley de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956.

El dictado de la O.M. de 16 de diciembre de 1943 sobre el seguro colectivo permitió cubrir a través del seguro colectivo los riesgos de accidentes para los trabajadores dependientes de un mismo empresario. Posteriormente la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Ordenación de los Seguros privados, permitió al aseguramiento privado la cobertura de responsabilidad derivada de los accidentes de trabajo, si bien atendiendo especialmente al seguro sobre la vida humana., manteniendo las mutualidades su conexión con el sistema “oficial” de protección existente.

La aprobación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, al prohibir la intervención de compañías mercantiles en la gestión pública de la Seguridad Social, supuso la bifurcación de éstas del ámbito de actuación en materia de previsión social, distinguiéndose las denominadas a partir de entonces, Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo⁸⁵, de aquéllas sociedades mercantiles que, actuando dentro del campo privado de cobertura de situaciones de riesgo, pudieran amparar, paralelamente y sin posibilidad de sustitución, las principalmente atendidas por el sistema público, con extensión ciertamente bastante limitada.

A partir del desarrollo de un sistema de Seguridad Social con la promulgación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, el instrumento de protección mutua va a

⁸⁵ Así denominadas hasta la promulgación de la ley 4/90, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, que pasa a denominarlas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, denominación sustituida por la de Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social por la ley 35/2014, de 26 de diciembre

encontrar progresivo acomodo en la previsión social complementaria⁸⁶. En relación con la I.T., como veremos⁸⁷, será la negociación colectiva, permitida indirectamente a partir de 1958 con la aprobación de la Ley de 24 de abril de 1958, reguladora de los denominados Convenios Colectivos Sindicales, la que atenderá con mayor dedicación la complementación de esta contingencia.

La intervención, pues, de las Mutualidades queda reducida fundamentalmente a la mejora directa de las prestaciones de la Seguridad Social, que las empresas podían llevar a cabo a través de los regímenes de previsión voluntaria del I.N.P. o de las Mutualidades laborales, Fundacionales laborales, Obras sindicales, Montepíos y Mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase como preveía el artículo 183 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. No obstante la existencia de estas posibilidades de complementación directa de las prestaciones realmente no se ha producido su desarrollo: las circunstancias socioeconómicas producidas con las sucesivas crisis económicas iniciadas en los años setenta; el incremento de los niveles de desempleo; el progresivo aumento de la esperanza de vida de la población, las necesidades de expansión de los presupuestos estatales, e incluso el cuestionamiento del propio sistema de Seguridad Social hasta la aprobación de la Constitución de 1978 que llevó a sus redactores a introducir dos niveles de protección en su artículo 41, pues tras recoger la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social, reconoce la libertad de la instauración de regímenes complementarios, limitaron el campo de actuación mutua.

De ese modo, a partir de la regulación de doble nivel establecida por la Constitución, las normas del ámbito privado de protección mutualista se desarrollarán en el campo de actuación de los seguros privados a través, sucesivamente, de la Ley 50/1980, reguladora del contrato de seguro; la Ley 33/1984, de ordenación del seguro privado, que las sometió a la normativa general de las compañías aseguradoras, extinguiendo definitivamente la tutela del Ministerio de Trabajo sobre ellas, y la Ley 8/1987, de planes y fondos de pensiones. En conclusión, sin directa repercusión en la contingencia

⁸⁶ García Murcia, J. El espacio de las pensiones privadas. Vol. II. VV.AA. (AEDTSS) Pensiones sociales. Problemas y alternativas. Ministerio de Trabajo. 1999. págs. 170 y ss.

⁸⁷ Capítulo Octavo

de I.T. cuya atención es fundamentalmente prestada a través de las mejoras de complementos prestaciones por la vía del Convenio Colectivo.

De ese modo, el desarrollo de un sistema de Seguridad Social con la promulgación de la Ley de Bases de la Seguridad Social va a conllevar que, en relación con la I. T, el instrumento de protección mutual encuentre progresivo acomodo en la previsión social complementaria⁸⁸. La negociación colectiva jugará aquí un papel esencial⁸⁹, pero al menos en hipótesis cabrían asimismo otras vías de mejora o suplemento de la protección básica concedida por el sistema de seguridad social (por ejemplo, los seguros privados o las mutualidades de previsión social).

5.- La implantación del sistema de Seguridad Social: la progresiva depuración de la contingencia

Analizando el momento histórico del nacimiento de lo que hoy entendemos como "sistema de Seguridad Social", nos situamos en la época del "desarrollismo" del régimen de Franco⁹⁰ en la que es norma fundamental en el proceso de sistematización y globalización de la previsión social, la Ley de Bases de la Seguridad Social, Ley 193/1963, de 28 de diciembre. Esta norma contenía una expresa referencia a la consideración y tratamiento de la I.T objeto de nuestro estudio. Ya el punto II.2 de la Exposición de Motivos destacó la relevancia de la institucionalización de la I.T. al margen de las causas de producción afirmando: "...Innovación fundamental de la ley es la contemplación de una situación como la ILT que, abstracción hecha de sus causas, exige asistencia sanitaria para la recuperación y defensa de la salud. Se acabó así con el fraccionamiento anterior resultado de una concepción parcelada de la previsión social...", pero añadió además una referencia destacada a la apuntada sistematización:

⁸⁸ García Murcia, J. El espacio de las pensiones privadas. Vol. II., VV.AA. (AEDTSS), Pensiones sociales. Problemas y alternativas, Ministerio de Trabajo. 1999, págs. 170 y ss.

⁸⁹ Como es sabido, la negociación colectiva en su configuración moderna comienza a desarrollarse en nuestro país a partir de su recuperación con la Ley de Convenios Colectivos de 1958.

⁹⁰ Tuñón de Lara, M. La Década desarrollista. Vol. XIII. El ocaso del franquismo. La democracia. Tuñón de Lara, M (Coordinador) Historia de España de Historia 16. Madrid. 1982. págs. 36 y ss.

"...Las distintas prestaciones económicas son objeto de una consideración global que facilita la uniformidad de las mismas...", para finalmente manifestar que este objetivo de atención global: "...alcanza su máxima expresión en la situación de ILT e Invalidez, cuya respectiva protección obedece al propósito de prestar más atención al infortunio que a las causas que lo hayan producido. Ello explica, además, que la permanencia de hasta dos años, como máximo en la situación de ILT determina por sí sola el paso a las situaciones de Invalidez..."⁹¹.

En cumplimiento de la delegación legislativa contemplada en el artículo 2 de esta Ley se dictó el Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el Texto Articulado I de la Ley 193/1963, dedicado al Régimen General; texto conocido habitualmente como Ley de Seguridad Social (en adelante, LSS/1966). Dicha Ley regulaba, para el Régimen General de la Seguridad Social, la entonces denominada ILT en sus artículos 126 a 131, de forma que, según su tenor literal: "...tendrán la consideración de estados o situaciones de ILT:

- a) Los de enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo.
- b) Los denominado períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en caso de enfermedad profesional.
- c) Los períodos de descanso, voluntario u obligatorio, que procedan en caso de maternidad..."

De otra parte, la propia Ley remitía a un posterior desarrollo reglamentario el contenido concreto de la prestación. El desarrollo, por lo que al contenido económico de las prestaciones se refiere, vino dado por el Decreto 3158/1966, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones, completado a su vez por la O.M. de 13 de octubre de 1967. El indicado Decreto se refiere a la ILT en su Capítulo II, artículos 2 a 6, y concretamente en su artículo 2 fija el subsidio económico de la prestación en el 75 por ciento ("...de la base de cotización del trabajador "...en la fecha en que se declare iniciada la incapacidad..."), por lo que de esta forma mantuvo el esquema de la cuantía estatuida por el Seguro de Accidentes en los antecitados de la Ley de 1922 y del Decreto- ley de

⁹¹ Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L. Instituciones de... óp. cit. págs. 33 y ss.

1932, si bien el cálculo se realizaba en relación al concepto de bases de cotización que se implantó.

Bien pronto las consecuencias económicas mostradas por la aplicación práctica de la legislación de Seguridad Social compelen a la aprobación de la Ley 24/1972, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social⁹². En su desarrollo se aprobaron el Decreto 1646/1972, para la aplicación de la ley anterior, y de la O.M. de 31 de julio de 1972, de aplicación y desarrollo del Decreto, que incidieron también en la entonces denominada ILT, pues incidieron en la percepción del subsidio económico. Así, desde entonces se comenzó a percibir a partir del cuarto día de enfermedad común o accidente no laboral--artículo 14 del Decreto--; se fijó su duración máxima en 18 meses, 12 meses, prorrogables por otros seis "...cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación..."--artículo 8 de la Ley--, y se concretó la determinación de la base reguladora y el cálculo del subsidio--artículo 13 del Decreto--.

Con la formulación de los supuestos constituyentes de la contingencia protegida de la entonces I.T por medio de la Ley 24/1972 y el Decreto 1646/1972, se estaba desarrollando lo expresado en las directrices y justificación de la Ley de Bases de la Seguridad Social de, en primer lugar, sustituir la noción de riesgo por la de situaciones o contingencias protegidas y, en segundo lugar, la plasmación de la teórica consideración conjunta de las mismas. Pero, en realidad, como ya vino expresando la doctrina⁹³ la regulación está confundiendo los estados o causas de necesidad con las causas productoras. De otra parte, tal vez la propia idea de la consideración conjunta de las situaciones protegidas llevase al legislador a no dar la autonomía debida a la situación de I.T., regulándola en función de la contingencia de invalidez dado que establecía en su artículo 127 el paso automático a las prestaciones de esta contingencia protegida si

⁹² Así el Preámbulo afirma ". La experiencia adquirida durante los años del primer período de reparto próximo a finalizar, pone de manifiesto la conveniencia de modificar determinados preceptos de la Ley de Seguridad Social de veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y seis, en términos que, sin alterar sustancialmente su estructura y con estricta sujeción al principio de la conjunta consideración de las contingencias protegidas, se satisfagan con mayor eficacia las exigencias de la justicia distributiva, a través de criterios más realistas en el régimen de las cotizaciones, que habrán de permitir un perfeccionamiento de la acción protectora, muy particularmente en las pensiones y en las prestaciones económicas por incapacidad laboral y transitoria y desempleo..."

⁹³ Ídem, pág. 405.

las correspondientes a la entonces contingencia de incapacidad laboral transitoria se extendiesen más de dos años, como lo había determinado la citada Ley de Bases, y sin incidir en el aspecto de la limitación temporal de la misma como elemento definidor.

Por supuesto no se puede dejar de señalar que la L.G.S.S./1966, como sucedería con la regulación posterior hasta el año 1994, contemplaba como supuesto específico causante de la hoy I.T. la maternidad, de forma que se la conectaba a una idea de disminución patológica de la capacidad laboral. Por su parte, la O.M. de 13 de octubre de 1967 había dictado normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de ILT en el Régimen General de la Seguridad Social, refundiendo las modificaciones y directrices mencionadas, recogiendo su Capítulo III normas específicas para maternidad y enfermedad profesional, y su Capítulo IV, el procedimiento de tramitación para la percepción del subsidio y la asistencia sanitaria.

Las sucesivas modificaciones operadas a la L.S.S./1966, mostraron la necesidad de sistematizar la legislación en esta materia. Tal ordenación se llevó a cabo por medio del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social--en adelante T.R.L.G.S.S./1974--. Norma que permaneció en vigor hasta setiembre de 1994--y que continúa vigente en lo que se refiere a la asistencia sanitaria (Título II, Capítulo IV, artículos 98 a 112 y 115 a 125). La L.G.S.S./1974 dedicó los artículos 126 a 131 a la regulación de la entonces Incapacidad Laboral Transitoria; el primero de ellos enunciaba la relación de las situaciones objeto de protección dentro de la dispensada a tal contingencia, que era : "...a) 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, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación. b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad y c) Los períodos de descanso, voluntario y obligatorio que procedan en caso de maternidad, con la duración que reglamentariamente se determine y que, en ningún caso, podrá ser inferior a la prevista para los mismos en la vigente Ley de Contrato de Trabajo...".

En el siguiente punto y aparte de ese artículo 126 se matizaba, a los efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad laboral transitoria del apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, que "...se computarán los de recaída y observación..." refiriéndose a un problema al que más adelante prestaremos atención. Esta redacción, más técnica, distinguió entre la situación protegida y las contingencias causantes de la misma, y centra su consideración en la apuntada transitoriedad, duración temporal limitada en el tiempo de la hoy I.T. determinando que ésta sería, como máximo de dieciocho meses. Por lo demás, el T.R.L.G.S.S/1974 introdujo como institución con sustantividad propia la situación de invalidez provisional en sus artículos 133 y 134, como paso intermedio entre aquélla y la de Invalidez sin más justificación que el transcurso del plazo máximo legalmente fijado para la duración de la primera y que hasta su desaparición como contingencia independiente fue objeto de crítica doctrina⁹⁴.

⁹⁴ Para referirnos brevemente a la Invalidez Provisional, hemos de recordar que de esa primera regulación como contingencia protegida pasó a los artículos 135 y 136 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, 10 y 11 del Decreto 3158/1966, por el que se aprueba el Reglamento General de Prestaciones Económicas y los 3 a 10 de la O.M. de 15 de abril de 1969. Esta situación protegida constituía un puente existente entre la antigua Incapacidad Laboral Transitoria--y la Invalidez Permanente, de forma que, como señaló Dueñas Herrero, L.J " La contingencia de I.T VV.AA (AEDTSS) La I.T óp. cit. pág. 33 y ss.; 93 y ss., tenía los mismos parámetros objetivos de la I.L.T.; esto es, incapacidad para el trabajo y temporalidad, no existiendo diferencia fáctica entre la I.L.T. y la Invalidez Provisional sino meramente una creación jurídica que, de otra parte, la doctrina había propuesto eliminar (Ver Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L. Instituciones de Seguridad Social. óp. cit. págs.39 y ss.) y que los propios Tribunales (Sentencias del T.C.T de 6 de octubre de 1972 y 23 de marzo de 1979) habían considerado la Invalidez Provisional como una " continuación y prolongación en el tiempo". Como gráficamente se ha afirmado al respecto (Dueñas Herrero, L.J. "La contingencia de "VV. AA. (AEDTSS) La Incapacidad Temporal...óp. cit. págs..93 y ss.). en realidad y por encima de los nombres, en el ámbito de la Seguridad social lo que existe es una única contingencia dividida en dos tramos temporales no relevantes en su ordenación jurídica...".El precitado artículo 133 T.R.L.G.S.S./1974 (que pasó íntegramente al T.R.L.G.S.S./1994 en su redacción original como artículo 135) se refería, por extensión de la I.T. a la Invalidez Provisional diciendo que "...comenzará al día siguiente de aquel en que concluya la I.L.T. por el transcurso del plazo máximo de duración de la misma...". Su número 2 la definió: "...Invalidez Provisional es la situación del trabajador que, una vez agotado el período máximo de duración señalado para la I.L.T. requiera la continuación de la asistencia sanitaria y siga imposibilitado para reanudar su trabajo, siempre que se prevea que la invalidez no va a tener carácter definitivo...". Derivado directamente de su concepto, las prestaciones que el sistema de la Seguridad Social en su acción protectora contemplaba eran las de asistencia sanitaria, para lograr la recuperación de la salud, temporalmente perdida, del trabajador así como de su aptitud laboral, y una prestación económica, que consistía--artículo 126.T.R.L.G.S.S./1974--en un " subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora", el 75 por ciento según el artículo 10 del Decreto

La configuración de la entonces incapacidad laboral transitoria realizada por el T.R.L.G.S.S/1974 ya introduce la distinción, en la que profundizaremos más adelante, de esta contingencia con respecto de la Incapacidad Permanente, regulada en los artículos 132 y siguientes del mismo texto legal, fundándola en que ésta ha de ser, previsiblemente definitiva, eventual y severa⁹⁵. Quedaban definidas, pues, de esta manera las situaciones protegidas dentro de la contingencia de la entonces Incapacidad laboral transitoria.

6.- La adaptación postconstitucional de las normas de Seguridad Social

El T.R.L.G.S.S/1974 fue readaptándose normativa y jurisprudencialmente a la nueva situación histórico-política derivada del advenimiento de la democracia parlamentaria. Convertida España en un " Estado social y democrático de derecho " según estableció el artículo 1 de la Constitución de 1978, su artículo 41 encomendó a los poderes públicos la garantía de existencia de un sistema público de Seguridad Social. A partir de ese momento se plantea el tema de qué características y condiciones ha de cumplir el sistema de Seguridad Social para ajustarse al mandato constitucional⁹⁶.

En ese mismo año 1978 fue dictado el Real Decreto-ley 36/1978, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. Esta norma supuso la extinción del I.N.P. que es sustituido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social--I.N.S.S.--; el Instituto Nacional de Servicios Sociales—INSERSO—e Instituto Nacional

3158/66, cuyo objeto es sustituir los ingresos dejados de percibir por el trabajador ante la imposibilidad de prestar sus servicios ordinariamente. (Dueñas Herrero, L.J. "La contingencia de ...VV.AA. (AEDTSS). La Incapacidad Temporal... óp. cit. pág. 41.

⁹⁵ Sentencia de la Sala Cuarta del T.S. de 15 de febrero de 1988. ROJ 965/1988

⁹⁶ Este artículo configura a todos los ciudadanos como destinatarios o beneficiarios del régimen público de Seguridad Social. García-Perrote Escartín, I. "Antecedentes normativos y aparición del sistema de Seguridad Social en España. La Constitución española" De la Villa, L.E (Director); García-Perrote Escarpín, I; Mercader Uguina, J.R (coordinadores). Derecho de la Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997. Págs 54 y ss. Sobre los tres niveles de protección del diseño constitucional Martín Valverde, A; García Murcia, J. (Dirección y coordinación) Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social. Vol. I. Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra. 2013. págs. 87 y ss.

de la Salud—INSALUD—como entidades gestoras de la Seguridad Social, instaurando materialmente la competencia del Instituto Nacional de Empleo—INEM—en la gestión de la prestación por desempleo, desarrollada esta última por la Ley 51/1980, Básica de Empleo, parcialmente derogada por la Ley 32/1984, en lo que se ha denominado como “ recorrido de ida y vuelta” de la prestación por desempleo⁹⁷ que la devuelve al ámbito propio de la Seguridad Social donde posteriormente es regulada por el T.R.L.G.S./1994.

Con la promulgación de la Ley 8/1980, Estatuto de los Trabajadores, se produjo el reconocimiento de las situaciones de I.T. (entonces I.L.T. e Invalidez Provisional) así como de la maternidad de la mujer trabajadora como causas de suspensión del contrato de trabajo, introducidas en su artículo 45.1 letras c) y d) respectivamente, que exoneran de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo--número 2; por su parte el artículo 48.1 explicitó el derecho del trabajador a reincorporarse al puesto de trabajo que se le mantiene reservado durante el tiempo de duración de la suspensión⁹⁸.

La incidencia normativa posterior más importante la constituyó la aprobación del Real Decreto 53/1980, que modificó el artículo 2 del Decreto 3158/1966 y el artículo 2.1 de la O.M. de 13 de octubre de 1967. De esta forma, el subsidio económico pasa a ser, con efectos de 1 de febrero de 1980, del 60 por ciento de la base reguladora entre los días 4º a partir de la baja, y 20º, por contingencias comunes, y del 75 por ciento a partir del 21º día. Pero se mantenía en el 75 por ciento desde el primer día, en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Ese cambio vino indudablemente motivado por razones económicas⁹⁹ y también psicosociológicas, ante la constatación de la existencia de multitud de dolencias y padecimientos leves, de corta duración, cuya reiteración se veía indirectamente incentivada por la escasa reducción de los salarios correspondientes a las ausencias al trabajo motivadas por aquéllas, dada la cuantía del subsidio a percibir

⁹⁷ García Perrote Escarpín, I. Tema 1.-Antecedentes históricos y aparición del sistema de la Seguridad Social en España. La Constitución Española. Derecho de la Seguridad (Director de la Villa Gil, L.E.), (Mercader Uguina, J.R. y García-Perrote Escartin, I, coordinadores). Tirant lo Blanch. Valencia 1997. pág. 63.

⁹⁸ Por su parte el artículo 55.6 determina imperativamente la calificación de nulidad para el despido del trabajador cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido, salvo que el órgano judicial lo estime procedente.

⁹⁹ En relación con la concienciación acerca de los problemas del mantenimiento financiero del sistema de Seguridad Social, se aprobó la Ley 26/1985, de medidas urgentes para la racionalización y estructura de la acción protectora de la Seguridad Social que como camino de viabilidad del sistema endureció, en términos generales, el acceso y control de las prestaciones (especialmente las de jubilación e incapacidad).

a cuenta del sistema de protección de la Seguridad social inicialmente fijado en el indicado 75 por ciento de la base reguladora y que además se abonaba cubría desde el primer día de la baja.

La Ley 3/1989, en lo que se refiere a la maternidad aún entendida dentro del concepto genérico de I.T., modificó el Estatuto de los Trabajadores y extendió a 16 semanas (ampliables dos semanas más en caso de parto múltiple) el descanso por maternidad y situación asimilada de adopción. Introdujo igualmente la posibilidad de que el padre disfrute de hasta cuatro de las semanas, en lo que supone un primer paso en la conceptualización de la maternidad como situación protegida de consideración socio-familiar que procuraba, ante todo, el restablecimiento físico-psíquico de la madre, pero avanzaba en el entendimiento del cuidado del hijo como derecho/obligación compartida por ambos progenitores¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Ese principio se mantendrá en la reforma del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por la Ley 11/1994. La cesión del derecho de la madre al padre de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad se introduce por la Ley 3/1989. La Ley 39/1999 al trasponer a nuestro ordenamiento la normativa comunitaria sobre permiso parental, permitió individualizar el derecho al descanso por maternidad, permitiendo el disfrute simultáneo o sucesivo a ambos progenitores. Con la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, que modificó el T.R.L.G.S.S/1994 y recuperó la tradicional denominación de la I.T., separó de su concepto la situación protegida de maternidad, añadiendo, además, como consecuencia de las modificaciones legislativas civiles operadas por la necesidad de la adecuación de las normas a la realidad social del momento en que han de ser aplicadas, como situaciones asimiladas a la maternidad, la adopción y el acogimiento, en un proceso de evolución que culmina con la aprobación de la ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que posibilita la acomodación del período de suspensión por maternidad al planteamiento familiar, de forma que, sin perjuicio del disfrute de las seis semanas posteriores al parto como condición de derecho necesario, pueda el resto del período de descanso ser utilizado, simultánea o sucesivamente, por el padre, equiparando a ésta situación los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de seis años, así como creando una nueva situación protegida que puede dar lugar, con determinados requisitos, a la suspensión de la actividad laboral: el riesgo durante el embarazo. Y desde el punto de vista de la extinción del contrato, imponiendo *ex lege* la calificación de nulidad del despido en el caso de trabajador con contrato de trabajo suspendido por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento, así como el de las trabajadoras embarazadas desde el inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del mismo por los motivos ante citados. La aprobación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Legislativo 1/1995 mantuvo esa línea legislativa. Finalmente es la Ley Orgánica 3/2007 la que regula la prestación de paternidad propiamente dicha. Ver Castro Argüelles, M^a A.- “La protección familiar en el sistema español de seguridad social: un enfoque general”. González Ortega, S. (coordinador). Seguridad Social y Familia. La Ley-Actualidad. Madrid.1999; “Maternidad, paternidad y otras contingencias de ámbito familiar”. Capítulo 11. Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (Dirección y coordinación). Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad

El problema del control de las situaciones de I.T continuaba siendo uno de los motivos de preocupación de las instituciones así como de empresarios, por lo que, a continuación de la medida dineraria referida de reducción del subsidio económico en las situaciones derivadas de contingencias comunes, se dictaron, en primer lugar la Orden Ministerial de 6 de abril de 1983, que contenía normas relativas al control médico-administrativo de las situaciones de I.T y posteriormente la de 16 de diciembre de 1987, que estableció nuevos modelos de notificación de los Accidentes de trabajo.

Una modificación normativa importante relativa a la I.T se produce con la promulgación del Real Decreto-ley 5/1992, convertido en Ley 28/1992, cuyo artículo 6 modificó el artículo 129.1 del T.R.L.G.S.S/1974, estableciendo la directa responsabilidad empresarial de abono de la prestación económica de la I.T. en caso de enfermedad común o accidente no laboral, entre los días 4º a 15º de baja, ambos inclusive, asumiendo la entidad gestora el pago sólo a partir del 16º de la baja; normas que, tal y como expresamente recogen sus Exposiciones de Motivos, buscan incidir en la disminución del déficit público, llevando a cabo su propósito a través del traslado del pago de la prestación al empresario en los referidos primeros días de la baja¹⁰¹.

Desde una perspectiva general, como consecuencia del planteamiento indicado sobre las características que debiera reunir el sistema de Seguridad Social, al seguir una línea de tendencia progresiva del sistema hacia la universalización mediante la financiación impositiva, se aprobó la Ley 26/1990, reguladora de las Prestaciones no contributivas, que se introducen así en el sistema. Tal novedad, que se vino a unir a las sucesivas modificaciones operadas a la T.R.L.G.S.S./1974, condujo a la necesidad de incorporar en un solo texto globalizador la amplia regulación dispersa en materia de Seguridad social, por lo que, en cumplimiento de la Disposición final primera de la ley 26/1990 primero, de la Disposición final segunda de la ley 22/1992, así como de la Disposición adicional catorce de la ley 22/1993, se aprobó el Real Decreto legislativo 1/1994, que

Social.Thomson Reuters.Aranzadi. Navarra.2013; Gorelli Hernández, J e Igartua Miró, Mª T.-Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo. "Colección Laboral" nº 135.Tirant Lo Blanch. Valencia 2001.

¹⁰¹ Se estudia detenidamente en el Capítulo Tercero.

entró en vigor el 1 de setiembre de 1994¹⁰², por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, T.R.L.G.S.S/94), que dedica el Capítulo IV del Título II (artículos 128 a 133) a la regulación de la I.T., con remisión a un posterior desarrollo reglamentario¹⁰³, que no llegó a producirse.

La Ley 42/1994, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para 1995 procede, por medio de sus artículos 32 y 33, a lo que denomina una " Reordenación de la Acción Protectora del Sistema de la Seguridad Social", modificando los artículos 38,196,128,130,131 bis y 132 del T.R.L.G.S.S/1994. De esta forma en primer lugar, la situación de I.T. pasa a recuperar la tradicional denominación de Incapacidad Temporal--I.T.--. En segundo, se suprime la situación de Invalidez Provisional, lo que respondía a un sentimiento doctrinal y jurisprudencial de subsunción de ésta en una correcta consideración de la I.T¹⁰⁴., apuntando además a un objetivo práctico cual es el de contribuir a la reducción de los costes que originaba para la Seguridad Social dado que"...se alargaba excesivamente en el tiempo, además de ser un período durante el cual no subsistía la obligación de cotizar..."¹⁰⁵. Y, en tercer lugar, mediante esta ley, con carácter destacado, se separa el concepto de situación protegida de maternidad, de las propias de la incapacidad temporal, dándole un tratamiento diferenciado y quizá como consecuencia--deseable--de entender la maternidad (y las situaciones asimiladas de adopción y acogimiento) como propia de la naturaleza humana, dignificándola y por tanto abandonando su consideración de simple causa de impedimento para el trabajo¹⁰⁶.

Posteriormente, la Ley 30/1995 viene a modificar la Disposición Adicional Undécima del T.R.L.G.S.S/1994, autorizando al empresario a concertar con las Mutuas de Accidentes de Trabajo¹⁰⁷, la gestión de la prestación económica de I.T., siempre que

¹⁰² Disposición final única.

¹⁰³ Disposición final séptima.

¹⁰⁴ Ver comentario en Nota 79.

¹⁰⁵ Fernández Prats, C. "La nueva regulación de la I.T. y su duración" VV.AA. (AEDTSS) La Incapacidad Temporal...óp. cit. págs.254 y ss.

¹⁰⁶ Formalmente por medio de la ley 42/994 se aprovechó la ocasión para transponer al Derecho español la Directiva comunitaria 92/85 CEE, de 19 de octubre, sobre maternidad y seguridad en el trabajo de la mujer embarazada.

¹⁰⁷ A la fecha Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social a partir de la Ley 35/2014.

hubiera optado igualmente por formalizar la protección respecto de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales con una de dichas entidades, “...en los términos que reglamentariamente se establezcan...”. Este desarrollo reglamentario viene dado por el Real Decreto 1993/1995, por el que se aprueba el Reglamento de Colaboración de las Mutuas, que dedicó los Capítulos II y III, artículos 69 a 80, a la gestión de la prestación económica de I.T. por contingencias comunes a realizar por aquéllas. Así, el párrafo dos del número 1 del artículo 69 establece la aceptación obligatoria por la Mutua de la opción realizada por el empresario, de la cobertura de la prestación económica de I.T. por contingencias comunes. De otra parte, el Reglamento dedica la Disposición transitoria sexta al ejercicio de la referida opción para los empresarios asociados a una Mutua, en la fecha de entrada en vigor de aquél, y la séptima, al ejercicio de la misma para los trabajadores por cuenta propia.

Por medio de la Ley 13/1996 se introdujo la posibilidad de que los médicos del I.N.S.S y de las Mutuas pudieran proponer altas laborales a los facultativos de la entidad gestora de la asistencia sanitaria. Dicha previsión fue desarrollada por el R.D 250/1997, que permitió a las Mutuas la gestión económica de la prestación de I.T. derivada de contingencias comunes, y por una Orden de junio de 1997, que estableció el procedimiento para tales propuestas. Dando un paso más en las facultades de los médicos adscritos al I.N.S.S. En esa misma línea, a través del Real Decreto 575/1997, además de modificar el Reglamento sobre colaboración buscando la eficaz intervención de la gestión de las Mutuas de Accidentes en la prestaciones económica y de asistencia sanitaria derivadas de la incapacidad temporal, se regularon determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica derivada de la incapacidad temporal. Un poco después, el artículo 39 de la ley 66/1997 (desarrollado reglamentariamente a través del R.D. 1117/1998, que modificó el R.D. 575/1995, y por la Orden de 18 de setiembre de 1998) introdujo la potestad de los médicos del I.N.S.S para extender las altas a los exclusivos efectos de prestaciones económicas de I.T., competencia que amplió a el Real Decreto-ley 6/2000 a los médicos de las Mutuas, si bien dejó pendiente su efectividad a un posterior desarrollo reglamentario no producido.

A través de la Ley 24/1997, de Consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social, se elevaron a ley formal las indicaciones del denominado “Pacto de

Toledo¹⁰⁸. De esta manera se inicia la línea de lo que se ha denominado “legislación pactada” que por lo que respecta expresamente a la I.T., tuvo su expresión en la firma del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”,¹⁰⁹ cuya acogida legal supuso dar nueva redacción al párrafo primero del apartado 1 del artículo 131 T.R.L.G.S.S./1994 relativo a la extinción de los procesos de I.T., para de este modo incluir como causa de finalización de la contingencia protegida de I. T la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos fijados por los médicos adscritos al I.N.S.S. o a las Mutuas; así como modificar también el artículo 222 del mismo cuerpo legal para establecer una nueva consideración temporal de interrelación entre los procesos de I.T. , maternidad y desempleo.

La Ley 40/2007 dio nueva redacción al apartado 1 del artículo 128 del T.R.L.G.S.S./1994, lo que vino a suponer la limitación de la duración ordinaria de la situación de I.T. , y concretó el procedimiento de actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social e Inspección médica de los Servicios de Salud competentes agotados los plazos de duración máxima de carácter ordinaria de doce meses y extraordinario en su caso de dieciocho meses ante posibles discrepancias con los criterios de expedición

¹⁰⁸ Como su propia Exposición de Motivos reconoce, plasma el acuerdo político derivado de la atención a las recomendaciones presentadas por la Comisión ad hoc del Congreso de los Diputados al Pleno de éste en 1995, de forma que, partiendo de la realidad de las posibilidades vitales del actual sistema de Seguridad Social, se continúa el proceso de reformas iniciado en 1985 para el logro de los objetivos concertados de consolidación financiera y presupuestaria del mismo. En el mismo se indica igualmente: “...Queda pendiente, sin embargo, la articulación de parte de las recomendaciones contenidas en el denominado “Pacto de Toledo” y que no son objeto de tratamiento en la presente ley, tales como las relativas a la “Integración de la gestión “(Recomendación 7) y a la “Mejora de la gestión “(Recomendación 13), entre otras, así como las reformas que la regulación de algunas prestaciones como las de muerte y supervivencia requieren...”. Ver Blasco Lahoz, J.F.- Un análisis del Pacto de Toledo. Tirant lo Blanch. Valencia.1998; Fernández Domínguez, J.I.- “De las oportunidades perdidas en la Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas”. Revista Española de Derecho del Trabajo, número 81.1997; Monasterio Escudero, C. “La Reforma de Pensiones: el Pacto de Toledo y su desarrollo posterior”. Hacienda Pública. Número monográfico dedicado a las Pensiones en España. Madrid .1998; Monereo Pérez. J.L.; Molina Navarrete, C; Moreno Vida, N (coordinadores). La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. Editorial Comares. Granada. 2008;. Tortuero Plaza, J.L.(Director).La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo Secretaría de Estado de la Seguridad Social.Secretaría de Estado de la Seguridad Social. www.seg-social.es ; Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo. www.seg-social.es

¹⁰⁹ De 9 de abril de 2001 entre el Gobierno y los agentes sociales que en su epígrafe X contenía diversas medidas para luchar contra el fraude en la prestación de I.T.

de alta médica. Este procedimiento se desarrolló reglamentariamente a través del R.D. 1430/2009.

La Ley 26/2009 modifica los artículos 128, 131 bis y 131 *quater* del T.R.L.G.S.S./1994 expresando la duración de los plazos de I.T. en días con base en motivos técnicos de homogeneización de la duración de la protección¹¹⁰, de forma que se habla de duración máxima ordinaria de 365 (trescientos sesenta y cinco) días; prórroga en su caso de 180 (ciento ochenta) días más y extensión máxima del período de I.T. de 730 (setecientos treinta) días siguientes a la fecha de inicio de la I.T. Posteriormente la Ley 35/2010 encomienda a su disposición adicional primera tres modificaciones parciales del T.R.L.G.S.S./1994. En primer lugar, establece la posibilidad, que debía ser objeto de desarrollo, de que las Mutuas destinen parte de los excedentes de la gestión de las contingencias profesionales o de la I.T por enfermedad común para el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas siempre que hayan reducido los costes de la I.T.,¹¹¹. En segundo lugar, añade una nueva disposición adicional, la quincuagésima primera al Texto Refundido por la que se posibilita a las Mutuas la realización a su cargo, sin perjuicio de su posterior resarcimiento por los Servicios de Salud o las Entidades gestoras, de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación dirigidos a evitar la innecesaria prolongación de las bajas por contingencias comunes de los trabajadores¹¹². En tercer lugar, finalmente añade al Texto Refundido una nueva disposición adicional, quincuagésima segunda, por la que da competencias a Inspectores médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social (o al Instituto Social de la Marina en su caso) para ejercer las mismas competencias que a la Inspección Médica de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los procesos de I.T hasta el cumplimiento de la duración máxima inicial de 365 días¹¹³.

En desarrollo normativo del Acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones firmado por el Gobierno y los agentes sociales el 2 de

¹¹⁰ De este modo no incidirá en la extensión de la I.T el hecho de la existencia de meses de 28, 29,30 o 31 días. A ello nos referiremos en el Capítulo Cuarto.

¹¹¹ Capítulo Noveno.5

¹¹² Capítulo Tercero.6.2.

¹¹³ Capítulo Decimo.2 y 3

febrero de 2011, se aprobó la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social que, sin perjuicio de suponer una modificación más relevante en materia de pensiones de incapacidad y jubilación, y de las dudas que origina su aplicación efectiva por los diferentes y futuros plazos que su entrada en vigor fija¹¹⁴, entre otras medidas autorizó al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social (Disposición adicional séptima) cuyo objeto es llevar a cabo la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema de Seguridad Social, en la que se integrarán el I.N.S.S y el Instituto Social de la Marina, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Gerencia de Informática y el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, asumiendo sus funciones y personal¹¹⁵. También extendió la cobertura de contingencias profesionales a todos los regímenes del sistema artículo 7, al introducir una disposición adicional quincuagésimo octava al T.R.L.G.S.S/1994, que a su vez los reordena (disposición adicional cuadragésima), bajo promesa de una adecuación del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (disposición adicional novena). Encomendó al Gobierno, con la participación de los agentes sociales, en el plazo de un año desde el 1 de enero de 2013, de una parte, a llevar a cabo una reforma del marco normativo de aplicación a las Mutuas de Accidentes de acuerdo con los criterios y finalidades que recoge (disposición adicional decimocuarta), y de otra a la elaboración y remisión al Congreso de los Diputados de un informe sobre la previsión social complementaria en España y las medidas que podrían adaptarse para promover su desarrollo (disposición adicional decimonovena, concediéndole un plazo de seis meses a partir del 1 de enero de 2013). Finalmente, facultó al Ejecutivo para elaborar un nuevo texto refundido de la LGSS/1994 en la disposición adicional vigésima quinta, concediéndole para ello un plazo de dos años a partir del 2 de agosto de 2011, que no se llegó a aprobar.

El artículo 128 del T.R.L.G.S.S./1994 en su última redacción, derivada de las sucesivas modificaciones operadas fundamentalmente por las Leyes 42/1994, 40/2007,

¹¹⁴ Tres diferentes (que en realidad son cuatro) según la Disposición final duodécima (Entrada en vigor): fecha de publicación (2 de agosto de 2011); 1 de enero de 2012; 1 de enero de 2013 y 1 de enero de 2014

¹¹⁵ El número 4 de la indicada disposición adicional séptima excluye de las competencias de la Agencia la gestión de las prestaciones por desempleo, los servicios sociales y la asistencia sanitaria salvo en lo que las disposiciones de la Ley General de Seguridad Social y normativa de desarrollo prevean.

26/2009,¹¹⁶ y por la Ley 17/2012¹¹⁷, recoge una vez más, no la definición sino la enumeración de los causas productoras de la I.T. siguiendo la línea de las normas que la precedieron, pero incluyendo de una parte la referencia a la duración, y de otra a la incapacidad para trabajar que ocasiona, que se considera ya como elemento definidor.

7.- La definición legal de la incapacidad temporal en el texto refundido de seguridad social de 2015

Esta norma estuvo vigente hasta que finalmente, el artículo 1 c) de la Ley 20/2014 autorizó al Ejecutivo para aprobar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el T.R.L.G.S.S./1994 y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado. Dicha autorización dio lugar a la aprobación del Real Decreto-Ley 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹¹⁸--en adelante T.R.L.G.S.S./2015 -- que mantiene la precitada enumeración de las situaciones protegidas por la contingencia de I.T. con la consideración aludida a la incapacitación para trabajar y su duración como elementos definitorios.

De este modo, se consideran "situaciones determinantes " de la hoy incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea ó no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté incapacitado para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación.

¹¹⁶ Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010 que da nueva redacción, entre otros, a los dos primeros párrafos del apartado a) del número 1 del artículo 128 y al párrafo segundo del apartado 1 y los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 131 bis, del T.R.L.G.S.S./1994, sustituyendo la expresión de la extensión temporal "meses" por "días" pero sin modificar en sí la duración de la contingencia protegida.

¹¹⁷ Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013, que da nueva redacción a la letra a) del número 1 en virtud del número dos de la Disposición final quinta

¹¹⁸ La Disposición final única fijó la entrada en vigor para el 2 de enero de 2016.

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismo, con una duración máxima de seis meses prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

Por consiguiente en el nuevo Texto Refundido se reitera la consideración de la I.T. mantenida en el T.R.L.G.S.S/1994, que recuperó su denominación tradicional contenida en la Ley de Accidentes de 1900, al abandonar el adjetivo “ laboral ” de la misma, para ser llanamente Incapacidad Temporal—I.T.--, de forma razonable puesto que solamente de la existencia de una actividad laboral puede derivarse la protección por esta situación en base al surgimiento de las contingencias productoras de quebranto eventual de la sanidad del trabajador que provoca una pérdida temporal de la aptitud del mismo para la prestación de sus servicios retribuidos al empleador, derivada exclusivamente de accidente, sea ó no laboral, y enfermedad, común y profesional, así como el estadio previo de los períodos de observación para, en su caso, llegar al diagnóstico de la existencia de una enfermedad profesional, requiriendo por ello atención sanitaria.

La forma de definir la I.T. a través de la enumeración de los supuestos productores y la incorporación del elemento temporal, permite establecer la distinción de la situación de Incapacidad Permanente, definida en el mismo texto legal en los artículos 193 y siguientes, en tanto en cuanto que ésta ha de ser, previsiblemente, definitiva, eventual y severa¹¹⁹. De otro lado, tal y como ha declarado el T.S.¹²⁰ la incapacidad permanente en su grado contributivo lleva aparejado el reconocimiento a prestaciones económicas pues así lo exige expresamente en el artículo 195.1 T.R.L.G.S.S/2015¹²¹, lo que conlleva la

¹¹⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 15 de febrero de 1988. ROJ 965/1988

¹²⁰ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 26 de enero de 1993. Recurso 1610/1992 y de 25 de noviembre de 1993. Recurso 4220/1992.

¹²¹ No solamente económicas sino sanitarias también, pues no olvidemos que la persona que vea reconocida una incapacidad permanente se convierte en “ pensionista del sistema”, para lo cual precisa, en primer lugar, reunir la condición general del artículo 165.1, estar afiliado o en alta y en segundo lugar, reunir el período mínimo de cotización de los números 2 y 3 del mismo artículo 195 T.R.L.G.S.S./1994, para los casos de enfermedad común, puesto que no se precisa período de carencia para los supuestos de accidente, sea laboral o no, y enfermedad profesional.

inexistencia de una situación de incapacidad permanente si no se reúnen los requisitos necesarios para acceder a la protección. Sin embargo, a diferencia de esta contingencia de incapacidad permanente, en el caso de la I.T., la situación se produce también en aquellos supuestos en los que el trabajador precise asistencia sanitaria por estar temporalmente incapacitado para el trabajo¹²², en los que la imposibilidad de prestar sus servicios traiga su causa de una enfermedad común¹²³, pero por no reunir la carencia exigible de ciento ochenta días dentro del período de los cinco años anteriores a aquéllas, no disfrute del derecho a la percepción del subsidio económico. A pesar de ello sí está en situación de I.T. con suspensión de la relación laboral en que se encuentra, y sí tiene derecho a recibir asistencia sanitaria ex R.D.1192/2012. A esta conclusión nos lleva el análisis pormenorizado de los elementos conformadores de la I.T que se abordan en el siguiente capítulo.

¹²² Reuniendo, por consiguiente y como veremos, las dos notas propias de la I.T.

¹²³ Puesto que para las contingencias profesionales y el accidente laboral no es necesario período de carencia previo alguno.

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS CONFIGURADORES Y DEFINICIÓN JURÍDICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

1.- La incapacidad temporal como contingencia

El vigente artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015, al igual que sucedió con los textos legales precedentes no ofrece una definición general de la contingencia protegida de I.T. sino que viene a recoger en las letras a) y b) de su número 1 la relación de los motivos que pueden dar lugar a la contingencia protegida, si bien es cierto que conecta los mismos con la incapacidad transitoria para trabajar y su duración.

Estamos hablando en primer lugar de una contingencia¹²⁴; esto es, de la posibilidad de que una eventualidad, en este caso una situación que temporalmente impida el trabajo, pueda o no suceder, derivada de unos hechos concretos. Esta contingencia o situación decimos que tiene un carácter profesional en el sentido de que se produce dentro de la existencia de una relación laboral, de la prestación de unos servicios por cuenta ajena, en lo que se refiere al Régimen General¹²⁵, sin lo cual no puede hablarse de la I. T. dentro del sistema de Seguridad Social español. Y esta situación, además, ha de provocar una provisional incapacidad para el trabajo por cuenta ajena, ya sea real o presunta, en función de los hechos que la motivan, de forma que el trabajador necesite recibir asistencia sanitaria para lograr, en vía de principio, la recuperación de su salud.

A su vez, ha de existir una declaración o reconocimiento oficial por parte de las entidades competentes para ello, tanto de la existencia de la incapacidad pasajera para el trabajo, como de la necesidad de asistencia sanitaria, de su prestación, precisamente a través de los cauces legalmente establecidos. En este sentido nos encontramos ante una contingencia que llega a ser protegida a través de unas prestaciones médico-farmacéuticas por el hecho de encontrarse en ella un trabajador, puesto que como veremos más adelante, el reconocimiento de estas atenciones sanitarias viene de oficio derivada precisamente de la condición de trabajador por cuenta ajena. Y tal contingencia podrá venir igualmente remediada por unas prestaciones económicas de

¹²⁴ En el sentido recogido por el Diccionario de la lengua de la RAE.

¹²⁵ Dueñas Herrero, L.J.: La contingencia de... VV.AA.(AEDTSS) La Incapacidad... óp. cit. pags. 49 y ss.

carácter contributivo, al cumplirse los requisitos legales previstos que estudiaremos¹²⁶ y que se diferencia de otras que pueden ser objeto de protección como la Incapacidad Permanente¹²⁷ o el desempleo¹²⁸ que no requieren que el sujeto esté en activo.

La contingencia de I. T a efectos de su consideración como protegida en el Régimen General de la Seguridad Social requiere que el sujeto se encuentre incluido en ella por una de las causas legalmente establecidas sea un trabajador por cuenta ajena en situación de actividad (o asimilada a ella como estudiaremos); que tales causas le impidan provisionalmente realizar su trabajo, por lo que necesita asistencia sanitaria. Y finalmente que tal contingencia ha de venir reconocida por las entidades legalmente competentes para ello a través de los procedimientos habilitados, que darán lugar en su caso, cumplidos los requisitos específicos, a la percepción de la prestación económica correspondiente.

2.- Causas de producción de la incapacidad temporal

De este modo, sobre la base de la descripción enumerativa que el artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015 regula, la situación de I.T. desde el punto estrictamente legal, actualmente puede venir causada por accidente laboral o no, enfermedad común o profesional, así como por los períodos de observación de la enfermedad profesional. Estos, que gozan de sustantividad propia, han de ser, por formulación normativa, previos a la declaración de existencia, en su caso, de la enfermedad profesional.

¹²⁶ Puesto que puede darse el supuesto de que un trabajador que necesite asistencia sanitaria pero no esté impedido para el trabajo. O el caso del trabajador que, incapacidad temporalmente para el trabajo reciba asistencia sanitaria pero no cumpla los requisitos específicos para lucrar subsidio económico de I. T.

¹²⁷ Artículo 195.4 T.R.L.G.S.S /2015: "...No obstante lo establecido en el apartado 1 de este artículo, las pensiones de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada al alta..."

¹²⁸ La referencia que la letra a) del artículo 266 del T.R.L.G.S.S/2015 hace a "estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta..." se refiere evidentemente al último trabajo desempeñado puesto que inmediatamente la letra c) se refiere a "encontrarse en situación legal de desempleo", remitiéndose al artículo 267 para su definición. En él, el número 1.a) recoge expresamente la extinción de la relación laboral del solicitante de la prestación por desempleo.

Ciertamente como se ha indicado, la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 contempló entre sus principios la “consideración global” de las prestaciones en general y de la entonces Incapacidad Laboral Transitoria en particular; esto es, el desarrollo de la protección por el sistema de Seguridad Social con independencia de las causas generadoras de la misma. Pero la realidad de los hechos y el desarrollo normativo de la protección muestran que tanto las prestaciones dinerarias en sí como la atención sanitaria (y también los problemas de derivación de la responsabilidad) han distinguido siempre la causa productora de la I.T., al gozar de un mejor tratamiento económico las contingencias de producción directamente relacionadas con la actividad laboral desempeñada.

Esta diferencia de trato ha sido estimada por algún sector de la doctrina¹²⁹ como violadora del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 C.E., en conexión con la referida consideración conjunta de las contingencias a efectos de protección. Con todo, sin entrar en un planteamiento general del tema, esta atención diferenciada de las diferentes contingencias en función del origen del hecho causante ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional¹³⁰ en cuanto autorizada, que no impuesta, por la Constitución, de forma que por vía legislativa puede venir regulada. Por ello, y quizá como sedimento del nacimiento histórico de la protección social a partir del

¹²⁹ Tortuero Plaza, J.L.: “La incapacidad temporal: contingencias y situaciones protegidas”. Revista Tribuna Social nº 44 y 45/94.

¹³⁰ Sentencia 375/1993 del T.C. Fundamento Jurídico 3: “La Constitución autoriza, aunque no impone, una diferente protección en atención a las contingencias que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso. Auto 573/1998: “... Entiende la doctrina que, en una evolución natural del sistema de Seguridad Social hacia sus modelos más avanzados, podría concluirse en una valoración y protección de las situaciones de necesidad por el hecho de que existan, sin contemplar las eventuales causas que las originen. Pero es tan sólo un modelo teórico, que no desautoriza a un modelo de la Seguridad Social que descansa aún en buena parte sobre la consideración de las «contingencias», de los eventos dañosos que puedan originar la protección que se dispense. Ese es aún el modelo español, y no lo ha ilegitimado la Constitución que, por el contrario, en varios de sus preceptos se refiere a contingencias concretas y determinadas (por ejemplo, el propio art. 41 de la Constitución menciona ya el «desempleo»). Puesto que la propia Constitución autoriza, aunque no la imponga la diferente protección por contingencias, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador pueda tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso de unas prestaciones respecto del que pueda acordar para otras distintas, ocasionadas por contingencias diversas, al ser éstos conceptos técnicos que aún son clave de la protección dispensada por nuestra Seguridad Social...”.

accidente de trabajo analizado en el Capítulo anterior, el artículo 156 T.R.L.G.S.S./2015 está dedicado a la definición del accidente de trabajo, y el 157 a la de la enfermedad profesional, mientras que los accidentes no laborales y las enfermedades comunes son delimitados en el artículo 158 por oposición a las contingencias profesionales¹³¹. El artículo 159 se refiere a las restantes contingencias, remitiéndose al concepto legal que resulta de las condiciones exigidas para el derecho a prestaciones en cada una de ellas específicamente. A continuación, vamos a analizar las causas que pueden dar lugar a la contingencia de incapacidad temporal.

2.1. El accidente laboral y no laboral

El concepto de accidente de trabajo ha sido desarrollado primero doctrinalmente¹³², puesto que como hemos indicado, supone el punto de partida del nacimiento de la atención a lo que hoy denominamos Sistema de Seguridad Social, y luego por la Jurisprudencia para aclarar (y poder incorporar en su momento a la legislación material) los diversos supuestos en que este hecho causante puede producirse.

Hemos de tener en cuenta que su análisis es realizado en este estudio desde la perspectiva parcial de hecho causante de la situación de I.T., por lo que, al definir el accidente de trabajo, el número 1 del artículo 156 T.R.L.G.S.S./2015 como “...toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena...”, lo estudiamos desde la especificidad de que esa lesión corporal producida por el accidente será estudiada en cuanto generadora de la contingencia protegida de I.T., esto es, como causa impeditiva de la prestación de servicios del trabajador, de carácter temporal, previsiblemente susceptible de tratamiento, principalmente unida a la deseable y buscada recuperación de la aptitud para el trabajo de aquél¹³³.

Por ello, la consideración del concepto de accidente de trabajo comprende tanto el

¹³¹ El T.R.L.G.S.S./2015 no reproduce la referencia que el artículo 133 del anterior T.R.L.G.S.S./1994 contenía a los períodos de observación profesional.

¹³² Almansa Pastor, J.M. Derecho de la Seguridad... óp. cit. págs. 234 y ss. y la bibliografía citada.

¹³³ Sin perjuicio de que esta no se llegue a producir, pero entonces la protección del trabajador vendría a través de otras prestaciones.

accidente producido como consecuencia de la ejecución directa de las labores a que aquel se extiende (accidente de trabajo propio) como el accidente no producido inmediatamente por aquéllas pero que ha sido causado en conexión con el desempeño de las funciones derivadas del trabajo, de forma y manera que no se habría producido si no hubiera existido la "prestación voluntaria y retribuida por cuenta ajena, de los servicios del trabajador, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario..", a que hace referencia el artículo 1 T.R.E.T./2015. Producción mediata del accidente derivado de la actividad laboral en lo que se ha calificado como¹³⁴ "ampliaciones objetivas" de los nexos causales como elemento dinámico del concepto de accidente de trabajo. Así pues, la norma definitoria del accidente de trabajo tiene una cobertura amplia para abarcar tanto la lesión sufrida de forma violenta o repentina, como la insidiosa o lenta producida por las enfermedades contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo¹³⁵, constituyendo una situación de deterioro físico derivado de una dolencia de etiología laboral o en la que el tipo de trabajo realizado ha sido un elemento coadyuvante en su producción¹³⁶.

Intentando acotar el espacio de la consideración del accidente de trabajo, la norma positiva, esto es, el artículo 156 T.R.L.G.S.S./2015 en su número 2 recoge, en primer lugar, una relación ejemplificativa de qué circunstancias productoras de daños a los trabajadores tendrán la consideración de accidentes de trabajo. Así, los relaciona clasificándolos en las siguientes letras:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar del trabajo (accidentes *in itinere*)¹³⁷.

¹³⁴ Almansa Pastor, J.M. Derecho de la Seguridad...óp. cit. pág. 242.

¹³⁵ Fernández Avilés, J.A. El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social. Atelier. Madrid 2007. Págs. 123 y ss.

¹³⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 7 de octubre de 2003 R.J. 7724.

¹³⁷ Los requisitos que la Jurisprudencia ha establecido para su consideración se pueden resumir con Cavas Martínez, F: "Accidente de trabajo *in itinere* y delimitación teleológica-espacial del *iter laboris* (STJ Canarias/ Santa Cruz de Tenerife, de 23 de enero de 1998. AS 48/1998. Aranzadi Social Vol. I. 1998. págs. 2469-2473).--Teleológico. El traslado debe estar motivado única y exclusivamente por el trabajo.--Cronológico: El accidente debe ocurrir en un tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada o salida del trabajo.--Topográfico-: El accidente ha de producirse precisamente en el camino de ida o vuelta entre el domicilio del trabajador y el centro de trabajo.-De idoneidad de los medios utilizados para el desplazamiento: Ha de utilizarse un medio de transporte racional y adecuado al desplazamiento, y su utilización ha de ser correcta. Con todo, es preciso atender a la evolución de la doctrina de los tribunales, como sucede con la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 23 de diciembre de 2013.

b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos¹³⁸.

c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.¹³⁹

Recurso 2315/2012, que considera domicilio al lugar donde el trabajador reside por razón de trabajo para reincorporarse a la empresa el día siguiente, así como la casuística que al respecto se produce la causa de la lesión está desconectada del trabajo, pero la razón directa e inmediata que ésta se hubiera producido era porque el trabajador se encontraba en el lugar al dirigirse hacia o desde el trabajo (Sentencia T.S. 21 de diciembre de 1982. Ar.7877). A este respecto, Ballester Pastor afirma que “...en esta interpretación del trayecto relevante se ha producido un proceso de objetivación de criterios, que ha pretendido cierta homogeneidad en la conceptualización del accidente *in itinere* a costa de su propia configuración causal con relación al trabajo...” Ballester Pastor M.A : “Trayecto y concepto de accidente de trabajo: nuevas perspectivas en torno al accidente de trabajo y al accidente en misión” *Accidente de trabajo y sistema de prestaciones* (Romero Ródenas, M^a José, coordinadora). Bomarzo. Albacete.2009. págs. 42 y ss.: En los casos de terrorismo, negándolo cuando existía una agresión en el momento en que se abandonaba el puesto de trabajo para dirigirse a su domicilio (Sentencia del T.S. de 20 de junio de 2002 R. 7490) o como en el caso de la Sentencia de 20 de febrero de 2006 (Recurso 4145/2004), caso conocido como el del “asesino de la baraja”, determinar la intervención de un tercero influye en la calificación de accidente *in itinere*. Ver Ballester Pastor, M^a A. Significado actual de accidente de trabajo *in itinere*: paradojas y perspectivas. Editorial Bomarzo.Albacete.2007. págs. 80 y ss. Recoge más casuística López Insúa, B. del Mar. La Incapacidad Temporal en el sistema de Seguridad Social. Comares .Granada. 2014. Nota a pie de páginas 61,62 y 63

¹³⁸ Sobre la base de tres elementos: ejercicio de las tareas propias de cargo representativo; lesión y relación de causalidad entre unas y otra, precisos para su consideración, teniendo en cuenta la extensión a estos supuestos de representantes de los criterios generales sobre presunción de laboralidad, accidente *in itinere*; accidente en misión, así como las enfermedades del trabajo de los apartados f) y g) del artículo 115. 2 T.R.L.G.S.S/1994. Ver García Márquez, P.- “Accidente de trabajo con ocasión o por consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical (Art.115.2 B) de la LGSS”, (Romero Cárdenas, M^a J, coordinadora) Accidente de trabajo y sistema de prestaciones. Bomarzo. Albacete, .2009, págs. 106 y ss.

¹³⁹ Los conocidos como “accidentes en misión”. A este respecto se puede ver la evolución de la doctrina jurisprudencial desde la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. 24 de setiembre de 2001(Recurso3414/2000) a la reflejada por la de 6 de marzo de 2007 (Recurso 3415/2007) entendiéndose que “...no puede considerarse correcto el criterio que sostiene que durante todo el desarrollo de la misión el trabajador se encuentra en el tiempo y lugar de trabajo, aunque se trate de períodos ajenos a la prestación de servicios, de descanso o de actividades de carácter personal y privado...” Ver Ballester Pastor M^a Amparo. Significado...óp. cit. págs. 58 y ss. Como se ha dicho, la calificación de un percance como accidente en misión resulta una cuestión sumamente casuística, en la que en la que no caben apriorismos y en la que han de valorarse “...la situación concreta del trabajador al tiempo de sufrir el deterioro de su salud, mereciendo especial consideración aquellos indicios que permitan descubrir que el trabajador se encontraba pendiente de sus quehaceres profesionales y, de un modo u otro (sea por estar en tiempo de disposición, sea por mantenerse en el lugar indicado por la empresa

d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo¹⁴⁰.

e) Las enfermedades no incluidas en el artículo siguiente que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.

esperando nuevas instrucciones, sea por estar realizando tareas preparatorias), vinculado a ellos y, en consecuencia, sometido al poder de dirección empresarial...". Tascón López, R. El accidente de trabajo en misión. Laboral Práctico. Serie Monografías. Tirant lo Blanch. Valencia 2010. págs.53 y ss.

¹⁴⁰ Se incluyen actos de persona en supuestos que forman parte de equipos de socorro, ya sea como consecuencia de orden directa de superior o llevado a cabo espontáneamente, habiéndose admitido en alguna ocasión como accidente de trabajo el realizado por un trabajador para una empresa ajena al centro de trabajo al que pertenece. Sentencia T.C.T. 12 de diciembre de 1983. R. Aranzadi 10739. La Sentencia de 27 de mayo de 2004 de la Sala de lo Social del T.S.J de Baleares. Recurso 187/2004, recoge un supuesto en el que "... A primera hora de la mañana la actora se encontraba en su domicilio, cercano al HOSTAL" una vecina le avisó de que en dicho establecimiento se había provocado un incendio. La actora acudió de inmediato y entro en el HOSTAL avisando a todos los clientes y sufriendo una caída y broncoespasmo por inhalación de humo, por lo que fue asistida por los servicios médicos de MUTUA LA FRATERNIDAD-MUPRESA, aseguradora de las contingencias profesionales de la empresa". De esta misma Sala, la Sentencia de 3 de enero de 2006. Recurso 675/2005 recoge como hecho: "...Al pasar sobre unos baches surgieron de la parte inferior del panel de control del vehículo unas chispas que prendieron en la garrafa de gasolina. Ambos trabajadores procedieron a abandonar el vehículo, no obstante, el demandante, con el fin de evitar la pérdida de la máquina barredora y a la vista de que las llamas eran pequeñas procedió a introducir en la cabina la parte superior de su cuerpo para extraer del vehículo la garrafa de gasolina. Al tomar el asa de la garrafa, el fondo de la misma se fundió derramándose la gasolina sobre las extremidades inferior del accidentado comenzando a incendiarse las mismas, hecho este que le provocó quemaduras de 2º grado en ambas piernas sin afectación de los pies, así como quemaduras de 2º y 3º grado en ambas manos, que fueron calificadas médicamente como graves". La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 21 de mayo de 2008. Recurso 4757/2007 recoge como hecho probado: "...4.- El accidente de trabajo sufrido por el trabajador José Antonio acaeció bajo las siguientes circunstancias: alrededor de las 17.30 horas un trabajador de la mercantil PINSOS SANT ANTONI, S.A. el Sr. Marcos se encontraba en el interior de uno de los silos propiedad de aquélla efectuando labores de limpieza en compañía de otro trabajador de la citada empresa, Sr. Claudio. Mientras realizaban las operaciones de limpieza descritas el Sr. Marcos cayó quedando atrapado sin poder moverse ni salir. Su compañero de trabajo tampoco podía solo rescatarlo por lo que salió del silo a pedir ayuda. El Sr. José Antonio , que era asmático y en las fechas de producción del accidente estaba atravesando un periodo de crisis asmática que no le impedía trabajar pero sí disponer de un fármaco para paliar los síntomas (circunstancia no controvertida), que se encontraba realizando trabajos habituales en el centro, consistentes en el mantenimiento de las instalaciones, quiso ayudar al accidentado, subiendo por la escalera de mano y asomando la cabeza en el interior del silo sin utilizar mascarilla, bajando de inmediato y al dirigirse a su vehículo para buscar un fármaco específico para asmáticos cayó al suelo muriendo al cabo de escasos segundos, pese a los primeros auxilios prestados por el Sr. Juan Antonio . El Sr. José Antonio se había asomado al silo sin mascarilla." Ver Fernández Avilés, J.A. El accidente de trabajo en el sistema de Seguridad Social (su contradictorio proceso de institucionalidad jurídica), pág. 110 y la referencia que contiene. Atelier. Barcelona.2007

f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

g) Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo ó tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación...".

Estas tres últimas letras e), f) y g), se refieren a las genéricamente denominadas enfermedades de trabajo¹⁴¹, entendiéndose por tales aquellas enfermedades de origen común que se manifiestan en el trabajo, aunque no se encuentran tipificadas como enfermedades profesionales. La doctrina¹⁴² en base a los apartados expresados, distingue entre las mismas tres supuestos distintos.

El primero de ellos se refiere a las enfermedades de trabajo en sentido estricto. A tenor de la antecitada letra e) del artículo 156.2 T.R.L.G.S.S./2015, se producen cuando, a pesar de no estar incluidas en el listado de enfermedades profesionales, se contraen por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo y siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Para su consideración como tal, debe demostrarse la relación de causalidad directa¹⁴³ entre el trabajo y la enfermedad, si bien juega la presunción de laboralidad, *iuris tantum*, cuando tales enfermedades son producidas en el lugar y durante el tiempo de trabajo; presunción que, como establece la Sentencia del T.S. dictada en unificación de doctrina de 15 de febrero de 1996¹⁴⁴ sólo cede cuando se demuestre de modo pleno que la causa desencadenante es ajena al trabajo. Como ejemplo puede citarse el Síndrome de Inmunodeficiencia adquirida (sida), si bien es preciso indicar que en función de su causa puede ser

¹⁴¹ Rodríguez Piñeiro, M. "Las enfermedades de trabajo en la legislación española" VV.AA. Jornadas sobre Enfermedad de Trabajo: calificación y prevención. Muprespa. Madrid 1994. págs. 23-37.

¹⁴² Escudero R. y Nogueira M. "Acción protectora (I). Contingencias protegidas". Derecho de la Seguridad Social. VV.AA. dirigido por L.E. de la Villa. Tirant lo Blanch. Valencia 1997. Págs.280-282.

¹⁴³ Vida Soria, J. Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C; Quesada Segura, R. Manual de Seguridad Social. Tecnos.Madrid.2009. pág. 205

¹⁴⁴ R. Aranzadi 1022.

enfermedad de trabajo o enfermedad común¹⁴⁵. Y no obsta a la presunción de laboralidad el hecho de que se hubieran producido antecedentes o síntomas de las mismas en fechas o momentos inmediatamente precedentes¹⁴⁶.

En segundo lugar, se consideran también enfermedades de trabajo en sentido genérico en virtud de lo establecido en la letra f) del número 2 del artículo 156 T.R.L.G.S.S/2015, las enfermedades previas que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva de accidente. En este caso, a diferencia del anterior, existe una dolencia previa no impeditiva, que se exterioriza por cualquier episodio motivador derivado del trabajo, sea aislado o bien constituya una suma de factores en relación con el trabajo desempeñado.¹⁴⁷ Se entiende a estos efectos que la “lesión constitutiva de accidente” puede consistir en un esfuerzo, tensión emocional o una simple caída sin lesión destacable¹⁴⁸. De otra parte, aunque el precepto habla de “enfermedades previas”, los tribunales han entendido incluidos los supuestos en los que la enfermedad, hasta entonces latente, se desencadena por primera vez a causa del accidente,¹⁴⁹ si bien se requiere la demostración de la efectiva influencia del accidente laboral en la aparición de la patología subyacente¹⁵⁰, pudiendo ésta ser de carácter psíquico.¹⁵¹ Pero la calificación de esos casos como accidente laboral se realiza sin necesidad de concurrencia de culpa o responsabilidad del empresario.¹⁵²

¹⁴⁵ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 2 de junio de 1994 R. Aranzadi 5400; 20 de octubre de 1994. R. Aranzadi 8099, y 25 de enero de 1995. R. Aranzadi 411. Si el sida se contrae por personal sanitario con ocasión de actividad profesional sería enfermedad de trabajo, mientras que si es adquirido por vía parenteral por consumo de drogas no tendría tal consideración. Desdentado Bonete, A y Nogueira Guastanvino, M. La Seguridad Social en la unificación de doctrina. Una síntesis de jurisprudencia. Tirant. Lo Blanch. Valencia. 1997.

¹⁴⁶ Salinas Molina, F. “¿Una enfermedad puede ser calificada como accidente de trabajo?”. Información Laboral/Jurisprudencia 12/2000. págs. 12 y ss.

¹⁴⁷ Rodríguez Piñero, M. “Las enfermedades de trabajo”. óp. cit. págs. 23 y ss.

¹⁴⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 27 de octubre de 1992 R.J. 7844

¹⁴⁹ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 25 de enero de 2006 R.J.4333; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía, de 2 de diciembre de 1993 R.AS.5452.

¹⁵⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 24 de mayo de 1990 R.J. 4498

¹⁵¹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 19 de octubre de 1970 R.J. 3949. “Depresión por razón del trabajo”. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 12 de julio de 2006. Recurso 827/2004; “Estrés agudo”. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de 26 de abril de 2005. Recurso 121/2005

¹⁵² Romero Cárdenas, M^a José, “Concepto y elementos integrantes del accidente de trabajo en la doctrina judicial”, en la obra Accidente de trabajo y sistema de prestaciones, (Romero Cárdenas, M^a José, coordinadora). Bomarzo. Albacete. 2009. págs. 14 y ss.

En tercer lugar, se conceptúan enfermedades de trabajo las consecuencias de los accidentes de trabajo que se vean modificadas en su naturaleza, duración, gravedad ó terminación por enfermedades intercurrentes, ex artículo 156.2 g) T.R.L.G.S.S/2015, entendiendo por tales aquéllas que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación. Ha de existir, por consiguiente, para la consideración de un proceso patológico como enfermedad de trabajo, una relación de causalidad inmediata entre el accidente de trabajo inicial y la enfermedad derivada de aquél, como estableció la Sentencia del T.S. de 11 de febrero de 1985.¹⁵³ Además, el número 5 del artículo 156 T.R.L.G.S.S /2015 establece que el hecho de que en la producción de un accidente haya existido imprudencia profesional¹⁵⁴o concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo o de un tercero, salvo que tales actuaciones no guarden relación alguna con el trabajo¹⁵⁵, no impedirán la calificación como de trabajo de un accidente.

En particular, el número 3 del artículo 156 del mismo texto normativo, contiene una presunción "*iuris tantum*", que admite, pues, prueba en contrario, de que son accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, lo que a efectos prácticos, como apunta la doctrina¹⁵⁶, traslada la carga de la prueba a quien pretende defender lo contrario¹⁵⁷; esto es, que la lesión sufrida por el trabajador

¹⁵³ Aranzadi 633. Se han considerado como enfermedades intercurrentes la depresión originada como consecuencia de accidente de trabajo *in itinere* (Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 27 de octubre de 1993. R. Aranzadi Social 4411; así como la embolia pulmonar adquirida en el nuevo medio en el que se situó al paciente tras la intervención quirúrgica (Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 20 de enero de 1995. R. Aranzadi Social 147.

¹⁵⁴ "... consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira..." según expresa la letra a) del número 5 del artículo 156 T.R.L.G.S.S/2015.

¹⁵⁵ No resulta fácil identificar la causa cuando se producen lesiones entre compañeros. La lesión por motivos personales pero llevada a cabo en lugar y tiempo de trabajo tiene la consideración de accidente laboral. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 27 de diciembre de 1975. R. Aranzadi 4824/1975. Pero no si se produce en el trayecto al trabajo, por responder a motivaciones ajenas al mismo. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 20 de junio de 2002. RJ 7490/2002.

¹⁵⁶ Almansa Pastor, J.M... Derecho de la Seguridad...óp. cit. pág. 242.

¹⁵⁷ Por razones de responsabilidad económica, fundamentalmente.

durante el tiempo y en el lugar del trabajo no constituye accidente laboral, que fundamentalmente y por razones de cobertura económica económicas serán bien la empresa, la Mutua colaboradora con la Seguridad social o los organismos competentes del sistema de la Seguridad Social quienes deban combatir la presunción. En sentido contrario, por consiguiente, las lesiones sufridas fuera del lugar, del centro de trabajo y de la jornada, no se considerarán accidentes de trabajo, y del mismo modo, salvo prueba en contrario,¹⁵⁸ que lógicamente correrá a cargo del trabajador interesado, también en vía de principio, por razones económicas centradas en el importe de las prestaciones a recibir.

El número 4 del precitado artículo 156 contiene una exclusión de la consideración del carácter o condición de accidente de trabajo, pese a lo referido anteriormente, cuando el accidente sea debido a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiendo por tal la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente¹⁵⁹, y cuando concurre dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado¹⁶⁰, lo cual plantea incluso la duda de su encuadramiento jurídico dentro del

¹⁵⁸ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 4 de marzo; 9 y 29 de abril de 1975; 2 de febrero de 1980, 28 de abril de 1983 y 20 de setiembre de 1982.

¹⁵⁹ Por ruptura del nexo causal trabajo-fuerza física. Almansa Pastor, J.M. Derecho de la ...óp. cit. pág. 243. Ver Díez Picazo, L y Gullón, A. Sistema de Derecho Civil. Vol.II. La relación obligatoria en general. Tecnos. 1986. págs. 274 y 275, sobre la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor.

¹⁶⁰ El dolo, fundamentalmente los casos de suicidio y autolesión. Sentencia del T.S., de 10 de abril de 1968 y del T.C.T. de 30 de junio de 1970 y 15 de octubre de 1982. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía de 27 de febrero de 2014. Recurso 866/2013; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 11 de abril de 2014. Recurso 972/2014. En los casos de suicidio, salvo que se demuestre el nexo causal directo entre el acto suicida y el trabajo prestado. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía de 13 de mayo de 2010. Recurso 1488/2009. Para ver la evolución de la doctrina jurisprudencial acerca de la consideración del suicidio, Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Extremadura de 13 de octubre de 2011. Recurso 407/2011, así como la precitada de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía de 27 de febrero de 2014. Recurso 866/2013. Relativa a autolesiones, Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Aragón de 30 de octubre de 2000. Recurso 780/1999. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 16 de marzo de 2007. Recurso 9527/2005. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Las Palmas) de 23 de junio de 2009. Recurso 908/2004. La imprudencia temeraria, concepto jurídico indeterminado, está relacionado con el concepto penal, pero tiene un significado propio en este ámbito de la protección social. Puede expresarse como la conducta del trabajador que excediendo del comportamiento normal de una persona, asume un riesgo innecesario que ponga en peligro la vida o los bienes, conscientemente o cuando el trabajador consciente y voluntariamente, contraría las órdenes recibidas del patrono o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigibles a toda persona normal, de acuerdo con

sistema de protección de la Seguridad Social, a lo que nos referiremos más adelante.

Aun habiéndose producido un daño corporal, el denominado accidente no laboral tiene su encuadramiento dentro de las conocidas como contingencias comunes, para diferenciarlas de las profesionales, definidas en el artículo 157 del T.R.L.G.S.S./2015, precisamente en sentido de oposición a éstas y concretamente al estudiado accidente laboral. Así, se considera accidente no laboral a aquel que produciendo una lesión corporal al trabajador iniciadora de la situación de I.T., conforme el artículo 158.1 T.R.L.G.S.S./2015 NO sea constitutiva de accidente de trabajo, debiendo distinguirse¹⁶¹ de una parte, entre las lesiones sufridas por sujetos que no tengan el carácter de trabajadores por cuenta ajena que, por tanto, no se encontrarían en situación de I.T. ni serán objeto de nuestro estudio; las padecidas por trabajadores autónomos que se encontraran prestando sus servicios como tales¹⁶², y finalmente aquellas lesiones sufridas por los trabajadores por cuenta ajena causadas en ocasión diversa de la actividad laboral, sin ser consecuencia directa de ésta, que son las propiamente constitutivas del accidente no laboral.

Es preciso reconocer que aunque desde el punto de vista definitivo o conceptual la distinción entre accidente laboral y accidente no laboral sea teóricamente clara; esto es, la ausencia de conexión con la actividad laboral, lo cierto es que en la práctica se plantean problemas de encaje debido a la posible existencia de múltiples causas originadoras del accidente (como hemos indicado al referirnos a la consideración del suicidio como accidente de trabajo), la presencia previa o exteriorización de patologías

lo recogido por la Jurisprudencia del T.S , entre otras Sentencias de la Sala de lo Social de 28 de febrero de 1966. R. Aranzadi 1357/1966; 20 de noviembre de 1975. Referencia Aranzadi 4392/1975; 16 de julio de 1985 R.J. 3787/1985; 18 de setiembre de 2007. Recurso 3750/2006; 22 de enero de 2008. Recurso 4756/2006. Es preciso tener en cuenta que la calificación de imprudencia temeraria se configura en relación con las circunstancias de hecho del caso concreto, como precisa la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 31 de marzo de 1999. Recurso 2997/1998. Ver Palomo Balda, E.: "El dolo y la imprudencia temeraria como circunstancias excluyentes del concepto de accidente de trabajo". Accidente de trabajo y sistema de ... (M^a José Romero Cárdenas coordinadora) óp.cit. págs. 125 y ss. Rodríguez-Piñero y Bravo –Ferrer "Conducta temeraria y accidente de trabajo" VV. AA Cien años de Seguridad Social (A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900). Fraternidad-Muprespa.2000. pág. 380

¹⁶¹ Almansa Pastor, J.M... Derecho de la... óp. cit. pág.254.

¹⁶² La protección de la contingencia de la contingencia de I. T de los trabajadores autónomos viene regulada en los artículos 12 y siguientes del R.D. 1273/2003, de 10 de octubre.

en las enfermedades de trabajo así como al lapso de tiempo preciso para el desarrollo de éstas en determinados ambientes laborales¹⁶³, lo que implica la necesidad de atender al supuesto concreto de que se trate y en su caso el juego de las presunciones del artículo 156.3 T.R.L.G.S.S/2015.

Como derivación de la concreta definición del accidente no laboral formulada sensu contrario, se plantea el tema del encuadramiento dentro de este concepto de los accidentes debidos a dolo ó imprudencia temeraria del accidentado y los debidos a fuerza mayor extraña al trabajo que, ex artículo 156.4 a) y b) T.R.L.G.S.S./2015 no tienen la consideración de accidentes laborales por explícita exclusión legal, problema que habíamos dejado apuntado. Entendemos sobre este particular que la respuesta ha de ser positiva, es decir, considerarlos y proteger las consecuencias derivadas de estas situaciones, como accidentes no laborales, en cuanto que de la propia definición del artículo 156 (aun en lectura excluyente) así se deriva¹⁶⁴, si bien con la salvedad de la no integración de los considerados riesgos catastróficos que son expresamente dejados fuera de la protección del Régimen General de la Seguridad Social por el artículo 160 T.R.L.G.S.S/2015.

2.2 La enfermedad profesional y común

El artículo 157 del T.R.L.G.S.S/2015 expresa que "...se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional..."¹⁶⁵¹⁶⁶.

¹⁶³ López Insúa, B. del Mar. La incapacidad temporal... óp. cit. pág.70.

¹⁶⁴ "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguer debemus". Quirós Lobo, J. M. Los Principios generales del Derecho en la doctrina laboral. Aranzadi.Pamplona.1984. págs. 60 y ss.

¹⁶⁵ Ver, entre otros, para una consideración específica de la enfermedad profesional: Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L Instituciones de Seguridad...óp. cit.; Almansa Pastor, J.M. Derecho de la ...óp. cit.; Casas Baamonde, M^º E... "La reforma de la protección de los riesgos profesionales". Relaciones Laborales. Tomo I.1990.; C. Del Peso y Calvo "Régimen de reparación de la enfermedad profesional". Revista Iberoamericana de Seguridad Social.1962; págs. 162 y ss. González González, B. "Anacronías, dispendios y perversiones de la protección de los riesgos profesionales por la Seguridad Social". Tribunal Social nº 34/93; Martínez Sánchez, A. "Consideraciones del

Son dos, por tanto, las notas que ha de reunir la enfermedad contraída como consecuencia del trabajo por cuenta ajena para ser adjetivada como profesional:

--Que se encuentre dentro de las actividades previstas en el cuadro administrativamente aprobado dentro del Sistema español de la Seguridad Social ¹⁶⁷.

--Que la enfermedad incluida en la relación ad hoc esté provocada por los elementos o sustancias concretos que en el cuadro anterior se especifican para cada enfermedad profesional¹⁶⁸.

En resumen, es necesario para la calificación como profesional de una enfermedad padecida por un trabajador por cuenta ajena, que haya sido causada por uno de los elementos recogidos en las actividades previstas y prefijadas por la norma en razón del trabajo desempeñado por aquél en cuya conexión se ha realizado la lista de las enfermedades profesionales. Igualmente remite al desarrollo reglamentario el procedimiento para la inclusión de nuevas enfermedades profesionales y la actualización del listado de éstas. A estos efectos, actualmente ese desarrollo reglamentario viene constituido por el Real Decreto 1299/2006, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales. Este deroga el reglamento anterior aprobado por el Real Decreto 1995/1978¹⁶⁹ que, a su vez sustituía el contenido en el anexo del Decreto 792/1966, primera norma de desarrollo.

El Real Decreto 1299/2006 relaciona una lista enumerando seis grupos a efectos de clasificación:

A) Enfermedades profesionales causadas por los agentes químicos que recoge.

aseguramiento de la enfermedad profesional como medio para su prevención". Revista de la Seguridad Social 14/82.

¹⁶⁶ Existe desde 1962 una Recomendación de la Comisión Europea, de 23 de julio, a los Estados miembros, relativa a la adopción de una lista europea de enfermedades profesionales (DOL, de 31 de agosto). Ver Muñoz Álvarez, G. La Seguridad Social de las Comunidades Europeas. Aranzadi. Pamplona.1992, págs. 463 y ss.

¹⁶⁷ Almansa Pastor, J.M... Derecho de la...óp. cit. pág. 249.

¹⁶⁸ Ibídem. pág. 250.

¹⁶⁹ Según el derogado R.D. 1995/1978, la lista de enfermedades profesionales venía determinada por los siguientes grupos: A) Enfermedades profesionales producidas por los agentes químicos que recoge. B) Enfermedades profesionales de la piel, causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados relacionados. C) Enfermedades profesionales provocadas por la inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados. D) Enfermedades profesionales infecciosas y parasitarias. E) Enfermedades profesionales producidas por agentes físicos. F) Enfermedades sistemáticas.

- B) Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos.
- C) Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos.
- D) Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados.
- E) Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados.
- F) Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos.

Aunque esta norma regula un número cerrado de apartados a efectos de la adjetivación de la enfermedad como profesional, el anexo 2 de este Real Decreto registra también una lista complementaria de “enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro”; de otra parte los artículos 2 y 6 del R.D. 1299/2006, como desarrollo reglamentario del artículo 157 T.R.L.G.S.S/2015 se refieren a la actualización del cuadro de enfermedades profesionales por el Ministerio hoy de Empleo y Seguridad Social con el informe previo del Ministerio de Sanidad e Igualdad y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo. Incluye los supuestos de incorporación de nuevas enfermedades profesionales a la lista europea y prevé el inicio de un procedimiento para la calificación de enfermedades como profesionales a partir de las actuaciones de los facultativos del Sistema Nacional de Salud a través del organismo competente de la Comunidad Autónoma y en su caso con la comunicación a la entidad colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales a efectos de su calificación. Por supuesto, su estudio como causa productora de I.T., supone su sometimiento a tratamiento médico, con perspectivas de recuperación total del trabajador pues en otro caso se produciría el tránsito a la situación de invalidez¹⁷⁰.

Como peculiaridad del tratamiento de la situación de un trabajador sometida al riesgo de

¹⁷⁰ En su virtud, el R.D.11150/2015, de 18 de diciembre incluye, dentro de las enfermedades profesionales causadas por agentes carcinógenos y, en concreto, por el amianto un nuevo subagente, el cáncer de laringe, enumerándose asimismo las principales actividades asociadas a ese subagente. Por su parte, del anexo 2, lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro, se suprime el cáncer de laringe producido por la inhalación de polvo de amianto, ya que pasa a incluirse en el citado anexo 1.

una enfermedad profesional la doctrina¹⁷¹ destaca la solución normativa dada al problema que pudiera surgir cuando al trabajador se le descubran síntomas de enfermedad profesional que aún no repercutan en su capacidad laboral, o bien, habiéndose recuperado de una enfermedad profesional, exista la posibilidad e incluso la certeza de que aquélla se producirá o reproducirá si el trabajador reanudara la prestación de sus servicios en el concreto puesto de trabajo. En estos supuestos, según el artículo 48 de la O.M. de 9 de mayo de 1962¹⁷², el trabajador tiene derecho a otro puesto de trabajo en la empresa, carente de riesgo, y a conservar la remuneración que viniera percibiendo con la excepción de aquéllos complementos exclusivamente vinculados al anterior puesto de trabajo. Si la empresa alega la inexistencia de otro puesto de trabajo, previa conformidad de la Inspección de Trabajo, el trabajador causaría baja en la misma con derecho a la percepción de un subsidio equivalente a su salario íntegro en las condiciones señaladas, durante 12 meses y a cargo de la empresa, más otros 6 meses con cargo a la Entidad Gestora o Mutua colaboradora de la Seguridad Social, pasando a continuación a percibir del Servicio Público de Empleo Estatal (antiguo INEM) otras seis mensualidades más, prorrogables por otros 6 meses, de prestación equivalente a su salario íntegro, debiendo para ello inscribirse en un curso de formación intensiva profesional dentro de los tres primeros meses de la misma¹⁷³.

A partir de ese momento, entendemos que, caso de haber generado el derecho a la prestación por desempleo, que se regirá actualmente por los artículos 262 y siguientes del T.R.L.G.S.S./2015, percibirá la prestación por desempleo en nivel contributivo que le correspondiese por el tiempo que reste hasta agotar el derecho generado, y, en su caso, a continuación, percibirá el subsidio de desempleo como prestación en nivel asistencial.

¹⁷¹ Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L. Instituciones...óp. cit. 125

¹⁷² B.O.E. de 29 de mayo de 1962.

¹⁷³ "...recibirá, con cargo al Seguro de Desempleo...seis meses más prorrogables por otros seis como máximo, de prestación equivalente a su salario íntegro---Para tener derecho a esta prestación tendrá la obligación de inscribirse en un curso de formación intensiva profesional dentro de los tres primeros meses de la misma, siendo compatible la prestación a cargo del Seguro de Desempleo con la beca o salario de estímulo que pueda percibir durante el curso...

Aunque la vigencia de la precitada O.M. ha sido puesta en duda judicialmente¹⁷⁴, el T.S., si bien de forma indirecta, ha considerado vigente esa norma reglamentaria¹⁷⁵, y así lo ha considerado también la doctrina¹⁷⁶; de otra parte, entendemos que ha de considerarse vigente en virtud de lo establecido por el artículo 176.2 T.R.L.G.S.S./2015 en relación con la Disposición final 8ª y Disposición derogatoria del mismo texto legal interpretada sensu contrario.

El artículo 158.2 T.R.L.G.S.S./2015 define la contingencia de enfermedad común en paralelo con el método empleado para el accidente no laboral, esto es, por oposición, en este caso, tanto a la enfermedad profesional como al accidente de trabajo, afirmando que constituyen enfermedad común "... las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e) f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157...". Nuestra aproximación, pues, a la enfermedad común se realiza en tanto en cuanto contingencia causante de I.T. en el Régimen General; esto es, desde el momento en que afecta a un trabajador por cuenta ajena (no a cualquier beneficiario de la protección dispensada por el Régimen General de la Seguridad Social)¹⁷⁷, produciéndole temporalmente la pérdida de su aptitud laboral, impidiéndole, pues, prestar sus servicios al empleador y precisando asistencia sanitaria¹⁷⁸, con el objetivo de lograr la recuperación de su salud y de su aptitud laboral, pero no aquella cuyo origen está desvinculado de tal prestación de servicios por cuenta o dependencia ajena¹⁷⁹.

2.3. Los períodos de observación por enfermedad profesional

¹⁷⁴ Por la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cantabria de 12 de julio de 1994, como señala Ortega García, J. "La enfermedad profesional" en (Pérez Alonso, Mª A Directora; Cordero Gordillo, V, Coordinadora) El accidente de trabajo y la enfermedad profesional. Tirant lo Blanch. Valencia. 2015., págs. 307 y ss.

¹⁷⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 27 de junio de 1994. Recurso 3521/1993. Citada por Ortega García, J. "La enfermedad profesional". *Ibidem*, pág. 308

¹⁷⁶ Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L., Instituciones...óp. cit., pág. 178.

¹⁷⁷ Artículos 1 y 2 del T.R.L.G.S.S./1994.

¹⁷⁸ Ver Capítulo Cuarto.

¹⁷⁹ La cirugía estética asumida de forma voluntaria, que no guarda relación con accidente, enfermedad o malformación congénita no genera el derecho a obtener el subsidio de I. T, salvo complicación o patología que aparezcan como efectos secundarios. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 21 de febrero de 2012. Recurso 769/2011. REF JUR 252184/2012

El artículo 169.1 b) T.R.L.G.S.S/1994 recoge, en fin, como uno de los hechos causantes de la I.T. "...los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos...". Esto es, aquellas situaciones en las que se encuentra un trabajador que, ante la sospecha de que pudiera padecer ó estar incubando una enfermedad profesional, se determine por el facultativo médico correspondiente, que cause baja en su trabajo en tanto se estudia su estado y la repercusión que en su salud pudieran tener los elementos de su entorno laboral, que se hallan comprendidos dentro de los legalmente previstos en el R.D.1299/2006 como causantes de las enfermedades profesionales, para llegar a una conclusión sobre si el trabajador está afectado o no por una de ellas.

Se trata pues, de una suspensión preventiva, con una duración máxima de seis meses prorrogables por otros seis, con el objeto de estudiar el posible padecimiento de una enfermedad profesional por el trabajador concreto sometido a tal período de observación y cuyo fin es obtener el juicio sobre la existencia o inexistencia de la enfermedad profesional de que se trate. Situación de estudio, de observación, además, que nace cuando existan sospechas sobre síntomas que presente el trabajador que apunten a la existencia de enfermedad profesional, en base a las cuales se produce la baja en el trabajo *ex lege* por la indicación facultativa del estudio particular de la salud del trabajador, precisamente para llegar a una conclusión sobre si éste padece o no la enfermedad profesional de que se trate¹⁸⁰. Pero es preciso destacar que en el momento de iniciarse este período de estudio, de observación, el trabajador no está incapacitado para la prestación de servicios (recordemos que la baja en el trabajo es una medida preventiva) puesto que si ya está imposibilitado por una determinada afección, o bien ya sufre la enfermedad profesional --que en buena lógica ha sido diagnosticada puesto que por su causa se encuentra en I.T.--, o bien está incapacitado por otro motivo, en cuyo caso se encontrará en situación de I.T. derivada de contingencias comunes o accidente laboral en su caso. Se trata en definitiva de una causa de producción de I.T., instrumental, que está directamente orientada al diagnóstico final acerca del padecimiento o no por el trabajador de una posible enfermedad profesional con las

¹⁸⁰ No existiría período de observación profesional si ante un riesgo de producción de enfermedad profesional el trabajador, sometido a reconocimiento médico que concluyese la inexistencia de enfermedad profesional, fuese trasladado de puesto de trabajo.

consecuencias derivadas en su caso de la confirmación del diagnóstico de existencia de tal enfermedad profesional. Esta finalidad del período de observación de enfermedad profesional es la que permite su diferencia con el tiempo de observación a que hace referencia el artículo 169.2 T.R.L.G.S.S/2015 que, como analizaremos¹⁸¹ están dirigidos a la enfermedad común; su objeto es resolver acerca de la superación por el trabajador de la dolencia que le incapacitó para trabajar y extender en tal caso el alta por curación, de forma que esos períodos temporales se computan en el cómputo de la extensión de la I. T.

3.-Requisitos para la protección de la contingencia de incapacidad temporal

Tras señalar el carácter profesional de la I.T, necesariamente pues unida con la existencia de una relación laboral, hemos estudiado los hechos causantes de la situación de I. T. Estos han de producir la incapacidad eventual para llevar a cabo el trabajo habitual y requerir que el trabajador precise recibir asistencia sanitaria. Tanto una como otra requieren su declaración o reconocimiento manifiesto a través del procedimiento que posteriormente estudiaremos, de forma que el inicio lo constituye la emisión del parte de baja derivado del hecho causante concreto de que se trate. Su corresponderá bien al facultativo del Servicio Público de Salud correspondiente, o al perteneciente a la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, en virtud de los artículos 2 y 5 del R.D. 625/2014 y 1 y 3 de la Orden ESS/1187/2015; del I.N.S.S en los supuestos de recaída dentro de los 180 días posteriores al agotamiento del plazo máximo de duración de una I. T anterior, según el artículo 169.1 a) T.R.L.G.S.S/2015; bien al servicio médico de empresa autorizada para la colaboración mediante la dispensación de la asistencia sanitaria en virtud de los artículos 4 y siguientes de la O.M. de 25 de noviembre de 1966¹⁸².

Por su parte, el reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas de I. T derivadas de contingencias comunes o de las profesionales cuando actúe como entidad aseguradora de las mismas, corresponde al I.N.S.S en virtud de lo preceptuado en el artículo 5 de la O.M. de 13 de octubre de 1967. La competencia para tal reconocimiento

¹⁸¹ Capítulo Sexto.

¹⁸² Ver Capítulos Tercero y Quinto.

es de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social con la que la empresa haya concertado la cobertura de las contingencias profesionales, en virtud de los artículos 79 T.R.L.G.S.S/2015 y 61 a 68 del R.D. 1993/1995. Y finalmente será la empresa autorizada para la colaboración en las prestaciones de I. T, ya sea para contingencias comunes y/o profesionales, la que, en virtud de lo regulado en la O.M. de 13 de octubre de 1966.

Vamos a referirnos a continuación a los requisitos o condiciones que han de cumplirse para que la contingencia sea objeto de protección dentro del Régimen General de la Seguridad Social. Tales condiciones son las generales de acceso a las prestaciones y las particulares para tener derecho a concretas prestaciones de I. T como contingencia protegida.

3.1. Afiliación y alta

De acuerdo con el artículo 165.1 T.R.L.G.S.S/2015 la primera condición general de acceso a las prestaciones del Régimen General es la de que el trabajador beneficiario ha de encontrarse en situación de alta o asimilada al alta en el momento de sobrevenir la contingencia. La excepción, de acuerdo con el artículo 165.4 del mismo cuerpo legal y 29.2 y 35.4 del R.D. 84/1996, la constituyen de una parte, las contingencias profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, en las que se considera que al trabajador en situación de alta presunta o de pleno derecho aunque no se haya formalizado su alta real, de forma que se aplica el principio de automaticidad tanto a las prestaciones de asistencia sanitaria como a las económicas (subsidio económico de I. T). Y de otra, la enfermedad común y el accidente laboral en lo que se refiere exclusivamente a las prestaciones de asistencia sanitaria en las que igualmente rige el principio de automaticidad, limitado en estos supuestos a la asistencia sanitaria. Ello sin perjuicio de que a tenor del número 2 del artículo 167 T.R.L.G.S.S/2015 exista una responsabilidad empresarial que, como se estudiará, ha de producir el pago de prestaciones a cargo del empresario incumplidor.

Respecto a las prestaciones de asistencia sanitaria, la condición de trabajador por cuenta ajena conlleva el reconocimiento automático del derecho a las mismas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 3.2 de la Ley 16/2003 y 2.1.a) 1º ,4 y 5 del Real Decreto

1192/2012, previa comprobación del cumplimiento de tal requisito¹⁸³.

La afiliación y el alta en la Seguridad Social están reguladas en el R.D.84/1996¹⁸⁴, según el cual, son los empresarios los obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social--artículo 24-- de "...quienes no estando afiliados, ingresen a su servicio..."; su práctica debe realizarse en modelo oficial "...o por cualquier otro sistema establecido..." , para lo cual se debe acompañar el D.N.I./N.I.F. de la persona que se pretende afiliar, el documento que se declare equivalente o fotocopias de los mismos. Estas solicitudes--artículo 27--"...deberán formularse con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador por cuenta ajena...". Es decir, y este requisito es importante, la comunicación de la afiliación o alta del trabajador es previa al comienzo de la efectividad de la realización de las tareas para las que el trabajador haya sido contratado, pero el artículo 32.3 1ª del R.D. 84/1996 fija un límite en la formulación anticipada del alta: "... sin que en ningún caso puedan serlo antes de los 60 días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma.

Las altas de los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General, se solicitarán--artículo 29--"... a nombre de cada trabajador y se promoverán ante la Tesorería General de la Seguridad Social en cualquiera de las formas previstas para la afiliación en el artículo 23 de este Reglamento, en los modelos oficiales¹⁸⁵...--artículo 32--...bien solas...si se tratase de altas sucesivas, o bien juntamente con las solicitudes de afiliación, si se tratase de altas iniciales...y deberán ir firmadas por el empresario y el trabajador— artículo 30.4—y dirigidas a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social ó Administración de la misma en la provincia en que esté domiciliada la empresa a la que preste sus servicios el trabajador por cuenta ajena...--artículo 32.3.1º--.

¹⁸³ La comprobación viene dada por la constatación de la afiliación y alta como tal trabajador por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁸⁴ El Artículo 7 de la O.M. de 3 de abril de 1995 (B.O.E. de 7 de abril) regula el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación, a través de lo que se conoce como sistema RED de la Seguridad Social.

¹⁸⁵ A la fecha son los modelos TA 1--solicitud de afiliación--número de la Seguridad Social--y TA 2--solicitud de alta, baja o variación de datos del trabajador--.

Conforme determina el artículo 35.1.1º del R.D. 84/1996, las altas cuyas solicitudes hayan sido presentadas con carácter previo a la prestación de servicios, surtirán efectos "... en orden a los derechos y obligaciones inherentes a dicha situación de alta..." a partir del día en que se inicie la actividad; en sentido contrario--párrafo 2º--no surtirán efectos las altas comunicadas con anterioridad a la prestación de servicios cuando se hubiera comunicado la "...no iniciación de la prestación de servicios del trabajador a que la misma se refiere, con anterioridad al día indicado para dicha iniciación, por los medios ó procedimientos utilizados para solicitar dicha alta previa...". De otra parte--párrafo 3º--las solicitudes defectuosas sólo surtirán efectos cuando se subsanen en el plazo de 10 días. Y según el párrafo segundo del artículo 35.1.1º del Reglamento, las altas solicitadas fuera de los términos establecidos "... sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud, salvo que se haya producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario en cuyo caso el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al trabajador de que se trate...". En estos casos, por consiguiente, para su cobertura por el sistema de Seguridad Social, ha de haberse producido la contingencia con posterioridad al ingreso de las cuotas¹⁸⁶.

Hemos de señalar que de acuerdo con el artículo 38 del Reglamento, la inscripción del empresario, la afiliación, alta, baja y variación de datos de trabajador y empresario, podrán formalizarse por medios o procedimientos electrónicos, informáticos ó telemáticos, ajustándose--nº 2--a las condiciones que establezca la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social, con sujeción en todo caso a lo prevenido en el artículo 45 de la Ley 30/1992. Sin embargo, el artículo 2 de la Orden ESS/484/2013¹⁸⁷ establece la obligatoriedad de la remisión a través del sistema RED de altas, bajas y variaciones de datos para las empresas, agrupaciones de empresas y demás sujetos responsables de la obligación de cotizar en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social, con independencia del número de trabajadores que tengan, de forma que, en nuestra opinión, esta norma está realizando un desarrollo ultra vires tanto de la

¹⁸⁶ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 23 de junio de 2003.Recurso 3079/2002; de 27 de octubre de 2004.Recurso 5097/2003; de 30 de junio de 2006. Recurso 1092/2006.

¹⁸⁷ De 26 de marzo (B.O.E. 28-3), por la que se regula el sistema RED—Remisión Electrónica de Datos—que sustituye a la O.M. de 3 de abril de 1995

Ley 30/1992 , concretamente de sus artículos 70¹⁸⁸--solicitudes de iniciación de procedimientos--y 38--Registros--como del R.D. 84/1996--el precitado artículo 38--pues convierten en obligación—la remisión electrónica a través del sistema RED--una facultad que la Ley concede en conveniencia del ciudadano, lo que se traduce en la necesidad por parte de los obligados a cotizar de contar con medios electrónicos para la formalización de los actos de afiliación, alta, baja, variación así como cotización.

Ante la inexistencia de afiliación y/o alta inicial, puede solicitarla el trabajador por cuenta ajena directamente--artículo 25.2—cuando no lo haya hecho el empresario. También puede efectuarse de oficio--artículo 26-- por las Direcciones Provinciales de la Tesorería o Administraciones de las mismas, como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en base a los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social ó por cualquier otro procedimiento, comprobado el incumplimiento empresarial de la solicitud de afiliar y/ó comunicar el alta.

3.2. Supuestos de asimilación al alta y alta especial

El artículo 166 T.R.L.G.S.S/2015, desarrollado por el artículo 36 del R.D. 84/1996, establece una serie de situaciones en las que se puede encontrar un trabajador, que denomina “asimiladas al alta” al objeto de que pueda lucrar prestaciones del sistema de Seguridad Social--en el caso que estudiamos prestaciones de I.T--, como si se encontraran afiliados y en alta, y siempre que reúnan el resto de requisitos establecidos para cada una de las contingencias protegidas. En este sentido se han definido como aquellas situaciones que suponen una ficción del ordenamiento que permite la conservación del alta a los sujetos protegidos que han cesado temporal o definitivamente en el trabajo o actividad, en los supuestos y con el alcance previstos en las normas¹⁸⁹. En contra de lo que pudiera pensarse no existe un catálogo cerrado de

¹⁸⁸ Aun cuando se establezcan modelos normalizados a tenor del número 4 del artículo 70 de la Ley 30/1992, desarrollado por el R.D.772/1999, de 7 de mayo, pues ello se realiza, textualmente: “...cuando se estime conveniente para facilitar a los ciudadanos la aportación de datos e informes requeridos o para simplificar la tramitación del correspondiente procedimiento...”

¹⁸⁹ García Ortega, J. “Supuestos especiales de cotización: Trabajadores fijos discontinuos. Pluriempleo. Pluriactividad. Convenio Especial”. Tribuna Social números 20-21/1992. pág. 59.

tales situaciones¹⁹⁰ pues tales situaciones se han ido creando, como gráficamente se ha señalado, de forma aluvional¹⁹¹.

La relación de las situaciones que puedan dar lugar al disfrute de prestaciones de Seguridad Social al ser consideradas como asimiladas al alta se ha dividido doctrinalmente entre situaciones asimiladas al alta de carácter monovalente, esto es, a efectos de alguna prestación en concreto¹⁹², y situaciones asimiladas de carácter mixto, al poder ser consideradas a los efectos de lucrar diferentes prestaciones, entre las cuales se encontraría la I. T.¹⁹³ es la siguiente:

--La situación de desempleo total mientras se perciba prestación de nivel contributivo incluyendo el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas y no disfrutadas antes de la finalización del contrato.

Las combinaciones posibles entre las situaciones de I.T. y desempleo están reguladas en el artículo 283 T.R.L.G.S.S/2015¹⁹⁴.

--La excedencia forzosa por designación para cargo o empleo público está reconocida en el artículo 46.1 T.R.E.T/2015. Dado que la encomienda del desempeño de cargo público conlleva la presentación del alta por el órgano de que se trate, si se produce una situación de I.T. del trabajador en excedencia, éste se bonificará de las prestaciones en su nuevo puesto, y si no reuniese en el mismo los requisitos precisos fundamentalmente el periodo de carencia), se tendrá en cuenta el período de trabajo desempeñado con anterioridad y en el que se encuentra en excedencia al objeto de completar aquéllos¹⁹⁵.

--La situación de excedencia por cuidado de hijos, que según el artículo 46.3 T.R.E.T./2015 conlleva la suspensión del contrato, sin percepción de salario, y con derecho a reserva de puesto de trabajo, permitiría al trabajador que, tras encontrarse en ella, se reincorporarse al trabajo y sin haber transcurrido seis meses, padeciera una enfermedad que le causara incapacidad laboral, percibir prestaciones de I.T. al considerarse como período cotizado al objeto de reunir el requisito de carencia

¹⁹⁰ Barrios Baudor, G. L.-Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema Español de Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona. 1997. pág. 90.

¹⁹¹ Blasco Lahoz, J. F; López Gandía, J y Momparler Carrasco, M.A.-Curso de Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia 1995. págs. 119 y ss.

¹⁹² Asistencia sanitaria, Desempleo e Incapacidad Permanente.

¹⁹³ Barrios Baudor, G.L.- Las situaciones asimiladas al alta...óp. cit.págs.355 y ss.

¹⁹⁴ Ver Capítulo Cuarto.

¹⁹⁵ Pero la situación de asimilación al alta no significa que pueda lucrar dos prestaciones de I.T.

exigido¹⁹⁶.

--El supuesto de traslado del trabajador fuera del territorio nacional, de producirse una situación de I.T, en este caso tanto derivada de contingencias comunes como profesionales, permiten al trabajador beneficiarse de las prestaciones de I.T., por continuar la afiliación del mismo en empresa nacional y por consiguiente, mantenerse una relación laboral única; de tratarse de una empresa no española pero de la Unión Europea que contrate para el extranjero, nacerá el derecho en base al principio de exportabilidad de prestaciones¹⁹⁷ al sumarse en su caso los períodos de trabajo necesarios para cubrir el período de carencia establecido.

--En los supuestos de inactividad entre trabajos de temporada, producida una situación de I.T., en este caso solamente por contingencias comunes dado que no existe prestación de servicios y por lo tanto no cabe en principio la producción de contingencias profesionales, el trabajador podría percibir la prestación de I.T., teniendo en cuenta en primer lugar la necesidad de cobertura del período de carencia y en segundo lugar, la coordinación con la posible situación de desempleo, en cuyo caso habría que atender al precitado artículo 283 T.R.L.G.S.S/2015.

--Por lo que se refiere a la suscripción de Convenio especial con la Seguridad Social, habría que distinguir los supuestos y los trabajadores que pueden suscribirlo de acuerdo con lo establecido en la Orden TAS 2865/2003. Su suscripción prevé explícitamente el disfrute de prestaciones de I.T. en el caso de los trabajadores que cesen en la prestación de servicios o actividades; esto es, que hayan trabajado en régimen de pluriempleo o pluriactividad y firmen el Convenio para mantener las bases de cotización precisamente a efectos de prestaciones¹⁹⁸. A ellos habría que sumar los Convenios especiales a favor

¹⁹⁶ Las prestaciones de I.T. se derivarían en todo caso de contingencias comunes, a los efectos de reunir el período de cotización de 180 días, por considerarse la excedencia como prestación familiar contributiva, al efecto de reunir el período de ocupación cotizada, de acuerdo con el R.D.1335/2005. Si con la reincorporación se produjese un accidente de trabajo, no exigiría período de carencia.

¹⁹⁷ Capítulo Décimo.

¹⁹⁸ En el mismo caso se encuentran los trabajadores a tiempo parcial y no estén percibiendo la prestación por desempleo, que suscriban el Convenio para llegar a la base mínima de cotización o a la base de cotización por la que hubiera cotizado en los doce meses anteriores al inicio del trabajo a tiempo parcial Igualmente, con el objeto de mantener la base de cotización, el Convenio especial firmado por los trabajadores por cuenta ajena o asimilados que conforme a los apartados 5 y 4.bis del artículo 37 de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, o a la legislación específica que regule su prestación de servicios y en razón del cuidado directo de un menor de doce años, de un minusválido físico, psíquico o sensorial, o de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o

de Diputados y Senadores de las Cortes Generales; a favor de los miembros de los Gobiernos y Parlamentos de las Comunidades Autónomas; a favor de los españoles que ostenten la condición de Diputados al Parlamento Europeo; a favor de los trabajadores que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales¹⁹⁹.

Circunstancias distintas constituyen la huelga y el cierre patronal. Según los artículos 6.2 y 12.2 del Real Decreto-ley 17/1977 constituyen supuestos de suspensión del contrato de trabajo, posteriormente recogidas en las letras l) y m) respectivamente, del artículo 45.1 T.R.E.T./2015. Como consecuencia de ellas, el trabajador permanecerá en situación de alta especial en la Seguridad Social (artículo 6.3 R.D.-ley 17/1977 y 144.5 T.R.L.G.S.S/2015), con suspensión de la obligación de cotizar tanto por parte del empresario como del propio trabajador (artículos 6.3 párrafo primero del R.D.-ley 17/1977 y 106.5 T.R.L.G.S.S/1994).

Desde una perspectiva estrictamente formal, para que los trabajadores huelguistas se encuentren a todos los efectos en la situación de alta especial prevista en el nº 6 del artículo 144.5 T.R.L.G.S.S./2015, el empresario deberá cursar la baja oficial de la relación ordinaria y el alta especial con arreglo al procedimiento y plazos²⁰⁰ establecidos en el R.D. 84/1996; esto es, en el modelo TA/2, dentro del plazo de los seis días naturales siguientes al inicio de la situación de alta especial e individualmente para cada trabajador²⁰¹. Con relación a la I.T., tanto el art.6.3 *in fine* Real Decreto-ley 17/1977 como el art.173.3 T.R.L.G.S.S./2015, manifiestan expresamente que el

enfermedad no pueda valerse por sí mismo, o en los casos de nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, reduzcan su jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario. Este Convenio les permitirá percibir la prestación de I.T. en función de la suma de las bases por la que hayan cotizado en su relación laboral y el Convenio.

¹⁹⁹ Los Convenios especiales actualmente se encuentran regulados por la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre (B.O.E 18 de octubre).

²⁰⁰ Artículo 102 T.R.L.G.S.S./1994 desarrollado por el R.D. 84/1996. El procedimiento será el ordinario previsto en los artículos 32,33 y 35 de este Reglamento al limitarse el número 6 de este último artículo a expresar que: "...Las situaciones de alta especial de huelga, cierre patronal y demás que puedan determinarse surtirán los efectos que fije la norma que las hubiere establecido y las que la complementen y desarrollen...".

²⁰¹ Sin perjuicio de la posibilidad de formalización por medios o procedimientos informáticos o telemáticos ex artículo 38.1 del R.D. 84/1996, en las condiciones que fije la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad Social. Actualmente se regula por Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo (B.O.E. 28-3).

trabajador no tiene derecho a la prestación económica por I.T. Esta afirmación nos obliga, en primer lugar, a distinguir dos situaciones, que son las siguientes.

La primera de ellas es la del trabajador que tras iniciarse una huelga--a la que se ha adherido-- cae en situación de I.T. derivada de enfermedad común o accidente no laboral. A tal efecto, el artículo 2 de la O.M. de 30 de abril de 1977, que desarrolla lo previsto por el Real Decreto-ley 17/1977, establece, en consonancia con lo anteriormente visto, que el trabajador no lucrará la prestación económica de I.T. en tanto continúe en alta especial. Evidentemente mantendrá el derecho a recibir las prestaciones de asistencia sanitaria²⁰², puesto que no existe exclusión expresa de las mismas en la situación de alta especial, por lo que concurriendo tanto el hecho causante protegido-- artículo 99 T.R.L.G.S.S/1974-- como la consideración de beneficiario de la misma-- artículos 100 T.R.L.G.S.S/1974 y 165.1 T.R.L.G.S.S/2015-- tiene un derecho directo a recibir la asistencia sanitaria.

Si bien el tenor literal del mentado artículo 2 de la O.M. de 30 de abril de 1977 no alude a las situaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional producidas durante la huelga, por lo que el trabajador, sensu contrario, tendría derecho a recibir la prestación económica de I.T. derivada de estas situaciones, parece existir una contradicción " in terminis" entre las definiciones de ambas y la huelga, cabiendo tan solo pensar en la aparición, manifestación, posterior en el tiempo--y tras la declaración de huelga-- de las consecuencias de un accidente de trabajo o enfermedad profesional acaecidos o incubados, en su caso, con carácter previo al ejercicio del derecho de huelga ²⁰³, o de una recaída de los mismos. Pero, de otra parte, ni el artículo 6.3 del R.D.-ley 17/77 ni el artículo 131.3 T.R.L.G.S.S./1994 diferencian entre las causas productoras de la I.T. sino que lisa y llanamente exceptúan el derecho a la prestación económica durante las situaciones de huelga y cierre patronal. Sí existirá, obviamente, el derecho a la prestación económica durante la huelga para aquellos trabajadores para los que no existe suspensión del contrato de trabajo por ser encargados de servicios mínimos-- artículo 6.7 R.D.-ley 17/1977-- o por no haberse adherido a ella-- artículo 6.4 de la

²⁰² Núñez González, C.- "Los efectos de la huelga sobre la I.T." VV.AA. (AEDTSS). La Incapacidad...óp. cit. pág.359

²⁰³ García Blasco, J. El derecho de huelga en España: Calificación y efectos jurídicos. Ed. Bosch. Barcelona.1983. pág.365.

misma norma--. Es necesario, por fin y al respecto, señalar ²⁰⁴ que la situación de alta especial, desde la perspectiva del trabajador huelguista en I.T. está condicionada únicamente por su voluntad. Por consiguiente, si este manifiesta su voluntad de descolgarse de la huelga, se extinguirá como tal, la situación de alta especial y el trabajador lucraría la prestación económica de I.T. de producirse esta contingencia.

La segunda situación es la del trabajador que se encuentra en situación de I.T. cuando en la empresa a la que pertenece se inicia una huelga (o se decreta un cierre patronal). En este caso, el hecho de que la redacción de las normas regidoras de la situación-- artículo 6.3 punto y seguido R.D.-ley 17/1977 y 166.7 T.R.L.G.S.S/2015-- se refieran a la situación de huelga en sí (aplicable al cierre patronal) como " alta especial", suponen que el trabajador cuya I.T. se hubiera iniciado con anterioridad a ésta se encuentra en alta ordinaria por lo que mantendrá su derecho a recibir la prestación económica de I.T. independientemente de la causa originadora²⁰⁵. Con todo, cabría la posibilidad de interpretar que existe una adhesión del trabajador a la huelga²⁰⁶ cuando aquél, con amparo en el derecho fundamental a la libertad sindical, pudiera llevar a cabo actos materialmente huelguísticos, de forma que pudiera dar lugar a que el empresario, entendiera que ha existido tal adhesión, tramitando el alta especial del trabajador al igual que con el resto de los trabajadores en situación de huelga, con lo que no habría prestación económica de I.T. en régimen de pago delegado por parte del empresario. Lo que a su vez podría dar lugar a una doble vía de actuación del trabajador con reclamación de pago directo de prestaciones a la Entidad Gestora o Mutua Colaboradora, y demanda frente al empresa ante la jurisdicción social en solicitud de anulación del alta especial y paralelamente, del pago delegado de prestaciones económicas de I. T durante ese período. Se estaría, en todo caso, a un problema de prueba de las circunstancias y hechos concurrentes. Ello naturalmente con la matización ya apuntada de que, si la realización de las actividades de participación en la huelga constituye un impedimento o al menos un retraso en la curación del trabajador, supondría su actitud una ruptura de los deberes derivados de la buena fe contractual, en el caso del trabajador en I.T., como sabemos, su deber es aportar cuanto de su parte esté

²⁰⁴ Goerlich Preset, J. Los efectos de la huelga. Tirant lo Blanch. Valencia.1994.

²⁰⁵ Y por tanto, causa justa de despido. Mercader Uguina, R." Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad Social". Revista de Trabajo y Seguridad Social. Octubre/diciembre 1991.

²⁰⁶ Goerlich Preset, J. Los efectos de...óp. cit. págs. 18 y ss.

para lograr su restablecimiento²⁰⁷.

El objeto pretendido con la exclusión, como principio general, de las prestaciones económicas de I.T. durante el período de huelga, lo refleja la Resolución de 2 de marzo de 1980 de la Dirección General del I.N.S.S.²⁰⁸ al manifestar que se está buscando evitar que durante la huelga (o cierre patronal) se estén recibiendo cantidades económicas sustitutivas del salario del trabajador; de forma que en coherencia con esa explicación, al cesar la situación de huelga o cierre patronal, durante las que se suspendió la percepción del subsidio económico de I.T., el porcentaje que percibiría el trabajador que continuase en I.T. sería el correspondiente (60 o 75%) en función del tiempo transcurrido desde la fecha de la baja médica.

3.3. Período previo de cotización

Los números 2 y 4 del mismo artículo 165 T.R.L.G.S.S/2015 hacen referencia a la necesidad de cumplir períodos previos de cotización para lucrar prestaciones, de los cuales eximen aquellas derivadas de la producción de un accidente, sea laboral o no, y de una enfermedad profesional, de manera que limitan a la enfermedad común la necesidad de reunir un período previo de cotización.

Para la I.T este período previo de carencia se señala en el artículo 172.1 del T.R.L.G.S.S/2015, lo que constituye la condición específica de la contingencia protegida de I. T. para tener derecho a las prestaciones económicas derivadas de contingencias comunes: el beneficiario ha de reunir un período de cotización previo a la producción de la I.T derivada de enfermedad común de 180 días dentro de un período de 5 años inmediatamente anteriores a la situación de I. T. Este período de carencia no afecta a las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la contingencia protegida de I. T al venir reconocidas, como se ha indicado, automáticamente con la afiliación y/o

²⁰⁷ Sentencia del T.C.T. de 14 de noviembre de 1978. Sentencias del T.C. 332 y 333/1994 y 40/1995; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 9 de febrero de 2007. Recurso 3521/2006. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 18 de marzo de 1991. A.S. 1771/1991; de 9 de abril de 2010. Recurso 65/2010. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Navarra de 17 de julio de 2008. Recurso 168/2008. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Las Palmas) de 19 de diciembre de 2008. Recurso 705/2007. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J del País Vasco de 3 de abril de 2012. Recurso 733/2012.

²⁰⁸ Reproducida en Circular 51/80, de 22 de mayo. Catálogo de Resoluciones administrativas. INSS. Marzo 1994.

alta como trabajador por cuenta ajena.

A efectos de cubrir el período de carencia, con relación a los trabajadores contratados a tiempo parcial, el artículo 247 del T.R.L.G.S.S/2015 contiene una regla específica²⁰⁹ según la cual, para la acreditación de los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de I.T., en primer lugar (letra a) “se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período...” A este total, “...se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones...”.

Obtenidos el número de días de cotización a considerar, el artículo 247 T.R.L.G.S.S/2015 regula en su letra b) la determinación del coeficiente global de parcialidad, de forma que será “...este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la letra a) anterior, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador...”. De esta forma, en el caso del subsidio por I.T., “el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años...”. Así, el período mínimo exigido a los trabajadores a tiempo parcial para el acceso a la prestación económica de I.T. será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general (180 días para las contingencias comunes) el coeficiente global de parcialidad, teniendo en cuenta que cuando “... se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado—en el caso de la I.T. cinco años anteriores, --, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general

²⁰⁹ La redacción proviene de la Disposición Adicional Séptima del T.R.L.G.S.S/1994 en la redacción por el número 1 del artículo 5 de la Ley 1/2014

para la respectiva prestación...”.

Para completar el requisito del período de carencia, conviene recordar que la jurisprudencia²¹⁰ excluye de la consideración de la doctrina del paréntesis las prestaciones de I.T. tras un período de inexistencia de criterio uniforme, basándose en el lapso temporal relativamente reducido que se exige como período de carencia²¹¹, sino que se consideran las bases mínimas de cotización para mayores de 18 años²¹². Un tema diferente es el relativo a la consideración de los llamados “días-cuota” a efectos de inclusión en el período de carencia exigido; es decir, los correspondientes a las cotizaciones por pagas extraordinarias. Aunque los tribunales venían aceptando el criterio de tenerlos en consideración a efectos de reunir los períodos de cotización²¹³, la Ley 40/2007 suprimió su cómputo a efectos de pensión de jubilación, aunque no reguló su consideración a efectos de otras prestaciones ni por tanto con respecto a la I. T.

A través de dos sentencias de 20 de junio de 2002²¹⁴, el TS fijó la doctrina jurisprudencial en el sentido de no considerarse los días-cuota para el cálculo de las pensiones de jubilación, pero sí para las de incapacidad permanente. De este modo en

²¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 11 de marzo de 2002. Recurso 4703/2000; Sentencia de la Sala de lo Social (Pleno) del T.S. de 1 de octubre de 2002. Recurso 3666/2001 rectifica el criterio mantenido de aplicación de la consideración de las bases mínimas para los períodos de inexistencia de cotización por desempleo involuntario, declarando expresamente su aplicación para los supuestos de invalidez provisional y para las prórrogas del artículo 131. bis.2 del T.R.L.G.S.S./1994 como había mantenido la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 7 de febrero de 2000. Recurso 109/1999. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 5 de octubre de 2007. Recurso 3402/2006 relativa a una Incapacidad Permanente derivado de una situación de I.T. en desempleo.

²¹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 11 de marzo de 2002. Recurso 4703/2000. En el mismo sentido, Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia de 25 de abril de 2006. Recurso 421/2006; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía(Granada) de 31 de enero de 2007. Recurso 2557/2006; de 15 de junio de 2011. Recurso 919/2011. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Las Palmas) de 30 de noviembre de 2007. Recurso 1526/2005.

²¹² Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 4 de mayo de 2005. Recurso 10078/2004.

²¹³ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 20 de junio de 2002. R.J. 9897/2002 (con cita de la Sentencia de 10 de junio de 1974); Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 9 de enero de 1996. AS 840/1996; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 2 de junio de 1997. AS 2022/1997), aunque ninguna de ellas relativa a la I.T

²¹⁴ Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del T.S. de 28 de enero y 23 de setiembre de 2013 dictadas en los Recursos de Unificación de doctrina 814/2002 y 3093/2012 interpuestos por el Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad (artículo 219.3 L.R.J.S.).

la primera de ellas expresamente afirmó: "...Al exclusivo objeto de obtener la carencia para poder acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, sigue vigente la doctrina jurisprudencial sobre los denominados días-cuota por gratificaciones extraordinarias, de forma que a los mencionados efectos de cómputo carencial, el año no consta sólo de los 365 días naturales sino de éstos y de los días-cuota abonados por gratificaciones extraordinarias...". No obstante, en relación a la I.T. pudiera razonarse la no consideración de los días-cuota en cuenta en base a la misma razón esgrimida por la Jurisprudencia del T.S para la exclusión de la teoría del paréntesis respecto de esta contingencia; esto es, el lapso temporal relativamente reducido que supone la carencia exigida²¹⁵. De otra parte, si está reconocido el derecho al cómputo de los mismos días cotizados en un lapso temporal determinado para la obtención de distintas prestaciones²¹⁶ o para obtener prestaciones por I.T en procesos sucesivos²¹⁷.

Establecidas las diferencias entre las contingencias profesionales y las comunes, se ha apuntado la distinción, a su vez, dentro de estas últimas, entre la enfermedad común y el accidente laboral²¹⁸, en base a la regulación general del número 4 del artículo 165 T.R.L.G.S.S/2015 y, específicamente para la I.T. de la letra b) del artículo 172 del mismo cuerpo legal, que establecen el requisito de reunir un período previo de cotización de 180 días dentro de los 5 años anteriores para lucrar la prestación económica de I T.. solamente a la enfermedad común, equiparando el accidente no laboral a la enfermedad profesional y el accidente laboral. Distinción que, aunque ciertamente tiene repercusiones económicas²¹⁹ puesto que puede tener la consecuencia de no acceder al subsidio de I. T en caso de enfermedad común precisamente por no

²¹⁵ Jurisprudencia unificada en Sentencias de 7 de febrero de 2000 (Sala General). Recurso 109/1999; 1 de octubre de 2002. Recurso 1666/2001; 26 de febrero de 2003. Recurso 1958/2002. y 11 de octubre de 2004. Recurso 5086/2003, a las que habría que añadir las de 14 de junio de 2006. Recurso 4375/2004 y 21 de septiembre de 2006. Recurso 2183/2005.

²¹⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 14 de octubre de 2008. Recurso 2651/2007. Prestaciones de IT... y Desempleo. Sentencia de la Sala de lo social del T.S. de 5 de julio de 2007. Recurso 689/2006. IT en desempleo e Invalidez.

²¹⁷ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 31 de enero de 1992. R.J. 141/1992; de 10 de febrero de 1998. R.J. 1797/1998; de 8 de julio de 2009. Recurso 3536/2008.

²¹⁸ López Insúa, B. del Mar.- La Incapacidad temporal... óp. cit. pág. 72

²¹⁹ No habría abono de subsidio a cargo de la Entidad Gestora. *Ibidem*, pág. 73

reunir el período de carencia necesario, su trascendencia práctica²²⁰ no es muy importante por dos razones: en primer lugar, por la escasa extensión del período de carencia exigido, y en segundo, porque estamos hablando de enfermedad común que, a priori va a tener breve duración. Su fundamento, en nuestra opinión está más bien conectado con el origen de la protección legal a través del accidente de trabajo, al detectarse una sensibilidad social proclive a una mejor consideración de la producción, en general, de un suceso súbito, repentino, en principio no previsible, que es lo que viene a constituir un accidente (laboral o no), sobre el padecimiento de una enfermedad.

Este, por así decirlo, “espíritu” de consideración privilegiada para el accidente, se ve reflejado en la normativa de Seguridad Social, así como en la consideración menos rigurosa de los requisitos precisos para acceder a prestaciones del Sistema cuando el hecho causante es un accidente no laboral y no una enfermedad común. Eso no quiere decir que en paralelo con la posibilidad que el artículo 156 T.R.L.G.S.S/2015 en sus letras e), f) y g) contempla de que enfermedades no profesionales puedan tener la consideración de accidente laboral, como se ha visto, pueda tener un tratamiento similar la enfermedad común para llegar a ser considerada como accidente no laboral.²²¹ De esta manera, una enfermedad común pueda llegar a tener la consideración normativa de accidente de trabajo, pero no podrá ser considerada en ningún momento como accidente no laboral²²².

²²⁰ De hecho, no es sino hasta 2015 cuando en el sistema RED de la Seguridad Social se diferencia entre enfermedad común y accidente no laboral a la hora de remitir las notificaciones telemáticas de los partes de baja (en este caso por contingencias comunes). Ver Capítulo Sexto.

²²¹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 30 de abril de 2001. Recurso 2575/2000: “...Pero el criterio no puede extenderse a la distinción entre accidente no laboral y enfermedad común, que no responde a la finalidad de establecer una conexión entre la lesión corporal y el trabajo, sino a distinguir en términos que valoran la **previsión** entre lesiones debidas a acciones violentas de carácter súbito y externo y procesos que actúan de forma interna y por lo general a través de un progresivo deterioro del organismo. Reflexiones que confirma el propio art. 117, en su núm. 2, cuando establece que constituyen enfermedad común las "alteraciones de la salud" que no tengan la condición de accidentes de trabajo, conforme al art.115.2, en sus apartados e/, f/ y g/; es decir, se subraya la presencia en el citado art. 115 de enfermedades, según su letra, además entendida extensivamente por la jurisprudencia cuando se cuenta con un enlace, al menos legalmente presumido, con la actividad laboral...”

²²² Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “Las contingencias comunes en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social. Teoría general y recapitulación jurídico-crítica” en (VV. AA, Monereo Pérez J.L.(Director): Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

4.- Propuesta de definición de la incapacidad temporal

Definidos los hechos causantes de I. T, y los requisitos precisos para la protección de esta contingencia, las condiciones de afiliación y alta, así como el período de carencia previo en su caso, podemos identificar las notas caracterizadoras de la misma al efecto de elaborar una propuesta de definición. De esta manera, habría que decir en primer lugar que se encontrará en situación de I.T. solamente una persona que tenga la condición de trabajador; se encuentre temporal incapacitado para la prestación de servicios, y concurrir alguno de los acontecimientos que constituyen el hecho causante de dicha contingencia: accidente, sea o no laboral, y enfermedad común o profesional, de forma que no puede estar en tal circunstancia una persona que sea mero beneficiario del sistema de Seguridad Social²²³.

En segundo lugar, hay que insistir en que el hecho causante de la I.T. ha de venir reconocido por el facultativo correspondiente del organismo médico competente del sistema de la Seguridad Social, para determinar la efectividad de la producción de dicha situación²²⁴, ya sea de la Consejería competente de la Comunidad Autónoma de referencia, tras la transferencia de competencias en esta materia, ya sea del Instituto Nacional para la Gestión Sanitaria²²⁵, ya sea de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, ya sea, en fin, de la propia empresa que haya sido autorizada a colaborar en la gestión de esta contingencia en el Régimen General de la Seguridad Social²²⁶.

Estas notas nos permiten, a su vez, señalar los tres elementos propios de la situación de

Comares. Granada. 2008. Pág 21. Fernández Avilés, J.A: "Artículo 115. Concepto de accidente de trabajo". (VV. AA, Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (Directores) y Castro Argüelles, M^a A (coordinadora). Ley General de la Seguridad Social. La Ley. Madrid. 2009, pág.862.

²²³ Artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015.

²²⁴ Artículo 1 y concordantes del R.D. 625/2014.

²²⁵ En las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla

²²⁶ Artículos 68 T.R.L.G.S.S/1994; 61 y ss. del R.D. 1993/95, que aprueba el Reglamento de Colaboración de las Mutuas; O.M. de 16 de diciembre de 1987; 77 del T.R.L.G.S.S/1994 y O.M. de 25 de noviembre de 1966, sobre colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social.

I.T. en que se encuentra el trabajador²²⁷: ha de estar temporalmente impedido para el trabajo, debe estar necesitado de asistencia sanitaria por ello, y debe existir un reconocimiento oficial de ambas circunstancias.

En consecuencia, como se ha afirmado tanto por la doctrina científica²²⁸ como por la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia,²²⁹ la I.T. "...tiene autonomía y sustantividad propia y va dirigida a proteger patologías--incluso congénitas--que admiten curación a corto plazo, pero no para patologías definitivas e irreversibles...". Ambos elementos, inhabilitación temporal para la prestación de servicios y necesidad de recibir asistencia sanitaria, van recíprocamente unidos en la definición y caracterización de la I.T., de forma que no estaríamos ante esta situación cuando el trabajador precise recibir asistencia sanitaria pero esto no le suponga imposibilidad temporal de trabajar, continuando, por consiguiente en la prestación de servicios; ni tampoco cuando pese a estar sometido a tratamiento rehabilitador ó en observación

²²⁷ Para Pérez Alonso son suficientes los dos primeros. Cf. Pérez Alonso, M^a A., La Incapacidad Temporal, Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. pág. 18.

²²⁸ *Ibidem*. Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S.-Compendio de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 1991. Págs.229 y ss. Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L.- Instituciones de Seguridad Social. Civitas.Madrid.2000. págs. 259 y ss. Dueñas Herrero, L .J: "Contingencia y prestación de incapacidad temporal".(VV.AA). (Coordinador Blanco Marín, J.M). Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico. Lex Nova.Valladolid.2001. pág. 42González de la Aleja, R.-La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Bomarzo. Albacete.2005. Pág. 15 Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J y Momparler Carrasco, M^a.A. Curso de Seguridad Social .II Prestaciones.. Tirant lo Blanch.2008., págs.389 y ss. Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (Dirección y coordinación). Tratado Práctico de Seguridad Social. Vol II. Thomson Reuters. Madrid. 2013. pág. 746. Rodríguez Ramos, M^a J; Gorelli Hernández, J; Vílchez Porras, M.- Sistema de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 2000. págs., 284 y ss. La "alteración de la salud" que señala Tortuero Plaza como elemento, ha de entenderse preexistente a la necesidad de recibir asistencia sanitaria, precisamente para obtener la recuperación de la salud del trabajador. Cf. Tortuero Plaza, J.L.: "La Incapacidad Temporal: contingencias y situaciones protegidas". Tribunal Social nº 44-45/1994. pág.31.

²²⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 27 de marzo de 1991. R. R. Aranzadi social 2108/1991; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 6 de marzo de 1992. R. Aranzadi Social 1143/1992; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla- La Mancha de 21 de junio de 1994. R. Aranzadi Social 2773/1994; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Valladolid) de 30 de octubre de 2000. Recurso 1444/2000; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 12 de setiembre de 2001. Recurso 9179/2000; de la misma Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 18 de junio de 2009. Recurso 2728/2008; de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2012. Recurso 2889/2011; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 25 de marzo de 2011. Recurso 222/2011.

pueda continuar prestando servicios laborales²³⁰.

Tales notas, en fin, nos permiten trazar la distinción entre esta contingencia y la incapacidad permanente en sus grados legalmente fijados de parcial, total, absoluta y gran invalidez, en la tradicional concepción mantenida en vigor hasta que se produzca la regulación reglamentaria en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo a que se refiere el número 1 del artículo 194 T.R.L.G.S.S./2015; distinción basada en que la citada incapacidad permanente, situación en la que el trabajador se encuentra tras su alta médica, por presentar reducciones anatómicas o funcionales “... graves, susceptibles de determinación objetivamente y previsiblemente definitivas...”²³¹ que conllevan bien la desaparición de su capacidad laboral, bien su limitación en el grado que la norma reglamentaria a que alude el número 2 del artículo 194 T.R.L.G.S.S./2015, que, en definitiva, han de tratarse, como ya hemos señalado, incapacidades evidentemente sobrevenidas desde una aptitud o idoneidad inicial del trabajador para desempeñar sus funciones. También nos permitirán distinguir la I.T. de la incapacidad para trabajar por imposibilidad *ab initio*, esto es, la situación de una persona que por sus disminuciones ó discapacidades congénitas o surgidas antes de incorporarse al mercado laboral, está imposibilitada para iniciarse en cualquier tipo de trabajo. Ya hemos que la IT es propia en exclusiva de quien ha tenido y ejercido la condición de trabajador.

Debe acreditarse asimismo necesidad de asistencia sanitaria, lo cual presupone a su vez un control médico de la condición psicofísica de aquél a efectos de evitar situaciones fraudulentas²³² de permanencia indebida en situación de baja laboral durante la cual recibe atención facultativa y percibe el correspondiente subsidio. Se apunta así que, en definitiva y formalmente, con los partes de baja, confirmación y finalmente de alta, se probará "...no sólo el hecho de estar incapacitado para trabajar sino también la

²³⁰ Sentencias de los TT.SS.JJ. de Cantabria de 6 de febrero de 1991 (R Aranzadi social 1184); de Madrid, de 5 de mayo de 1992 R. Aranzadi social 962; de Castilla-León (Valladolid), de 18 de enero de 1994 y de Murcia, de 13 de setiembre de 1991 R. Aranzadi 5104; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de junio de 2010. Recurso 255/2010; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 6 de mayo de 2011. Recurso 1596/2011; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de 10 de enero de 2012. Recurso 2897/2011; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 20 de febrero de 2012. Recurso 1542/2009.

²³¹ Artículo 136 T.R.L.G. S.S./1994.

²³² De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A. Derecho de la Seguridad Social. óp. cit. pág.48.

involuntariedad del caso, su temporalidad y el hecho de estar recibiendo asistencia sanitaria por la Seguridad Social..."²³³.

La combinación del concepto legal actualmente vigente de la I.T.²³⁴ que contiene el artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015 con el diseño de los elementos configuradores de la contingencia protegida, nos sirve de apoyo para concretar, por nuestra parte²³⁵, una definición de la I.T. comprensiva de ambos factores, en un intento de superación de la

²³³ Dueñas Herrero, L.J. "La contingencia de...". dentro de la obra La Incapacidad...óp. cit. pág. 48.

²³⁴ Que como se ha indicado, sigue la línea iniciada por la L.G.S.S/1966, caracterizándose por su carácter descriptivo.

²³⁵ Por la doctrina científica se han formulado definiciones de la I.T. Así, (está en situación de I. T) "el individuo que debido a un estado de alteración de la salud se ve imposibilitado para desarrollar su actividad laboral, si bien dicha imposibilidad no tiene, al menos presumiblemente, carácter definitivo...". Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S. Compendio de Seguridad Social...óp. cit. pág. 229. "...Situación del trabajador que, como consecuencia de una alteración de la salud, ve disminuida su capacidad de ganancia...". De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A. Manual de Seguridad Social. Aranzadi Pamplona. 1979.Pág. 484. "...Situación de infortunio por la pérdida de ingresos laborales a consecuencia de una pérdida de aptitud para el trabajo, por causas personales, patológicas, sobrevenidas, cuya situación es involuntaria y limitada en el tiempo...". Ordeig Fos. J.M. El sistema español de Seguridad Social. Edersa. Madrid.1993. pág. 305. "...Cualquier alteración causada en la salud que provoque la interrupción de la aptitud para el trabajo específico, esto es, para el trabajo en el que el asegurado se encontraba ocupado en el momento del accidente, sin que tenga importancia alguna la eventual subsistencia de una genérica capacidad para el trabajo del sujeto...". Venturi, A. Los fundamentos científicos de la Seguridad Social. (traducción de Tudela Cambroner, G. Ministerio de Trabajo. Madrid. 1997.pág. 137. "Situación en que se encuentra el trabajador mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo". Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. Instituciones de Seguridad...óp. cit. pág. 259. "El trabajador está en situación de incapacidad temporal cuando a consecuencia de una alteración de la salud no puede desarrollar la prestación laboral y percibe la prestación de asistencia sanitaria, si bien dicha imposibilidad de trabajar es meramente transitoria" Rodríguez Ramos, M^a J.; Gorelli Hernández, J y Vílchez Porras, M..Sistema de Seguridad Social...óp. cit. pág. 284. "...La incapacidad temporal es la situación de alteración de la salud del trabajador, cualquiera que sea su causa, por la que recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social y le impide temporalmente el desempeño de su trabajo durante los días máximos delimitados por la Ley..."Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J. y Momparler Carrasco, M^a A. Curso de Seguridad Social. óp. cit. pág.412. "El trabajador estará en situación de incapacidad temporal cuando padezca una alteración de la salud originada por cualquier causa, por la que requiera asistencia sanitaria de la Seguridad Social, siempre que esta alteración de la salud le incapacite temporalmente para el desempeño de su trabajo y entrañe la pérdida temporal del salario...". Fernández Prats, C. La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. pág.33. "La incapacidad temporal es una situación de incapacidad para trabajar causada por accidente o enfermedad, que requiere asistencia y que se supone transitoria o de corta duración". Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (Dirección y coordinación). Tratado Práctico de la Seguridad Social. Vol. II. Thomson Reuters.2013. pág. 746.

repetida noción legal de la I.T. formalmente enumerativa de sus causas productoras²³⁶. En este sentido, hemos de tener en cuenta que esta enunciación ha de comprender tanto las que son consideradas situaciones determinantes de la existencia de la I.T., como las tres características apuntadas como propias de la contingencia protegida; esto es, la necesidad de recibir asistencia sanitaria en términos generales, unida a la imposibilidad pasajera de prestar rendimiento laboral, con una declaración oficial de ambas.

De este modo, podemos definir la I.T. como aquella situación protegida y reconocida formalmente en la que se encuentra el trabajador mientras persisten su indisponibilidad eventual (real o presunta, como sucede durante el periodo de observación por eventual enfermedad profesional) para la prestación de servicios laborales y la necesidad de recibir asistencia sanitaria, hasta la declaración oficial de recuperación de la capacidad de trabajar o, en su caso, de extinción (pérdida) de la misma. Esta definición, en

²³⁶ La doctrina de los tribunales también ha ensayado conceptos generales de la I.T. Así, las Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Málaga) de 25 de marzo de 1991.R. 2269 y 31 de mayo de 1991. R. 3142 definen la I. T como; "...situación de necesidad consistente en padecer una incapacidad para el ejercicio de la actividad lucrativa que se viniera desempeñando, originada por enfermedad común, accidente laboral o no laboral, enfermedad profesional, que coincida con la percepción de Seguridad Social y siempre que la incapacidad no tenga carácter permanente, ni exceda del límite temporal que se determina,...".La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Las Palmas) de 20 de marzo de 1998. Recurso 1239/1997 establece que la I T se configura por: "...la imposibilidad de ganancias por. Defecto de ingresos debido a la incapacidad patológica y sobrevenida para trabajar...". La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 16 de marzo de 2009. Recurso 1867/2006 afirma: "...se define por la concurrencia de tres requisitos, que son la necesidad de asistencia sanitaria («baja médica»), el impedimento o incapacidad para el trabajo, y la duración limitada de tal situación de incapacitación con baja médica; 2) el requisito de duración limitada de la situación de I T. se concreta en una duración máxima inicial de doce meses; 3) cabe una prórroga de la duración máxima inicial de doce meses de la I T. por seis meses más, cuando exista un pronóstico razonable de que en el transcurso de dicho período de prórroga el trabajador puede «ser dado de alta médica por curación»; y 4) este eventual período de prórroga por pronóstico de curación se equipara a todos los efectos al período de la duración máxima inicial de la I T....".La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada) de 16 de enero de 2008. Recurso 1870/2007 afirma escuetamente:" (dicho precepto) define la incapacidad temporal como la situación del trabajador mientras reciba asistencia sanitaria y esté incapacitado para el trabajo." La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 21 de febrero de 2012. Recurso 769/2011 establece: "...La situación de infortunio o riesgo a la que la ley decide dar protección, definiéndola como incapacidad temporal consiste en una alteración de la salud que, además de poder precisar una atención médica y farmacéutica que origine un exceso de gastos, puede ocasionar también la incapacidad temporal de trabajar. Pero, conforme al artículo 128.1 a) de la LGSS para el reconocimiento del derecho a obtener un subsidio que cubra el defecto de ingresos producido por la baja temporal en el trabajo es necesario, en primer lugar, que la alteración de la salud sea debida a "*enfermedad común o profesional y accidente*".

cualquier caso, reviste unos perfiles generales que habrá que concretar para cada particular situación, atendiendo a lo dispuesto en los arts.165, 167, 169, 172, 173, 174 y 175 del T.R.L.G.S.S/2015. También habrá que tener a la vista las reglas aún subsistentes sobre asistencia sanitaria en el art.100 del T.R.L.G.S.S/1974, así como las normas reglamentarias reguladoras de las prestaciones establecidas en el sistema de Seguridad Social (en especial, la OM de 13 de octubre de 1967, aún vigente).

CAPÍTULO TERCERO

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA ACCIÓN PROTECTORA: ASISTENCIA SANITARIA Y SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

1.- Prestaciones de asistencia sanitaria

Según las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social, los trabajadores en situación de incapacidad temporal tienen derecho a dos prestaciones básicas: a recibir asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común ó profesional y de accidente, sea ó no de trabajo, y a percibir la prestación económica correspondiente (bien en virtud de la aplicación del principio de automaticidad de prestaciones, bien por reunir los requisitos de afiliación y cotización), que con frecuencia es conocida e identificada con el nombre de “subsidio”.

Como ya hemos indicado, el reconocimiento de la necesidad de recibir asistencia sanitaria es uno de los elementos identificativos de la I. T a tenor de lo regulado en el artículo 169.1 a) T.R.L.G.S.S/2015. En virtud de interpretación sensu contrario de la Disposición derogatoria única del Real Decreto legislativo 1/1994 y del propio T.R.L.G.S.S/2015, la prestación de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social continúa regulada por el Capítulo IV del Título II, artículos 98 a 125 del T.R.L.G.S.S/1974, aunque a estas previsiones tradicionales hay que añadir en la actualidad todo el conglomerado normativo que da desarrollo legal al derecho a la salud reconocido en el art.43 CE.

Según las previsiones del artículo 98 LSS/1966, la asistencia sanitaria "...tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios (del Régimen General) así como su aptitud para el trabajo...". Añade el número 2 que "...proporcionará también los servicios convenientes para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los trabajadores...". Hemos de tener en cuenta que estamos hablando de unas prestaciones otorgadas en función de la condición de asegurado²³⁷ del trabajador por su

²³⁷ Blasco Lahoz, J.F.- Las prestaciones sanitarias, tras sus últimas reformas, Bomarzo, 2013

prestación de servicios, esto es, en ese sentido específico puesto que de acuerdo con el artículo 43 CE se reconoce el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud, ordenado una serie de normas para su desarrollo²³⁸, de forma que se haga efectivo el derecho. Concretamente la situación de asegurado a efectos de asistencia sanitaria deriva de la condición de ser trabajador por cuenta ajena, afiliado a la Seguridad social y en situación de alta o asimilada como recoge el artículo 2.1 a) del R.D. 1192/2012 en desarrollo del artículo 3.2 de la Ley 16/2003.

La asistencia sanitaria, cuya finalidad está claramente definida, puede ser prestada por medios públicos, a través del Sistema Nacional de Salud²³⁹, o por medios privados, por una técnica de colaboración en la gestión llevada a cabo por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social²⁴⁰ y las empresas que voluntariamente se acojan a ella, reuniendo las condiciones legalmente exigibles²⁴¹. Es necesario destacar ante todo que la dispensación de la prestación médico-farmacéutica se realiza con la misma extensión

²³⁸ Borrajo Dacruz, E. "El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social". Revista de Seguridad Social 8/1980.

²³⁹ Las prestaciones médicas--artículo 103 T.R.L.G.S.S./1974--comprenden los Servicios de Medicina General, especialidades, internamiento quirúrgico y medicina de urgencia, así como los de tratamiento y estancia en Centros y Establecimientos sanitarios. Su desarrollo reglamentario actual se encuentra en el R.D.1030/2006, de 15 de setiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, cuyo objetivo expresado en el artículo 1 es establecer el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

²⁴⁰ A tenor de los artículos 80 y siguientes del T.R.L.G.S.S./2015, a través de sus propios servicios sanitarios y recuperadores, recogidos en el artículo 12 del R.D. 1993/1993.

²⁴¹ En virtud de lo regulado por el artículo 102 T.R.L.G.S.S./2015, pueden colaborar en la gestión de la Seguridad Social con respecto a su propio personal, si bien de forma diferente en función del carácter de la contingencia causante. Consiste en asumir la colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria y de la I.T. con derecho a percibir por ello una participación en la fracción de cuota correspondiente a tales situaciones y contingencias que se determinará por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Esta colaboración voluntaria está desarrollada por el Capítulo II de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, artículos 4 a 6 con respecto a las contingencias profesionales; 7 a 11 en relación a las contingencias comunes, y conteniendo la Sección 3ª, artículos 12 a 15 unas normas comunes. La colaboración voluntaria por parte de las empresas en esta materia de asistencia sanitaria--artículo 12 de la O.M de 25 de noviembre de 1966--deberá prestarse, al menos, con la extensión y en la cuantía establecidas reglamentariamente con carácter general para las respectivas situaciones y contingencias, y serán realizadas--artículo 13--en coordinación con los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social--a)--,estarán sometidas a la inspección de los indicados servicios--(b)-- y se ajustará las instrucciones generales y, en su caso, particulares que se establezcan para regular su prestación. Se estudia en el Capítulo V.

y alcance que el recibido por un ciudadano corriente puesto que en virtud de lo prevenido en la Ley 16/2003 y en el R.D. 1192/2012, se desarrollan el carácter público y universal de la prestación de los servicios sanitarios a través del sistema público de Salud. Es decir, el trabajador por cuenta ajena no va a recibir una atención sanitaria diferente por su condición de tal a través del sistema sanitario. Cosa diferente es que precisamente por su condición de trabajador, la efectividad de la asistencia sanitaria se lleva a cabo a través de los medios propios de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social o de las empresas autorizadas, en virtud del desempeño de su función de colaboración en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de acuerdo con el R.D. 1993/1995 y la O.M. de 25 de noviembre de 1966.

Con respecto a las contingencias comunes, si la empresa ha concertado el control de la gestión de las situaciones de I.T. por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social en virtud de lo establecido en el artículo 69 del R.D. 1993/1995, la asistencia sanitaria es prestada a través de los medios públicos del sistema de salud, encontrándose pues los trabajadores en la situación de asegurado del sistema de la Seguridad Social en función de lo establecido en la Ley 16/2003 y en el R.D. 1192/2012 pero sin ninguna peculiaridad, diferencia o digamos, preferencia con respecto a la atención a recibir respecto del resto de los asegurados o beneficiarios no trabajadores. Es decir, en la atención de las contingencias comunes a través del sistema público de salud no existe una atención específica o especializada para los trabajadores, a diferencia de lo que sucede con la prestada a través de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en el caso de las contingencias profesionales²⁴².

Actualmente se da una imposibilidad práctica de asunción por parte del sistema público de salud de una atención no ya específica para los trabajadores sino al menos priorizada con relación a resto de usuarios ordinarios del sistema que, de otra parte, no ha sido planteada como medida a aplicar para la atención del fenómeno absentista²⁴³. Tampoco parece realista plantear la derivación de la atención sanitaria de las contingencias comunes a través de las Mutuas colaboradoras, en paralelo con la cobertura de las

²⁴² Con lo que ello supone de tiempo empleado en las consultas para médicos de familia; las listas de espera para la atención especializada y quirúrgica hospitalaria...y demás defectos del sistema en la atención sanitaria.

²⁴³ Nunca ha aparecido una medida similar, por ejemplo, en los Acuerdos Nacionales firmados hasta la fecha.

contingencias profesionales, y de hecho tampoco las Mutuas colaboradoras han llevado a cabo este planteamiento ante la Administración Pública. No obstante, la mayor concienciación del control del absentismo ha llevado al reconocimiento a las Mutuas colaboradoras, a través del artículo 82 T.R.L.G.S.S/2015²⁴⁴, de las siguientes facultades:

a) realizar por su cuenta las pruebas que faciliten el diagnóstico, a instancia suya o en cuya lista de espera estuviera incluido un trabajador de una empresa que hubiera concertada la gestión de la I.T. por contingencias comunes, incorporando los resultados a la historia clínica y poniéndolos a disposición del facultativo del Servicio Público de Salud que atienda al trabajador.

b) celebrar Convenios con las Entidades Gestoras para la realización en los centros asistenciales que gestionan y subsidiariamente con centros asistenciales privados, de pruebas, reconocimientos médicos, informes y tratamientos incluso quirúrgicos que aquellas les soliciten, para lo que se fijarán las correspondientes compensaciones económicas.

c) celebrar acuerdos de colaboración con los Servicios Públicos de Salud con el objetivo de mejorar la eficacia en la gestión y el control de la I.T. pudiendo trasladar el coste de las pruebas, reconocimientos, informes e intervenciones precitadas al sistema público de salud una vez comprobada la utilidad de la realización de aquéllas , teniendo estos derechos de créditos a favor de las Mutuas colaboradoras el carácter de recursos públicos de Seguridad Social a los que es de aplicación del artículo 84.2 T.R.L.G.S.S./2015.

Por lo que se refiere concretamente a la prestación farmacéutica, será gratuita en los tratamientos que se realicen en las instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social--artículo 107 T.R.L.G.S.S/1974-- así como en los procesos que tengan su origen en accidentes de trabajo o enfermedad profesional, mientras que respecto a la asistencia ambulatoria existe una participación del asegurado, de acuerdo con lo prevenido por la

²⁴⁴ Este artículo recoge la modificación de la Disposición Adicional Undécima del T.R.L.G.S.S. /1994 introducida por la Ley 35/2014).

Ley 29/2006²⁴⁵ establecida en función de los ingresos que perciba²⁴⁶.

Otra diferencia en la atención sanitaria existe atendiendo al origen del hecho causante que da origen a su necesidad, entre la prestada a consecuencia de una contingencia profesional y la dispensada por un motivo derivado de una contingencia común. Esta distinción se produce en orden a la financiación de tales servicios médico-farmacéuticos puesto que las prestaciones sanitarias derivadas de los primeros tienen carácter contributivo de acuerdo con el artículo 109.3 a) T.R.L.G.S.S/2015, esto es su cobertura se realiza mediante las cotizaciones sociales; los segundos, de acuerdo con la letra b) del mismo número y artículo, tienen naturaleza no contributiva por lo que su financiación se lleva a cabo a través de la imposición general.

2.- La prestación económica de incapacidad temporal

El subsidio económico de IT es una prestación contributiva de la Seguridad Social, como determina el artículo 109.3 a) del T.R.L.G.S.S/2015, de forma que su financiación deviene principal y fundamentalmente de las cuotas de las personas obligadas, según la letra b) del número 1 del mismo artículo. Para estudiar la prestación económica de IT

²⁴⁵ Viene a modificar la participación establecida por la Ley 25/1990, desarrollada respectivamente por el R.D. 83/1993, de 22 de enero y la O.M. de 6 de abril de 1983 (B.O.E. de 13-4), por lo que se regula la selección de medicamentos a efectos de su financiación.

²⁴⁶ Esta participación viene establecida por el artículo 94. bis 5 y 6 de la precitada ley con la modificación introducida por el Real Decreto-ley 16/2012; el primero de los apartados se refiere a la aportación ordinaria del usuario en el siguiente sentido:

Con carácter general, el porcentaje de aportación del usuario será:

- a) Un 60 % del PVP para los usuarios y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
- b) Un 50 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios cuya renta sea igual o superior a 18.000 euros e inferior a 100.000 euros consignada en la casilla de base liquidable general y del ahorro de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- c) Un 40 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en los apartados a) o b) anteriores.
- d) Un 10 % del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios, con excepción de las personas incluidas en el apartado a).

El segundo, número 6 del indicado artículo 94. bis establece, en fin, la participación de los pensionistas.

vamos a partir del conocido esquema de aplicar un tipo sobre la base reguladora para la obtención de la cuantía concreta del subsidio económico (base x tipo = cuota), en el cual, la base sería la base reguladora de la prestación; el tipo, o por mejor decir, los tipos serán el 60 y 75 por ciento respectivamente en función de las contingencias origen de la I. T y el tiempo de extensión de la misma, y la cuota sería el subsidio a percibir. En el caso de esta prestación económica del Régimen General de la Seguridad social existe además una directa vinculación entre la determinación de la base de cotización del mes anterior a la producción de la baja que inicia la contingencia protegida de I. T., cuya regulación se encuentra en el artículo 147 del T.R.L.G.S.S/2015, y la fijación de lo que constituirá la base reguladora del subsidio económico de I. T. Por ello es necesario, en primer lugar, estudiar cómo se calcula aquélla base de cotización a la Seguridad Social que constituirá, con respecto al mes anterior al que se produce la situación de I. T, el fundamento de la base reguladora de la prestación económica.

2.1. El cálculo de la base de cotización como presupuesto de fijación de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal

La base de cotización viene descriptivamente definida por el artículo 148 T.R.L.G.S.S/2015, que sigue el modelo del artículo 109 T.R.L.G.S./1994, cuya última redacción vino dada por la Disposición final tercera del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre²⁴⁷. De este modo la base de cotización para todas las contingencias del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie. Y a continuación añade que las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año.

²⁴⁷ Publicado en el B.O.E. de 21 de diciembre y con efectos a partir del 22 de diciembre. Por medio de la Resolución de 23 de enero de 2014 de la Tesorería General de la Seguridad Social (B.O.E. 31 de enero) se autorizó plazo de ingreso de la cotización a los nuevos conceptos e importes computables en la base de cotización del Régimen General hasta el 31 de mayo de 2014. Para un exhaustivo análisis de la determinación de la base de cotización a la Seguridad Social, ver Sempere Navarro, A.V., “La base de cotización tras el R.D. 637/2014”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo 168. Setiembre 2014, págs. 13-32.

La primera cuestión que se plantea con la definición se refiere a la consideración o no de mensual de la retribución correspondiente a complementos (incentivos, comisiones o participación en ventas, etc.) que sean variables en su cuantía a los que tenga derecho el trabajador. En principio parece que tales ingresos, aunque se perciban en un mes concreto, al depender de las circunstancias en que se desarrolla el desempeño profesional del trabajador (correspondiendo, por ejemplo, a comisiones anuales, trimestrales...) deberían ser objeto de prorrateo a lo largo de los doce meses del año (o período temporal correspondiente)²⁴⁸. Con una salvedad que apuntamos: que tales percepciones se liquiden mensualmente y por consiguiente constituyan una retribución de carácter mensual, variable y periódica que deba ser considerada como salario mensual a efectos de cotización. De esta forma, constituirá un elemento de la base reguladora de la prestación de I. T si se ha devengado en el mes anterior a producirse la situación de IT.

El número 2 del artículo 148 excluye las percepciones que señala a efectos de cotización (“únicamente—dice—no se computarán...”) los siguientes conceptos:

- a) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.
- b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas.
- c) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos.

²⁴⁸ Así opina López Insúa, B del M., La Incapacidad Temporal en el sistema de Seguridad Social, Comares, Granada, 2014. pág.138.

Con respecto a las indemnizaciones, distingue las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones, que estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable. Y las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Al respecto de la consideración de la exención, continúa diciendo el párrafo tercero de la letra c) que cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Para finalizar la referencia a las indemnizaciones, establece que “...sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado texto refundido, siempre que en ambos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente...”.

d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por éstas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.

e) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El desarrollo reglamentario aludido por ese último párrafo se encuentra en el R.D 2064/1995, Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad social, concretamente por su artículo 23 dándole su actual redacción el R.D. 637/2014, de forma que se incluyen en la base de cotización la "...remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena...". A este respecto, el Reglamento contiene en el artículo 23.1 una relación de ingresos de posible percepción por los trabajadores a efectos de inclusión en la base de cotización a la Seguridad social, comenzando por la retribución en especie, remitiendo su valoración a la normativa específica (Planes y Fondos de Pensiones) como a específicamente tributaria (Leyes de I.R.P.F., Sociedades y Patrimonio), de acuerdo con lo señalado por el artículo 147 T.R.L.G.S.S/2015, así como a la consideración en la indicada base de los conceptos excluidos por su número 2 pero que excedan de las cuantías que se señalan o se remiten a las referidas regulaciones específicas.

De este modo, con respecto a la retribución en especie, especifica que "constituyen percepciones en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda...2 (párrafo segundo de la letra B), concretando que "...cuando el empresario entregue al trabajador importes en metálico, vales o cheques de cualquier tipo para que éste adquiera bienes, derechos o servicios, la percepción económica y el importe del vale o cheque recibido por el trabajador se valorarán por la totalidad de su importe..." (letra a); con respecto a acciones y participaciones entregadas por el empresario". También se valorarán por la totalidad de su importe: las acciones o participaciones entregadas por los empresarios a sus trabajadores que se valorarán en el momento en que se acuerda su concesión de conformidad con lo establecido en los artículos 15 y 16 de la Ley 19/1991, del Impuesto sobre el Patrimonio²⁴⁹; las primas o cuotas satisfechas por los empresarios a entidades

²⁴⁹ El artículo 15 regula la valoración de acciones y participaciones en sociedades, de forma que distingue entre: a) valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, negociados en mercados organizados, para cuya valoración, salvo las correspondientes a Instituciones de Inversión Colectiva, se computarán según su valor de negociación media del cuarto trimestre de cada año. A estos efectos, el Ministerio de Economía y Hacienda publicará anualmente la relación de los valores que se negocien en mercados organizados, con su

aseguradoras para la cobertura de sus trabajadores; las contribuciones satisfechas a planes de pensiones en el marco del texto refundido de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2002, y su normativa de desarrollo, y las mejoras de las prestaciones de Seguridad Social concedidas por las empresas, a excepción de las previstas en el apartado 2.C) de este artículo...”.

También se fija la vía para la valoración de otras prestaciones en especie de manera que “...con carácter general, la valoración de las percepciones en especie satisfechas por los empresarios vendrá determinada por el coste medio que suponga para los mismos la entrega del bien, derecho o servicio objeto de percepción, entendiendo este coste medio como el resultado de dividir los costes totales que suponga para la empresa la entrega de un bien, derecho o servicio directamente imputables a dicha retribución entre el número de perceptores potenciales de dicho bien, derecho o servicio...”.

cotización media correspondiente al cuarto trimestre del año. b) Cuando se trate de suscripción de nuevas acciones no admitidas todavía a cotización oficial, emitidas por entidades jurídicas que coticen en mercados organizados, se tomará como valor de estas acciones el de la última negociación de los títulos antiguos dentro del período de suscripción. c) En los supuestos de ampliaciones de capital pendientes de desembolso, la valoración de las acciones se hará de acuerdo con las normas anteriores, como si estuviesen totalmente desembolsadas, incluyendo la parte pendiente de desembolso como deuda del sujeto pasivo. Por su parte el artículo 16 regula la valoración de los “Demás valores representativos de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad”. Es necesario tener en cuenta que, para ello, las entidades deberán suministrar a los socios, asociados o partícipes certificados con las valoraciones correspondientes. El artículo concreta tres tipos de valoraciones en función de los valores de que se trate. Así, a) Tratándose de acciones y participaciones distintas de aquellas a que se refiere el artículo anterior, la valoración de las mismas se realizará por el valor teórico resultante del último balance aprobado, siempre que éste, bien de manera obligatoria o voluntaria, haya sido sometido a revisión y verificación y el informe de auditoría resultase favorable. En el caso de que el balance no haya sido auditado o el informe de auditoría no resultase favorable, la valoración se realizará por el mayor valor de los tres siguientes: el valor nominal, el valor teórico resultante del último balance aprobado o el que resulte de capitalizar al tipo del 20 por 100 el promedio de los beneficios de los tres ejercicios sociales cerrados con anterioridad a la fecha del devengo del Impuesto. A este último efecto, se computarán como beneficios los dividendos distribuidos y las asignaciones a reservas, excluidas las de regularización o de actualización de balances. b) Para la fijación del valor de acciones y participaciones en el capital social o en el fondo patrimonial de las Instituciones de Inversión Colectiva se computarán por el valor liquidativo en la fecha del devengo del impuesto, valorando los activos incluidos en balance de acuerdo con las normas que se recogen en su legislación específica y siendo deducibles las obligaciones con terceros. c) En tercer lugar, la valoración de las participaciones de los socios o asociados, en el capital social de las cooperativas se determinará en función del importe total de las aportaciones sociales desembolsadas, obligatorias o voluntarias, resultante del último balance aprobado, con deducción, en su caso, de las pérdidas sociales no reintegradas.

Dedica una regla específica (letra d) del número 1 del indicado artículo 23) para la valoración de la prestación en especie consistente en la matrícula de los hijos de los trabajadores para la prestación de servicio de educación, así como a la prestación directa por la empresa de servicio de guardería. De este modo, “...cuando se trate de la prestación del servicio de educación en las etapas de infantil, primaria, secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional por centros educativos autorizados, a los hijos de sus empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al normal de mercado, su valoración vendrá determinada, en el momento de inicio del curso escolar correspondiente, por el coste marginal que suponga para la empresa la prestación de tal servicio, entendiendo este como el incremento del coste total directamente imputable a la prestación que suponga para el centro educativo un servicio de educación para un alumno adicional de la etapa de enseñanza que corresponda...”. Por lo que se refiere a los que denomina como “...resto de servicios educativos prestados por los centros autorizados en la atención, cuidado y acompañamiento de los alumnos...”, la valoración “...vendrá determinada por el coste marginal que suponga para la empresa la prestación de tal servicio. Esta misma valoración será aplicable a la prestación por medios propios del empresario del servicio de guardería para los hijos de sus empleados...”.

Por lo que hace referencia a la utilización de vivienda o vehículo, o entrega de éste por parte de la empresa, la letra d) recoge que “...se valorará en los términos previstos para estos bienes en el artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio...”²⁵⁰, indicando la letra e) la referencia a préstamos concedidos a tipos

²⁵⁰ Este artículo 43 determina la valoración de las rentas en especie, para lo cual establece, con carácter general, la valoración de las rentas en especie por su valor normal en el mercado. Fijada esta regla general, enumera las especialidades siguientes: a) Utilización de vivienda que sea propiedad del pagador, su valoración será el 10 por ciento del valor catastral. En el caso de inmuebles localizados en municipios en los que los valores catastrales hayan sido revisados o modificados, o determinados mediante un procedimiento de valoración colectiva de carácter general, de conformidad con la normativa catastral, y hayan entrado en vigor en el período impositivo o en el plazo de los diez períodos impositivos anteriores, el 5 por ciento del valor catastral. Si a la fecha de devengo del impuesto los inmuebles carecieran de valor catastral o éste no hubiera sido notificado al titular, el porcentaje será del 5 por ciento y se aplicará sobre el 50 por ciento del mayor de los siguientes valores: el comprobado por la Administración

inferiores al legal del dinero, “...se valorarán por la diferencia entre el interés pagado y el referido interés legal vigente en el respectivo ejercicio económico...”.

Al igual que en el texto de la Ley, el Reglamento utiliza el adverbio “únicamente” en el número 2 de su artículo 23 para apostillar las excepciones a los conceptos y cuantías, en su caso, para formar parte de la base de cotización. Así, no se computarán en la base de cotización “...Los gastos de manutención y estancia, así como los gastos de locomoción, cuando correspondan a desplazamientos del trabajador fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, en los términos y en las cuantías siguientes: “...las cantidades destinadas por el empresario a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, devengadas por gastos en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia, cuando los mismos se hallen exceptuados de gravamen conforme a los apartados 3, 4, 5 y 6 del artículo 9.A) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo...”,²⁵¹ para apostillar a continuación que el

a efectos de otros tributos o el precio, contraprestación o valor de la adquisición. La valoración resultante no podrá exceder del 10 por ciento de las restantes contraprestaciones del trabajo. b) Para los supuestos de la utilización o entrega de vehículos automóviles: En el supuesto de entrega, la valoración consistirá en el coste de adquisición para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación. En el supuesto de uso, el 20 por ciento anual del coste a que se refiere el párrafo anterior. En caso de que el vehículo no sea propiedad del pagador, dicho porcentaje se aplicará sobre el valor de mercado que correspondería al vehículo si fuese nuevo. Esta valoración se podrá reducir hasta en un 30 por ciento cuando se trate de vehículos considerados eficientes energéticamente, en los términos y condiciones que se determinen reglamentariamente. En el supuesto de uso y posterior entrega, la valoración de esta última se efectuará teniendo en cuenta la valoración resultante del uso anterior. c) En los préstamos con tipos de interés inferiores al legal del dinero, la diferencia entre el interés pagado y el interés legal del dinero vigente en el período. d) Por el coste para el pagador, incluidos los tributos que graven la operación, de las siguientes rentas: Las prestaciones en concepto de manutención, hospedaje, viajes y similares. Las primas o cuotas satisfechas en virtud de contrato de seguro u otro similar. Las cantidades destinadas a satisfacer gastos de estudios y manutención del contribuyente o de otras personas ligadas al mismo por vínculo de parentesco, incluidos los afines, hasta el cuarto grado inclusive, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2 del artículo anterior. Y finalmente la utilización de una vivienda que no sea propiedad del pagador, en cuyo caso el valor resultante no podrá ser inferior a la que hubiera correspondido de haberse tratado de una vivienda propiedad del pagador.

²⁵¹ En este artículo 9, en primer lugar, se regulan las dietas y gastos exentos, de forma que quedan exceptuadas de sometimiento al I.R.P.F. y por tanto también de cotización a la Seguridad Social, con carácter general: A) Asignaciones para gastos de locomoción. Se exceptúan de gravamen las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos de locomoción del empleado o trabajador que se desplace fuera de la fábrica, taller, oficina, o

“...exceso sobre los límites señalados en los apartados citados, se computará en la base de cotización a la Seguridad Social...”.

A continuación, el párrafo segundo de la misma letra b) del número 2 del artículo 23 del Reglamento excluye de la base de cotización “...los gastos de manutención, abonados o compensados por las empresas a trabajadores a ellas vinculados por relaciones laborales especiales, por desplazamientos fuera de la fábrica, taller, oficina o centro habitual de trabajo, para realizarlo en lugar distinto de este en diferente municipio, tanto si el empresario los satisface directamente como si resarce de ellos al trabajador, con los límites establecidos en el artículo 9.B) del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas...”, resaltando en el punto y aparte siguiente que “...El exceso

centro de trabajo, para realizar su trabajo en lugar distinto, en las siguientes condiciones e importes: a) Cuando el empleado o trabajador utilice medios de transporte público, el importe del gasto que se justifique mediante factura o documento equivalente. b) En otro caso, la cantidad que resulte de computar 0,19 euros por kilómetro recorrido, siempre que se justifique la realidad del desplazamiento, más los gastos de peaje y aparcamiento que se justifiquen. B) Asignaciones para gastos de manutención y estancia. Se exceptúan de gravamen las cantidades destinadas por la empresa a compensar los gastos normales de manutención y estancia en restaurantes, hoteles y demás establecimientos de hostelería, devengadas por gastos en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del percceptor y del que constituya su residencia. Salvo en los casos previstos en la letra b) siguiente, cuando se trate de desplazamiento y permanencia por un período continuado superior a nueve meses, no se exceptuarán de gravamen dichas asignaciones. A estos efectos, no se descontará el tiempo de vacaciones, enfermedad u otras circunstancias que no impliquen alteración del destino. a) Se considerará como asignaciones para gastos normales de manutención y estancia en hoteles, restaurantes y demás establecimientos de hostelería, exclusivamente las siguientes: 1.º Cuando se haya pernoctado en municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituya la residencia del percceptor, las siguientes: Por gastos de estancia, los importes que se justifiquen. En el caso de conductores de vehículos dedicados al transporte de mercancías por carretera, no precisarán justificación en cuanto a su importe los gastos de estancia que no excedan de 15 euros diarios, si se producen por desplazamiento dentro del territorio español, o de 25 euros diarios, si corresponden a desplazamientos a territorio extranjero. Por gastos de manutención, 53,34 euros diarios, si corresponden a desplazamiento dentro del territorio español, o 91,35 euros diarios, si corresponden a desplazamientos a territorio extranjero. 2.º Cuando no se haya pernoctado en municipio distinto del lugar de trabajo habitual y del que constituya la residencia del percceptor, las asignaciones para gastos de manutención que no excedan de 26,67 ó 48,08 euros diarios, según se trate de desplazamiento dentro del territorio español o al extranjero, respectivamente. Este régimen también es aplicable a las asignaciones para gastos de locomoción, manutención y estancia que perciban los trabajadores contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, siempre que aquellas asignaciones correspondan a desplazamientos a municipio distinto del que constituya la residencia habitual del trabajador. En sentido contrario, por consiguiente, las asignaciones para gastos de locomoción, manutención y estancia que excedan de los límites previstos en ese artículo 43 del Reglamento de I.R.P.F estarán sujetas a gravamen y por tanto formarán igualmente parte de la base de cotización a la Seguridad Social.

sobre los límites señalados en el citado artículo 9.B) se computará en la base de cotización a la Seguridad Social...”²⁵².

Por lo que a la cotización se refiere durante las situaciones de huelga y cierre patronal, el artículo 5.3 ab initio del R.D. ley 17/1977, de 4 de marzo, así como el artículo 144.5 del T.R.L.G.S.S./2015 determinan la suspensión de la obligación de cotizar, tanto por el empresario como por el trabajador durante aquéllas, a diferencia de lo que con la I.T. sucede ²⁵³. Dicha suspensión, naturalmente, obrará para estos casos de "alta especial" del trabajador, no operando, por consiguiente, con respecto a los trabajadores cuya situación de I.T. se haya iniciado con anterioridad a la huelga ó cierre patronal, a menos que los trabajadores se hayan adherido expresamente a aquélla, ni a los que durante las mismas han de prestar los servicios mínimos, así como tampoco respecto de los trabajadores cuya incapacidad temporal derivase de accidente de trabajo ó enfermedad profesional, ya que todos ellos se encontrarían en situación de alta ordinaria, lucrando la prestación económica de I.T. y manteniendo la obligación de cotizar. De otra parte²⁵⁴, la falta de carencia necesaria para acceder a las prestaciones por I.T. ante lagunas de cotización por situaciones de huelga, no ha sido resuelta por el momento, ni normativa ni jurisprudencialmente.

²⁵² Este artículo 9 B) establece reglas especiales para la valoración de locomoción y manutención cuando los gastos de locomoción y manutención no les sean resarcidos específicamente por las empresas a quienes presten sus servicios, de forma que quienes obtengan rendimientos del trabajo que se deriven de relaciones laborales especiales de carácter dependiente podrán minorar sus ingresos, para la determinación de sus rendimientos netos, en las siguientes cantidades, siempre que justifiquen la realidad de sus desplazamientos: a) Por gastos de locomoción: Cuando se utilicen medios de transporte público, el importe del gasto que se justifique mediante factura o documento equivalente. En otro caso, la cantidad que resulte de computar 0,19 euros por kilómetro recorrido, más los gastos de peaje y aparcamiento que se justifiquen. b) Por gastos de manutención, los importes de 26,67 ó 48,08 euros diarios, según se trate de desplazamiento dentro del territorio español o al extranjero. A estos efectos, los gastos de estancia deberán estar en todo caso resarcidos por la empresa y se registrarán por lo previsto en la letra a) del apartado 3 de la letra A de este artículo. Estarán también exceptuadas de gravamen las cantidades que se abonen al contribuyente con motivo del traslado de puesto de trabajo a municipio distinto, siempre que dicho traslado exija el cambio de residencia y correspondan, exclusivamente, a gastos de locomoción y manutención del contribuyente y de sus familiares durante el traslado y a gastos de traslado de su mobiliario y enseres...”

²⁵³ Artículo 144.4 T.R.L.G.S.S./2015.

²⁵⁴ Vid.Núñez González, C., “Los efectos de la huelga sobre la Incapacidad Temporal”, dentro del Libro La Incapacidad ..., óp. cit., pág.357.

En cuanto al efecto de la falta de cotización en estas situaciones como un inconveniente factual para el ejercicio del derecho de huelga dada la posible existencia de vacíos de cotización, a efectos de reunir los períodos de carencia exigidos para acceder a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1984, de 3 de febrero, lo califica como un límite indirecto, consecuencia ó reflejo del principio de neutralidad del Estado en las relaciones laborales colectivas, pero entiende que tal ausencia de cotización no vulnera el contenido esencial del artículo 28.2 C.E, sin perjuicio o con independencia de reconocer también que el legislador ordinario puede establecer una regulación más favorable a los intereses de los trabajadores en paralelo a las fórmulas contenidas en la Resolución de la Dirección General de la Tesorería General de la Seguridad social de 5 de marzo de 1985 que cuantifica la prestación por I.T. en diferentes supuestos...²⁵⁵.

2.2. La base reguladora de la prestación de incapacidad temporal

Según el artículo 171 T.R.L.G.S.S/2015, la base reguladora para la prestación de IT se fijará de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en las normas de desarrollo. Estas son, en primer lugar, el artículo 13 del Decreto 1646/1972, que define la determinación general de la base reguladora de la prestación económica de I.T., así como las sucesivas Órdenes Ministeriales de desarrollo en materia de cotización, de las Leyes de Presupuestos Anuales²⁵⁶. De esta forma, la base reguladora de la prestación económica de IT viene a coincidir, en principio y sin perjuicio de las peculiaridades que se expresarán, con la base de cotización correspondiente al mes anterior al de producción de la baja de IT. De este modo, en términos generales, la base reguladora de la prestación cuando la situación de IT haya sido producida por contingencias comunes, será la base de cotización por tales contingencias, del mes anterior a la producción de la baja; si el hecho causante de la situación de IT es una contingencia profesional, la base reguladora de la prestación será la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior a la baja.

²⁵⁵ Vid. Mercader Uguina, J.R., "Efectos del ejercicio...", óp. cit., pág.25; Goerlich Preset, J.M., Los efectos..., óp. cit., pág. 38.

²⁵⁶ Para el año 2016 concretamente, la Orden ESS 70/2016, de 29 de enero (B.O.E.30-1) dictada en desarrollo de la ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

Se ha señalado que el subsidio económico es diario, de forma que es preciso calcular, por consiguiente, la base reguladora también diaria de la prestación económica. Esta se obtendrá:

a) Para contingencias comunes, enfermedad común y accidente no laboral, la base reguladora de la prestación de I.T. será la base de cotización por dichas contingencias del mes anterior al hecho causante, dividida entre el número de días a que se refiere la cotización. Si la retribución que corresponde al trabajador es mensual, el divisor de la base de cotización del mes anterior es 30, con independencia del número de días naturales del mes, siempre que haya permanecido durante todo el mes anterior en alta en la empresa.

b) Para contingencias profesionales, accidente laboral y enfermedad profesional, se tomará como base reguladora de la prestación económica de I.T. la base de cotización por dichas contingencias del mes anterior a aquel en que se haya producido dicha situación. A dicha base se le aplicarán las normas relativas a las contingencias comunes, y se incrementará con el cociente de dividir por 365 la cotización efectuada en los doce meses anteriores a la fecha del hecho causante por horas extraordinarias y, en su caso, otros devengos que no hayan sido objeto de prorrateo por dozavas partes en la base mensual de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En el supuesto de que la antigüedad del trabajador en la empresa sea inferior a un año, se promediarán las horas extraordinarias realizadas dividiéndolas entre 12 o 365 días según su salario sea mensual o diario²⁵⁷.

c) Como regla común a ambas contingencias, cuando el trabajador haya ingresado en la empresa el mismo mes en que se inicia la I.T. la base reguladora se obtendrá dividiendo la base de cotización de dicho mes por el número de días a que corresponde la cotización. A este respecto es preciso distinguir²⁵⁸ la situación de ingreso en la empresa de la de cambio de la categoría profesional del trabajador; esta segunda, en principio no tendría incidencia en el cálculo de la base reguladora de la prestación, aunque ello

²⁵⁷ El artículo 19 T.R.L.G.S.S./2015 manifiesta que las bases y tipos de cotización a la Seguridad Social serán los que se establezcan por la Ley de Presupuestos del Estado. Para el año 2016, Ley 48/2015, de 29 de octubre.

²⁵⁸ Pérez Alonso, M^a A. La Incapacidad... óp. cit. págs. 44 y 45.

comportase un cambio de Régimen dentro del Sistema de la Seguridad Social por sucesivas baja en uno y alta en otro siempre que haya continuidad temporal²⁵⁹. Si el interesado no acreditase un año de cotización, se dividirá la que acredite en el período ó períodos correspondientes por los días efectivamente trabajados y cotizados en dicho período ó períodos.

d) En paralelo con lo indicado en la letra anterior, cuando el trabajador haya ingresado en la empresa el mes anterior al de inicio de la I.T. pero sin haber trabajado todo el mes, la base reguladora del subsidio se calculará dividiendo la base de cotización del mes anterior entre el número de días trabajado²⁶⁰.

La base calculada de acuerdo con lo expuesto servirá de base reguladora diaria del subsidio de I.T. que se abonará durante todos los días naturales en los que el trabajador permanezca en situación de I.T. Y al igual que sucede con la base de cotización, la base reguladora de la prestación permanece inalterable desde el comienzo de la I.T. con la salvedad de que exista una elevación de los salarios de trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial que retrotraigan sus efectos económicos a una fecha anterior a la de inicio de la I.T., en cuyo caso, tal elevación que determinará una modificación de la base de cotización aplicable, puesto que será necesario cotizar por las diferencias salariales²⁶¹ dará lugar por consiguiente a un aumento de la base de cotización anterior a la de la fecha de la baja por I.T., lo que igualmente motivará la revisión al alza del subsidio económico de I.T. ,como aclaró la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 7 de

²⁵⁹ En la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. J de Cataluña de 28 de enero de 1993.Recurso 466/1993 (citada por Pérez Alonso, M^a A., La incapacidad... op.cit., pág. 45), se contempla el caso de un trabajador que pasa de ser viajante de la empresa a Representante de Comercio. Dado que actualmente éstos se encuentran encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, puede pensarse en el caso de un trabajador por cuenta ajena del R.E. Agrario de la Seguridad Social que pasa a prestar servicios en la misma o distinta empresa encuadrado en el Régimen General. Si la baja y alta son sucesivas y sin solución de continuidad en el tiempo, la base reguladora de la prestación económica de I.T. se calculará en función de la base de cotización de los últimos 30 días.

²⁶⁰ En ese sentido se pronunció la Sala de lo Social del T.S. en Sentencias de 15 de febrero de 1999, dictada en Sala General. Recurso 1268/1998; 23 de setiembre de 2002. Recurso 3884/2001 y 30 de setiembre de 2004. Recurso 1793/2003. Ver Sala Franco, T., La incapacidad laboral para trabajar derivada de enfermedad o accidente., Tirant lo Blanch, Valencia.,2005, pág. 52.

²⁶¹ La cotización en los supuestos de abono de salarios con carácter retroactivo está regulada para el año 2016 en el artículo 27 de la Orden ESS 70/2016. de 29 de enero de 2016 (B.O.E.30 de enero).

octubre de 1985.

2.3. Cálculo de la base reguladora en supuestos específicos

Estudiada la determinación de la base reguladora de la prestación con carácter ordinario, procederemos a analizar supuestos particulares en los que la fijación de aquella tiene reglas particulares.

2.3.1. Recaída

Por lo que se refiere a la base reguladora de la prestación en la situación de recaída²⁶², habrá que estar a la reguladora en el momento en que esta última se produce, según criterio consolidado por la jurisprudencia del T.S.²⁶³ (que ha seguido la línea establecida por el Tribunal Central de Trabajo en Sentencia de 21 de mayo de 1979, también citada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de enero de 1991). Dice la jurisprudencia concretamente que "... el salario y la base reguladora han de ser en casos de recaída el que viniera percibiendo (el trabajador) en la fecha de dicha recaída, en cuanto este subsidio está destinado a suplir la pérdida del salario que recibe el trabajador consecuencia de su actividad profesional...",dándose, por consiguiente, la pérdida del salario con el consiguiente mecanismo protector que supone la prestación económica de I.T. en la fecha de la recaída, como se puede deducir de las normas de cotización y fijación de la base reguladora²⁶⁴, salvo que en el intervalo de trabajo, en el tiempo transcurrido entre el alta y la emisión de nueva baja por recaída, se haya producido una modificación de la base de cotización del trabajador en cuyo caso, conforme la expresada finalidad del subsidio de I.T. de sustitución de las rentas percibidas, será de aplicación la nueva base reguladora para el abono de la prestación económica.

²⁶² Definidas legalmente por primera vez en el artículo 169.2 párrafo segundo del T.R.L.G.S.S/2015 de modo que se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos de alta médica anterior.

²⁶³ Ese criterio se mantiene en las Sentencias del T.S. de 24 de noviembre de 1998. Recurso 1206/1998; de 18 de febrero de 1999. Recurso 1587/1998; de 2 de octubre de 2003. RCUUD 3605/2002. Ar.7375;

²⁶⁴ Ver Capítulo Séptimo

2.3.2 Vacaciones

En cuanto a determinación de la base reguladora de la prestación, si el mes anterior al acaecimiento de la situación de I.T. correspondía a las vacaciones del trabajador, y en ellas sólo se cotizó por salario base, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia viene entendiendo²⁶⁵ que en la base reguladora de la prestación económica de I.T. han de quedar también incluidos los complementos y pluses habituales, para promediar su cuantía en los últimos 365 días. Este sentido ha sido recogido por la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2009 ya citada, al declarar en el planteamiento de la cuestión prejudicial *ad hoc* respecto a la interpretación que ha de darse al artículo 7 apartado 1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento y Consejo europeos en cuanto al cálculo de la retribución correspondiente a vacaciones no disfrutadas por haberse encontrado en situación de I.T. durante la totalidad o parte del período de devengo de las vacaciones anuales, según la cual “...para el cálculo de dicha compensación económica, resulta asimismo determinante la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas...”. El módulo retributivo vacacional, pues, ha de constituir el salario ordinario que por su trabajo viniera percibiendo regularmente el trabajador²⁶⁶.

2.3.3.- Pluriempleo y pluriactividad

La situación de pluriempleo viene definida a los efectos de Seguridad Social en el número 2 del artículo 148 T.R.L.G.S.S./2015, entendiéndose por tal la de quien trabaja en dos o más empresas distintas en actividades que den lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General. De este modo el pluriempleado, dentro de los límites de jornada establecidos por los Convenios colectivos de aplicación y los artículos 34 y

²⁶⁵ Sentencias de la Sala de lo social del I.T.S.J. de Cataluña de 31 de diciembre de 1991 (R. Aranzadi social 6801) y de Extremadura de 7 de junio de 1993 (R. Aranzadi social 2729). En sentido contrario, por incrementos excesivos, Sentencia de la Sala de lo social del T.S.J. de Cataluña de 3 de febrero de 1993 (R. Aranzadi social 781). Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Burgos) de 17 de junio de 2009. Recurso 434/2009. Sentencia de la Sala de lo social del T.S. de 26 de julio de 2010. Recurso 199/2009. Sentencia de la Sala de lo social del T.S.J. de Illes Balears de 18 de diciembre de 2013. Recurso 200/2013.

²⁶⁶ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 2 de octubre de 2003 (Recurso 3605/2002), de 2 de febrero de 2007 (Recurso 57/2006), y de 26 de julio de 2010 (Recurso 199/2009).

36 T.R.E.T., presta sus servicios a dos o más empresas entre las que se reparte la cotización en función del tiempo trabajado para cada una de ellas, con respeto de los límites mínimo y máximo señalados por las leyes de presupuestos anuales y sus normas de desarrollo.

En base a ello, el trabajador pluriempleado en situación de I.T. percibirá el subsidio correspondiente en función de tales cotizaciones, ordinariamente, abonado en régimen de pago delegado por cada una de ellas, teniendo en cuenta que tal contingencia afectará a toda prestación de servicios por cuenta ajena²⁶⁷. Y ello tanto en lo que se refiere a las contingencias comunes como a las profesionales.²⁶⁸ Sólo excepcionalmente cabría entender que una persona pluriempleada pudiera estar en situación de I.T. para un trabajo y prestando servicios en otro, por lo que, en este supuesto, debe acudir a la casuística concreta, generalmente originada por prescripción facultativa o indicación en su caso de no impedir su proceso de recuperación de la capacidad de trabajar la continuación en la actividad de otro tipo. Consecuentemente, se daría el caso de general el derecho a la prestación económica de I.T. en una sola empresa, normalmente en régimen de pago delegado; de no darse esta excepción, estaríamos dentro de los supuestos de justa causa de despido por violación del deber contractual de buena fe suponiendo un fraude tanto a la empresa como al sistema de Seguridad Social²⁶⁹.

A diferencia de la situación anterior, la pluriactividad consiste en el desempeño de

²⁶⁷ Recordemos las dos condiciones señaladas para la consideración legal de la situación de I.T., a saber, la incapacidad temporal para el trabajo reconocida por los servicios médicos oficiales y la necesidad de recibir asistencia sanitaria.

²⁶⁸ Es decir, producido un accidente en una de las empresas en que el trabajador presta sus servicios, la base reguladora de la prestación económica de I.T. se calcula sobre los salarios percibidos en todas ellas. Sentencia del T.S. de 27 de julio de 1998 (R.J. 8545/1998),

²⁶⁹ Entre otras, Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 4 de octubre de 1985 (R. Actualidad Laboral 1271/85); de la Sala de lo Social del T.S.J. de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de enero de 1993 (R. Actualidad Laboral 867/1993); de la Sala de lo Social del T.S.J. de Aragón de 2 de noviembre de 1995 (R. Actualidad Laboral 581/1996); de la Sala de lo Social de 22 de mayo de 2000. Recurso 399/2000; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 15 de febrero de 2001. Recurso 6727/2000; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia. Recurso 2571/2005; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Las Palmas) de 19 de mayo de 2006. Recurso 1238/2003; de la Sala de lo Social del País Vasco de 20 de junio de 2006. Recurso 999/2006; de la Sala de lo Social de Les Illes Balears de 6 de octubre de 2011. Recurso 329/2011.; de la Sala de lo Social de Castilla-León (Burgos) de 15 de marzo de 2012. Recurso 92/2012; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 3 de marzo de 2015. Recurso 6849/2014

actividades y prestación de servicios por parte de una persona que den lugar a su inclusión en diversos regímenes de la Seguridad Social, fundamentalmente el Régimen General--trabajo por cuenta ajena-- y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos--R.E.T.A., actividad por cuenta propia--.

En este caso, producida la contingencia de I.T., el trabajador habrá de reunir, en su caso, en ambos regímenes por separado, los requisitos necesarios de alta y cotización, generando un derecho a compatibilidad las prestaciones económicas de I.T. derivadas de los distintos regímenes de la Seguridad Social con arreglo a sus normas específicas. A este respecto, en relación con la base de cotización y consiguientemente con la base reguladora de las prestaciones, según lo establecido en el artículo 28 de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, los trabajadores que causen alta por primera vez en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos y con motivo de la misma inicien una situación de pluriactividad a partir de la entrada en vigor de esa ley²⁷⁰, podrían elegir como base de cotización en ese momento, la comprendida entre el 50 por ciento de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la Ley de Presupuestos Generales del Estado durante los primeros dieciocho meses, y el 75 por ciento durante los siguiente dieciocho meses, hasta las bases máximas establecidas para este Régimen Especial, lo que repercutirá obviamente en el cálculo de la base reguladora de las prestaciones y específicamente en el del subsidio económico de I.T. Y de otra parte, en los supuestos de trabajadores en situación de pluriactividad en que la actividad laboral por cuenta ajena lo fuera a tiempo parcial con una jornada a partir del 50 por ciento de la correspondiente a un trabajador con jornada a tiempo completo comparable, se podrá elegir en el momento del alta, como base de cotización la comprendida entre el 75 por ciento de la base mínima de cotización establecida anualmente con carácter general en la Ley de Presupuestos Generales del Estado durante los primeros dieciocho meses, y el 85 por ciento durante los siguientes dieciocho meses, hasta las bases máximas establecida para este Régimen Especial.

2.3.4. Trabajo a tiempo parcial

²⁷⁰ El 29 de setiembre de 2013.

La redacción actual de la Sección 1ª del Capítulo XVII del Título II (artículos 245 a 248 del T.R.L.G.S.S/2015) incluye en estos cuatro artículos el contenido de la Disposición Adicional Séptima del T.R.L.G. S.S./1994 dada por la Disposición Final tercera de la ley 36/2014, que modificó los cálculos de la base de cotización y base reguladora de la prestación, así como la determinación de los períodos de carencia exigibles.

De este modo, según el artículo 246 TRLGSS/2015, la base de cotización a la Seguridad Social será siempre mensual, estará constituida por las retribuciones efectivamente percibidas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, y no podrá ser inferior a las cantidades que reglamentariamente se determinen. Las horas complementarias cotizarán a la Seguridad Social sobre las mismas bases y tipos que las horas ordinarias.

Según el artículo 247 T.R.L.G.S.S./2015, para acreditar los períodos de carencia exigibles para lucrar la prestación económica de I.T. derivada de contingencias comunes, se tendrán en cuenta: a) los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá – letra b)--a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador, teniendo en cuenta que al tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años.

Según la letra c) del mismo artículo 247 T.R.L.G.S.S./2015, el período mínimo de

carencia exigido a los trabajadores a tiempo parcial para acceder al derecho al percibo de la prestación económica de I.T. será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general²⁷¹ el coeficiente global de parcialidad, dentro del mismo espacio temporal establecido con carácter general para esta prestación²⁷².

Finalmente, de acuerdo con el artículo 248 c) T.R.L.G.S.S/2015, la base reguladora diaria, en fin, será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el período. El subsidio económico así calculado se abonará durante todos los días naturales en que el trabajador se encuentre en situación de I. T

2.3.5. Trabajadores fijos discontinuos

La redacción del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores²⁷³ tradicionalmente ha contemplado como supuestos de contratos a tiempo parcial los denominados fijos periódicos, aquellos que se conciertan para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa así como los fijos discontinuos, esto es, que no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, produciéndose el cómputo de cotizaciones y la generación de prestaciones a tenor de las normas generales de los trabajos a tiempo parcial.

Para estos contratos de trabajadores fijos discontinuos²⁷⁴, la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 12 de febrero de 1979 estableció que la base reguladora del subsidio será la cantidad que resulte de dividir la base de cotización del trabajador por los días a que aquélla efectivamente se refiera. Sin embargo la modificación legislativa introducida por el Real Decreto-ley 5/2001 convertido en ley 12/2001 trasladó la referencia a los trabajadores fijos discontinuos del precitado artículo 12 al artículo 15 T.R.E.T/1995, concretamente a su número

²⁷¹ 180 días, ex artículos 172 a) T.R.L.G.S.S/2015 y 3.1 de la O.M. de 13 de octubre de 1967.

²⁷² En un período temporal de 5 años. Ídem.

²⁷³ La última en este sentido fue redactada por la ley 63/1997.

²⁷⁴ Regulados en ese momento en el artículo 12 párrafo segundo del T.R.E.T. en la redacción dada por la ley 63/1997 como una modalidad de contratación a tiempo parcial.

8²⁷⁵.definiéndolos como aquellos que se concierten para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de la actividad de la empresa; es decir, no considerándolos como contratos a tiempo parcial, si bien remite a un desarrollo convencional sectorial la posibilidad de concertar estos contratos en la modalidad de tiempo parcial.

Esta definición se ha trasladado al artículo 16 del T.R.E.T/2015 que de esta manera le da un tratamiento individualizado. Por su parte el párrafo segundo del número 1 de este artículo precisa que la regulación de estos supuestos de los trabajos que llama fijos discontinuos se limita a los que no se repitan en fechas ciertas, y los considera de carácter indefinido, distinguiéndolos de los que sí se repitan en fechas ciertas²⁷⁶, a los que considera a tiempo parcial de carácter indefinido.

De esta manera, para los trabajadores fijos discontinuos la situación de I.T. se regulará por las normas de la relación laboral ordinaria de carácter indefinido y, en su caso, de adoptarse la modalidad a tiempo parcial para los mismos en regulación de Convenio Colectivo a nivel sectorial, por las normas reguladoras del trabajo a tiempo parcial, mientras que los trabajadores que tengan la consideración de indefinidos a tiempo parcial estarán siempre sometidos a las reglas correspondientes a la contratación a tiempo parcial que se han estudiado, tanto en lo que se refiere a la determinación de las bases de cotización y tipos como a la base reguladora del subsidio económico de I.T.

2.3.6. Contratos para la formación

Actualmente los contratos para la formación está regulados en el artículo 11.2 T.R.E.T./2015 y su desarrollo reglamentario por el R.D. 1529/2012 (que derogó el R.D. 488/1998, de 27 de marzo), a tenor de los cuales se producirá la cotización sobre la base mínima establecida para cada grupo profesional para las contingencias comunes, y sobre la base mínima de cotización en su caso para las contingencias profesionales; bases que serán las que se deban tener en cuenta como bases reguladoras del subsidio económico de I.T., según se trate de una baja producida por enfermedad común y

²⁷⁵ No muy correctamente desde el punto de vista sistemático al situarlos dentro del epígrafe correspondiente a los contratos temporales.

²⁷⁶ Los que se consideraban fijos periódicos.

accidente no laboral o enfermedad profesional y accidente laboral respectivamente, con abono de la prestación desde el día siguiente al de la baja en este segundo caso, y desde el cuarto tratándose del segundo, en paralelo con lo estudiado para el Régimen General de la Seguridad Social²⁷⁷.

3.- La incapacidad temporal en los sistemas especiales del Régimen General

De acuerdo con el artículo 11 T.R.L.G.S.S/2015 podrán establecerse dentro de los Regímenes de la Seguridad Social, sistemas especiales atendiendo a peculiaridades relativas a encuadramiento, afiliación, cotización y recaudación. Actualmente los sistemas especiales recogidos en el Régimen General son el sistema agrario y el sistema de empleados de hogar.

3.1. El sistema agrario

Por medio de la ley 18/2007 los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad social quedaron incorporados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos de 1 de enero de 2008, creándose un “sistema especial “dentro de éste para los titulares de explotaciones agrarias que reúnan los requisitos que la norma establece para su inclusión en el mismo²⁷⁸, manteniéndose la inclusión en el Régimen Agrario para los trabajadores por cuenta ajena. A su vez, y con respecto a éstos, se procedió a su integración en el Régimen General de la Seguridad Social mediante la ley 28/2011 con efectos de 1 de enero de 2012, para lo cual se creó en el Régimen General, en paralelo a lo indicado para el R.E.T.A., un “sistema especial” para los trabajadores por cuenta ajena agrarios. Su regulación actual se encuentra en la Sección 2ª del Capítulo XVIII, del Título I, artículos 252 a 256 T.R.L.G.S.S/2015.

Según el artículo 252 T.R.L.G.S.S/2015, tendrán la consideración de trabajadores agrarios por cuenta ajena quienes realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas,

²⁷⁷ Ver Capítulo Sexto

²⁷⁸ Ver Capítulo Noveno.

forestales o pecuarias, o sean complementarias o auxiliares de las mismas, en explotaciones agrarias, así como los empresarios a los que presten sus servicios en los términos que reglamentariamente se establezcan. El sistema implica en primer lugar una forma especial de cotización²⁷⁹, tanto durante los periodos de actividad por la realización de labores agrarias como durante los períodos de inactividad, entendiéndose por tales los comprendidos en la inactividad dentro de un mes natural cuando el número de jornadas reales en él realizadas, sea inferior al 76,67 por ciento de los días naturales en que el trabajador figure incluido en el sistema especial en dicho mes, no considerándose inactividad cuando el trabajador realice para un mismo empresario un mínimo de 5 jornadas reales semanales, en cumplimiento del Convenio que sea de aplicación.

Para quedar incluido en el sistema especial de cotización –número 2 del artículo 253 T.R.L.G.S.S/2015--será requisito necesario que el trabajador haya realizado un mínimo de 30 jornadas reales en un periodo continuado de 365 días; cumplido tal requisito, los efectos de cotización durante los períodos de inactividad tendrán lugar a partir del día primero del mes siguiente al del cese en la actividad agraria, de forma que se computarán todas las jornadas reales, incluidas las prestadas en un mismo día para distintos empresarios, asimilándose a jornadas reales los días en que los trabajadores se encuentren en situación de I.T. derivada de contingencias profesionales, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que procedan de un período de actividad en el sistema especial, amén de los períodos de percepción de prestaciones de desempleo de nivel contributivo y los días de alta como consecuencia de inclusión en programas de fomento del empleo agrario.

En el artículo 255 T.R.L.G.S.S/2015 se regulan las peculiaridades de cotización y el artículo 256 contiene la referencia a la acción protectora, que se extiende al alcance de las coberturas de contingencias en los mismos términos que el Régimen General, regulando las peculiaridades del sistema; la primera de ellas es la obligación de que los trabajadores se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones correspondientes a los períodos de inactividad, de cuyo ingreso son responsables, como requisito necesario

²⁷⁹ Artículo 2 de la ley 28/2011. Para 2016, es de aplicación la Orden ESS 70/2016, de 29 de enero dictada en desarrollo del artículo 103 de la ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, ya referida

para lucrar prestaciones, según el número 2 del precitado artículo 256. Es preciso considerar que durante el período de inactividad—número 3 del mismo artículo--, como es lógico, no se generan prestaciones de I.T. aunque los trabajadores sí pueden ser beneficiarios de las de maternidad, paternidad, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia.

Respecto concretamente a las prestaciones económicas de I.T. y a la indicada extensión en los mismos términos regulados para el Régimen General, no existen en efecto particularidades diferenciadoras con éste dentro del sistema especial agrario para las prestaciones derivadas de contingencias profesionales. En relación a las derivadas de contingencias comunes, el número 5 del indicado artículo 256 T.R.L.G.S.S./2015 sí contiene una regla particular, pues determina que la base reguladora del subsidio económico de I.T. no superará el promedio mensual de la base de cotización de los días efectivamente trabajados durante los últimos doce meses anteriores a la baja. La prestación, en fin, será abonada directamente por la entidad gestora de forma que, a diferencia del procedimiento ordinario de pago de la misma en el Régimen General, no procede su abono por pago delegado a excepción de los supuestos en que los trabajadores estén percibiendo la prestación contributiva por desempleo y pasen a la situación de incapacidad temporal, a que se refiere el artículo 283.2 del T.R.L.G.S.S./2015.

3.2. El sistema de empleados de hogar

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, estableció en su Disposición Adicional trigésima novena la integración en el Régimen General del hasta entonces Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar con efectos de 1 de enero de 2012, conformando un sistema especial para dichos trabajadores, fundamentalmente en lo que se refiere a cotización y la cobertura de contingencias²⁸⁰. El T.R.L.G.S.S./2015 incorpora un Capítulo XVIII al Título Primero, artículos 250 y 251 para regular este sistema especial. El desarrollo reglamentario viene dado por el R.D. 1596/2011.

²⁸⁰ En paralelo, la regulación de la relación laboral especial de empleados de hogar se llevó a cabo mediante el R.D. 1620/2011, que derogó el anterior R.D.1424/1985

El artículo 251 precitado enfatiza el reconocimiento a estos trabajadores de las prestaciones de Seguridad social del Régimen General con las peculiaridades que señala; peculiaridades que, aparte de la exclusión de la prestación por desempleo, afectan fundamentalmente a la prestación económica de I. T. De este modo, en primer lugar, e subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive; en segundo lugar, el pago del subsidio económico de IT se efectuará directamente por la Entidad a la que corresponda su gestión, sin que proceda el pago delegado; en tercer lugar, finalmente, con respecto a las contingencias profesionales, no será de aplicación el régimen de responsabilidades que establece el artículo 167 T.R.L.G.S.S/2015²⁸¹.

4.- Cuantía de la prestación

Establece el artículo 171 T.R.L.G.S.S./2015 que "...la prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de I.T. consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectiva en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos Generales para su desarrollo...". Ese desarrollo viene dado en los artículos 2.1 del Reglamento General de Prestaciones aprobado por Decreto 3158/196 y 2.1 de la O.M. de 13 de octubre de 1967 que fijaron su cuantía en el 75% de la base reguladora; cuantía que se mantiene a la fecha para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El abono efectivo del subsidio de IT se realiza ordinariamente por parte del empresario

²⁸¹ Su fijación se llevará a cabo atendiendo a la base de cotización del mes anterior. Respecto a la cotización, la Ley 27/2011 señalaba que las bases de cotización se fijarán en virtud de la escala que determina el número 1º de la letra a) del nº 2 de la Disposición adicional trigésima novena de la referida ley, que contiene hasta quince tramos, en virtud de la retribución mensual realmente recibida por los empleados de hogar, que van desde 74,83€ mensuales que corresponderán a una base mensual de 90,20€ el primero, a una retribución mínima mensual de 700,11€ cuya base de cotización se fija en 784,20€/mes, coincidente con la base mínima de cotización, pasando por tramos intermedios²⁸¹ y fijando una tendencia a la equiparación al Régimen General, que se preveía finalizaría en 2019. Para 2016, el artículo 14 de la Orden ESS/70/2016, de 29 de enero (B.O.E 30-1) establece las bases de cotización y tipos.

directamente al trabajador, mensualmente, a través del recibo de liquidación de salarios, deduciendo en su caso el importe correspondiente al llevar a cabo el pago (también mensual y cuyo abono se practica al mes siguiente del nominal) de las cotizaciones sociales de acuerdo con los artículos 20 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966 y 56 del R.D. 1415/2004²⁸².

En relación a las contingencias comunes, el R.D.53/1980 modificó la cuantía unitaria de la prestación económica de forma que durante los tres primeros días de enfermedad común ó accidente no laboral no se recibe subsidio, que comienza a percibirse a partir del cuarto día a partir de la baja. En ese momento el subsidio será un 60% de la base reguladora hasta el vigésimo día de baja, y un 75% a partir del vigésimo primer día hasta su finalización. Así, a la fecha, la cuantía del subsidio viene determinada en los artículos 2.1 del Decreto 3158/1966, Reglamento General de Prestaciones y único del R.D. 53/1980, de forma que, en el caso de contingencias profesionales, su cuantía diaria se obtendrá aplicando el porcentaje del 75 por ciento a la base reguladora desde el día de la baja. Para el caso de contingencias comunes, el porcentaje será del 60 por ciento durante el período comprendido entre el cuarto día (4º) a partir del de la baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente y hasta el vigésimo día (20º), inclusive, de permanencia en tal situación, pasando a ser el porcentaje del 75 por ciento a partir del día vigésimo primero (21º) hasta la extinción de la contingencia protegida. Estamos hablando, pues de una prestación económica que tiene carácter diario.

El Real Decreto-ley 5/1992 primero y la ley 28/1992 después, introdujeron la vigente regulación de la cuantía del subsidio de forma que, en los casos de enfermedad común ó accidente no laboral, el subsidio se abonará, a partir del decimosexto día a partir de la baja en el trabajo, siendo a cargo del empresario el abono de la prestación entre los días cuarto a decimoquinto, ambos inclusive, desde la baja. Por ello, pues, y para estas

²⁸² El abono del empresario puede deberse a su colaboración obligatoria, en régimen de pago delegado; en régimen de colaboración voluntaria en la gestión de esta contingencia o finalmente como pago a su cuenta exclusiva del subsidio derivado de contingencias comunes entre los días 4º a 15º de la baja. En este supuesto naturalmente no hay deducción en el pago de las cotizaciones sociales al mes siguiente. "...Se trata de una compensación de deudas entre empresa y Entidad Gestora, que se dará cuando realmente se hayan pagado los correspondientes subsidios a sus beneficiarios y respecto de esas cantidades exactas efectivamente abonadas, en las que ambas asumen la doble posición de acreedoras y deudoras recíprocas respecto de las prestaciones y las cotizaciones...", según González del Rey, I., La colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, Edersa, Madrid, 1999, pág.131.

contingencias comunes, el trabajador cobrará, a partir del 4º día de la baja, el 60% de la base reguladora, que entre este día y el 15º será por cuenta del empresario; a partir del 16º día desde la baja el subsidio será a cargo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que abonará el mismo 60% de la base reguladora hasta el día 20º a contar desde la fecha de la baja, y el 75% a partir del día 21º hasta la finalización de la situación de IT²⁸³.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 5/1992 justifica su aprobación en su número 1, afirmando que "...el crecimiento del déficit público durante el primer semestre del año obliga a actuar con urgencia y rigor sobre los ingresos y gastos públicos con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los objetivos del Programa de Convergencia...". Y añade en el número párrafo 3º, al referirse expresamente a la reforma legal dispuesta en materia de I.T., que "...se aborda una modificación de la prestación económica por I.L.T., cambio que no implica una modificación del nivel de protección de los trabajadores al tiempo que se establece una nueva modalidad de la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social, las cuales podrán efectuar esta colaboración respecto a dicha prestación económica sin tener que colaborar en la asistencia sanitaria...". Frente al Real Decreto-ley 5/1992 fue interpuesto Recurso de Inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentaria Popular del Congreso de los Diputados, basado en violación del principio de reserva de ley, que dio lugar a la Sentencia 37/1994, de 10 de febrero, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional, a la que nos referiremos.

Sobre la introducción del pago directo a cargo de las empresas de la prestación económica de I. T en el sentido expresado, se ha formulado la interrogación sobre si se puede considerar como otro supuesto de colaboración empresarial en la gestión de la Seguridad Social²⁸⁴. Se ha apuntado que constituía una forma de colaboración obligatoria en la gestión a cargo de aquéllas²⁸⁵. E incluso se ha afirmado la imposición de tal obligación suponía extraer el subsidio de IT durante esos días del sistema de

²⁸³ Capítulo siguiente.

²⁸⁴ González del Rey Rodríguez, I. La colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social. Edersa. Madrid. 1999. págs. 205 y ss.

²⁸⁵ Morro López, J.J. "Algunas cuestiones sobre la gestión y el control de la I. T", VV. AA (coord. Ojeda Avilés, A.). La incapacidad temporal. Tecnos. Madrid 1996. págs.342 y ss.

protección de la Seguridad Social²⁸⁶. En nuestra opinión la crítica a la obligación impuesta por el Real Decreto-ley 5/1992 debe partir de considerar la naturaleza jurídica de la obligación impuesta por el Real Decreto-ley 5/1992 englobado en un ámbito más general que sería la definición de la naturaleza de los ingresos que contribuyen al pago de prestaciones de la Seguridad Social. Definición que se extendería naturalmente a las cotizaciones (que, como sabemos, constituyen la fuente principal de financiación de aquélla por lo que se trata de prestaciones contributivas), al considerar el pago directo de empresarios (y trabajadores) como contribución al mantenimiento del sistema, puesto que, en paralelo esto viene a ser el abono de la prestación económica de I.T. por el empresario.

De este modo, considerando la cuota de la Seguridad Social, bien como un impuesto²⁸⁷

²⁸⁶ Aramendi Sánchez, J.P. "La prestación de incapacidad temporal transitoria: novedades introducidas por la Ley 28/1992, de Medidas Presupuestarias Urgentes". Aranzadi Social, número 35/1992. págs.11 y ss. Duréndez Sáiz, I." Régimen jurídico y control de la incapacidad laboral transitoria (ILT) derivada de enfermedad común", Relaciones Laborales, número 16/1994, pág. 91.

²⁸⁷ Abordando dos líneas de estudio de la naturaleza de las cotizaciones, la línea fiscal y la de Seguridad Social. En la primera (González Rabanal, M^a C. Los problemas de la Seguridad Social española. Tecnos.Madrid.1990) a su vez, se pueden citar aquellos autores que identifican las cotizaciones con los tributos, es decir que consideran las cotizaciones como parte de la estructura contributiva en términos generales, de aquéllos que las consideran al margen del sistema tributario. A su vez entre los primeros, se considera las cotizaciones²⁸⁷ como formas de impuestos (Perpiñá Rodríguez, A.- "Boletín de información del I.N.P."-VII-VIII.-1945) ; o bien se afirma (Vicente Arche, F.- " Entorno a la naturaleza jurídico-tributaria de las cuotas de Seguridad Social".-Revista de Derecho Financiero y de la Hacienda Pública.-nº 44/1961) que la cuota es "...un impuesto, aunque formalmente es una exacción parafiscal no sujeta a la ley de 26 de diciembre de 1958 sino a su régimen jurídico particular...". De otra parte, Monasterio Escudero, C.- Seguridad Social y Ahorro: Análisis del caso español. Tesis doctoral (obra no publicada). Universidad de Oviedo, dirigida por E. Albi, pág. 63, citado por González Rabanal, M.C. Los problemas de la...ó.p. cit. pág. 92, se defiende la equivalencia de las cuotas obreras con un impuesto de producto sobre los salarios, y las patronales con un impuesto sobre los beneficios en caso de traslación de éstas, con un impuesto de rentas o sobre salarios. También se ha hablado (Musgrave, R.A. y P.B., Hacienda Pública teórica y aplicada. Traducción Instituto de Estudios Fiscales.Madrid.1981.-pág.740) de " impuesto sobre las nóminas"; así como se ha propuesto (Gimeno Ullastres, J.A. y Ruiz Huerta Carbonell, R. "El nuevo estado fiscal español. Reforma fiscal y financiación de las Autonomías. Blume. Madrid., págs 191 a 194) la teoría de la asimilación de las cuotas a la imposición indirecta general, o se las ha considerado (Así lo consideraba Aparicio Pérez, A en el Curso de Doctorado. La Reforma fiscal y los problemas de la Hacienda Pública. Departamento de Derecho Público.Universidad de Oviedo. Bienio 1992/1994) también dentro del sistema impositivo general español. Albiñana considera en el mismo sentido las cuotas (Albiñana García-Quintana, C. Guía fiscal 1990. Deusto. Bilbao 1990.-pág.138.). De otra parte, en referencia a los autores que ubican las cotizaciones sociales fuera del sistema tributario, se ha afirmado (Cremades,

o tributo en general, bien como una prestación patrimonial²⁸⁸ ex artículo 31.3 de la

B.M..La Seguridad Social española, hoy. Marcial Pons.Barcelona 1974. pág.111) su condición de precio político "...que se abona para así poder disfrutar de la cobertura dispensada..."; se las ha clasificado (Mateo Rodríguez, L. La tributación parafiscal. Colegio Universitario de León.1978.-pág.252) como exacción parafiscal de naturaleza impositiva. En esa misma línea de entender las cuotas como exacciones parafiscales Laferriere y Walme (Laferriere, J y Walme, M. Traité élémentaire de science et législation financières.-1952.-citado por González Rabanal, M. C.-Los problemas de la ...óp. cit.pág.94 en base a una referencia de Dippi, F. en De la notion de salaire individuel a la notio de salaire social.-1966 y transcrita en la obra de Perpiñá Rodríguez, A.-Sociología de la Seguridad Social.-Madrid.1972). Y en opiniones ya expuestas en 1975 por ilustres iuslaboralistas, Desdentado Bonete ((Desdentado Bonete, A. "Técnicas de financiación de los servicios sociales. ¿Financiación contributiva ó financiación fiscal?". Anales de moral social y económica nº 38.- Reparto de la carga fiscal (II) 1975. págs.537-570) e incluso Borrajo Dacruz en 1962 (Borrajo Dacruz, E, Estudios de previsión social. Madrid 1962. págs. 101 y ss.). La propia González Rabanal (González Rabanal, M^a C. Los problemas de la... óp. cit. págs.98 y ss.) desde la perspectiva fiscal considera que la cuota a cargo del trabajador podría asimilarse a un impuesto directo, mientras que las cuotas empresariales lo serían a un impuesto indirecto. El segundo punto de vista, el adoptado desde la perspectiva de Seguridad Social propiamente dicha, es decir, para estudiar la doctrina que analiza la cotización desde la específica posición de la normativa laboral y de Seguridad Social, podemos hablar en primer lugar de la consideración (De la Villa, L.E. y Desdentado Bonete, A. Manual de ...óp. cit.pág.282) del carácter tributario de la obligación de cotizar; de la cuota (Durand, P. La política contemporánea de Seguridad Social. Traducción de José Vida Soria. Ministerio de Trabajo.1991. págs..364 y ss.) como un impuesto especial que toma como base los salarios, o entendida (Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J. L. Instituciones de...óp. cit. págs.449-450) a la manera de un impuesto especial o afectado. También se ha calificado a la cotización (Almansa Pastor, J.M. Derecho de la...op.c.pág.266) como exacción parafiscal, pero con régimen jurídico propio y específico. En distinto sentido, se ha estimado (Montoya Melgar, A. Derecho del Trabajo. Tecnos.Madrid.1984.-pág.623) que "...a la identificación pura y simple entre cuota y tributo se opone el predominante carácter contributivo de la Seguridad Social que, si bien no se articula sobre el molde del contrato de seguro, sí lo hace sobre la técnica genérica del aseguramiento...". Y también se ha considerado (²⁸⁷ Venturi, A.-Los fundamentos científicos de la Seguridad Social.-Traducción de Tudela Cambroner, G. Ministerio de Trabajo.-págs.628 y ss.) que la base de la financiación de la Seguridad social está en la imposición general, estimando las cotizaciones de los trabajadores como un " impuesto directo especial" que cuando su importe se fija en un porcentaje sobre la retribución equivale a un normal impuesto proporcional sobre la renta, y cuando es un tipo uniforme, equivale a un impuesto de capitalización. Así, las cotizaciones de los empleadores equivalen a un impuesto indirecto general sobre el consumo.

²⁸⁸ Por esta postura se inclina la Jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial. Es de obligada referencia la Sentencia de la Sección 7ª de la Sala 3ª de 27 de marzo de 1991 (R.A. 6547/91), con cita (errónea) de la Sentencia de 28 de noviembre de 1990. Esta Sentencia considera que las cuotas abonadas a la Seguridad Social constituyen prestaciones patrimoniales de carácter público a las que se refiere el artículo 31.3 de la Constitución, después de reconocer que: "...Precisamente debido a esta variación en el concepto de la Seguridad Social, no han faltado quienes han calificado a la obligación de cotizar como una manifestación del fenómeno tributario...". Pero evitando pronunciamiento expreso al respecto puntualiza: "...No es necesario sin embargo que aceptemos esta calificación para situar en su debido contexto legal y constitucional al deber de cotizar...". Para manifestar seguidamente: "...consideramos que las cotizaciones a la misma merecen la calificación de prestaciones patrimoniales de carácter público porque se dan

Constitución, el pago de la prestación económica de la I.T. tanto en caso de accidente (laboral o no) como de enfermedad (común o profesional), es una medida de protección prevista por la ley como incluida en el sistema de la Seguridad Social ,elemento de defensa frente ante una situación sobrevenida de necesidad que ha de ser cubierta por fondos públicos como gasto público que es o que al menos debe contar con el respaldo estatal último, al constituir uno de los supuestos de asistencia previstos para tal situación, "...contribuyendo así a la satisfacción del interés público constituido por el servicio de la Seguridad Social que, en todo caso el Estado tiene el deber de cubrir..."según recoge la Sentencia del T.S., Sala 3ª, Sección 7ª, de 27 de marzo de 1991²⁸⁹.

Apoya este razonamiento el hecho de que el Convenio nº 102 de la Organización Internacional de Trabajo--O.I.T.-- recoge en su parte III las prestaciones monetarias de enfermedad--artículos 13 a 18--, y dispone en su artículo 71--incluido en la parte XII " Disposiciones comunes"--, textualmente, que "...el costo de las prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio y los gastos de administración de estas prestaciones

en ella las notas que hemos indicado: son impuestas con carácter general, obligatorio y coactivo a todos los ciudadanos que se encuentran en las situaciones legales de las que se deriva el deber de cotizar, contribuyendo así a la satisfacción del interés público constituido por el servicio de la Seguridad Social que en todo caso el Estado tiene el deber de cumplir...". Va más allá el voto particular a esa Sentencia, emitido por el Magistrado Excmo. Sr. Conde Martín de Hijas, que afirma: "...Hay así elementos suficientes para mantener hoy sin temor que la actual cotización a la Seguridad Social es índole sustancialmente tributaria...". En ese sentido, Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 L.O.P.J. del T.S de 9 de mayo de 1992; de la Sala Tercera del T.S., de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, de 3 de diciembre de 1999, Recurso 1446/1994; de 2 de setiembre de 2003. Recurso 7759/2000; Sentencia 114/1994, de 28 de febrero de 1998. Recurso 114/1994, de la Sala de lo contencioso del T.S.J. de Navarra, Sentencia 2231/2007 de 29 de noviembre de 2007, de la Sala de lo contencioso-administrativo del T.S.J. de Andalucía (Málaga). Recurso 110/200; de la Sala de lo contencioso-administrativo del T.S.J. de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 27 Feb. 2007, Recurso 673/2001. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha tenido ocasión de pronunciarse en varias Sentencias (entre otras las Sentencias 103/1983; 65/1987; 12719/87; 189/1987 y 89/2009) ,aunque fundamentalmente es la 39/1992, de 30 de marzo de 1992 dictada en el Recurso de Amparo 981/1989 la que resume su posicionamiento al respecto: En ese sentido afirma: "...aunque en el estado actual de la doctrina la naturaleza jurídica de la cuota de Seguridad Social es objeto de polémica, es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema asegurativo y acercándose de forma cada vez más próxima al concepto de tributación en el que la existencia de una cuota no autoriza a exigir un determinado nivel o contenido de las mismas, y en tal sentido, es abundante la jurisprudencia constitucional que niega a la cuota de cotización la cualidad de prima de seguro de la que se deriva necesariamente el derecho a la prestación ó puede dejar de pagarse caso de inexistencia de ésta..."

²⁸⁹ R. Aranzadi 5647/1991, de la que fue ponente el Excmo.Sr. D.Ramón Trillo Torre.

deberán ser financiados colectivamente, por medio de cotizaciones ó impuestos, o por ambos medios a la vez..." (nº 1) y que "...El Miembro deberá asumir la responsabilidad general en lo que se refiere al servicio de prestaciones concedidas en aplicación del presente Convenio, y adoptar, cuando fuere oportuno, todas las medidas necesarias para alcanzar dicho fin...". Dado que, además, esta prestación económica de I.T. no es de nivel complementario en el sentido recogido en el artículo 41 de la Constitución (como sí lo son los complementos convencionales de prestaciones) sino una prestación básica que el sistema de la Seguridad Social prevé, según hoy en día los artículos 169 a 176 del T.R.L.G.S.S./2015, desarrollados por la O.M. de 13 de octubre de 1967. Por consiguiente, no cabría remitir sin más la responsabilidad de su pago a las empresas, que carecen del carácter de Administración Pública, y por tanto, ni tienen ni atienden directamente gastos públicos (esto son, en definitiva las prestaciones económicas de I.T.), sin perjuicio de los supuestos legales de responsabilidad causal, hoy previstos en el artículo 96 de la L.G.S.S./1966 por incumplimiento de obligaciones empresariales en materia de afiliación, altas, bajas y cotizaciones. Y ello con independencia, claro es, de lo que sí constituye una verdadera opción para la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la prestación económica de I.T. en base al precitado artículo 102.1 c) T.R.L.G.S.S./2015 y la Sección 4ª del capítulo II de la O.M. de 25 de noviembre de 1966 (en la redacción dada por la O.M. de 18 de enero de 1993), cual es la colaboración consistente en el abono directo de la prestación económica, sin asumir la gestión (colaboración en la gestión) de la asistencia sanitaria, opción que nada tiene que ver con el establecido pago de la prestación económica de I.T. entre los días 4º a 15º a partir de la baja, a cargo de la empresa, en los supuestos de enfermedad común y accidente no laboral, por el Real Decreto-ley 5/1992 y su conversión en ley realizada mediante la ley 28/1992.

El tema fue resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia 37/94, de 10 de febrero (B.O.E de 17 de marzo de 1994²⁹⁰). Esta Sentencia viene a declarar la constitucionalidad del artículo 129.1 del T.R.L.G.S.S./1974 en la redacción dada por el Real Decreto-ley 5/1992 transformado en ley 28/1992.

²⁹⁰ Sentencia dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 342/93; 1534, 1581, 1582, 2138, 2591, 2641, 2642, 2643, 2644, 3123, 3171, 3172, 3554, y 3599 planteadas por la Sala de lo Social del T.S.J. de Palma de Mallorca y Juzgado de lo Social de Gáldar (Gran Canaria).

Parte la Sentencia de la obligación constitucional recogida en el artículo 41 de establecer--ó mantener--un sistema público de Seguridad Social, "...de tal suerte que ha de ser preservado <<en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar>> (Sentencia del Tribunal Constitucional 26/87, Fundamento Jurídico 4º y 76/88, Fundamento Jurídico 4º). Continúa argumentando que, salvada esa limitación--es decir, este contar el sistema establecido con los mecanismos mínimos precisos para poder ser reconocido tal sistema como de Seguridad Social--,"...el derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, por lo que el legislador en cada momento histórico podrá ir disponiendo "...de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (Sentencia del Tribunal Constitucional 65/87,Fundamento Jurídico 17,entre otras)...". Por consiguiente, en estricta lógica de razonamiento, estima (Fundamento Jurídico 4º) que:"...la flexible fórmula empleada por la Constitución impide hablar de un modelo único de Seguridad Social como conforme a aquélla, y mucho menos de una norma--la Ley General de la Seguridad Social ó cualquier otra pensable-- que resuma de una vez y para siempre el contenido del mandato constitucional...".

Termina el Fundamento Jurídico 4º afirmando que: "... La garantía constitucional del sistema de Seguridad Social en cuanto impone el obligado respeto a los rasgos que la hacen reconocible en el estado actual de la convivencia social lleva aparejado el carácter público del mencionado sistema. Ahora bien, este rasgo debe apreciarse en relación con la estructura y el régimen del sistema en su conjunto, sin distorsionar la evaluación centrándola en aspectos concretos de este desvinculados del conjunto al que pertenece...", con la apostilla de que "...Lo que verdaderamente ha de ser tutelado por imperativo constitucional--continúa el razonamiento--... es que no se pongan en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social a la que pertenecen...", y el añadido de que "...Desde esta perspectiva, el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión ó responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél...". Sostiene, por todo ello, que "... habrá que concluir, en consonancia con la dicho, que no es incompatible con la garantía institucional del sistema de Seguridad Social consagrado en el artículo 41 de la Constitución, la reforma

experimentada por el artículo 129.1 de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto afecta a un aspecto parcial de la protección de la incapacidad temporal para el trabajo, y no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a esta contingencia, descartándose toda prevalencia de la autonomía privada en el diseño de la acción protectora dispensada...".

Con posterioridad, la Sentencia del T.C. 182/1997, de 25 de octubre²⁹¹ reiteró la constitucionalidad del Real Decreto-ley 5/1992 en base a la Sentencia 37/1994, al razonar que aunque "...la norma impugnada impone al empresario la obligación de asumir el pago de una parte de la prestación prevista en nuestro sistema de Seguridad Social en los casos de incapacidad laboral transitoria derivada de contingencias comunes...", sin el concurso de la voluntad de aquéllos, lo que viene a constituir la imposición de "...una prestación pecuniaria que tiene una evidente finalidad pública, o lo que es igual, establece una "prestación patrimonial de carácter público"...", no significa que "...el Real Decreto-ley 5/1992 haya incidido en un ámbito material que le esté constitucionalmente ved. Es evidente que el artículo 86.1 C.E. no prohíbe que mediante estos actos con fuerza de ley pueda afectarse a cualquiera de las materias tratadas en los preceptos del Título I de la Constitución, sino únicamente a los que contienen una consagración de "derechos, deberes y libertades de los ciudadanos...". Añade a continuación, como argumento principal de la desestimación del recurso, que "...aunque, ciertamente, entre tales deberes hay que incluir el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario justo regulado en el apartado 1º del citado artículo 31 C.E., ya hemos excluido la naturaleza tributaria de la prestación de Seguridad Social que establece el Decreto –ley impugnado...".

5.- La cotización durante la situación de incapacidad temporal

De acuerdo con el artículo 144.3 T.R.L.G.S.S/2015, la obligación de cotizar se mantiene

²⁹¹ Resolviendo los Recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 2.548/92 y 553/93, promovidos por don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, comisionado por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular, el primero contra los arts. 2 y 6.1 del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes, que modificaron las escalas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas para 1992 y la prestación por incapacidad laboral transitoria, respectivamente, y el segundo contra el artículo 2 de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes, de modificación de las indicadas escalas.

durante la situación de I. T. Por ello, con independencia del estudio que hemos realizado sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación económica por I. T. vamos a referirnos al cálculo de la base de cotización durante la situación protegida de I. T y, sobre la base de la normativa existente, plantearnos un tema acerca de la posible inconstitucionalidad de la regulación existente al efecto.

5.1 Cálculo de la base de cotización durante la situación de incapacidad temporal

De las normas analizadas en el apartado anterior claramente se desprende que la regulación de la base de cotización está realizada para la situación ordinaria de prestación de sus servicios por parte del trabajador, pero nada se establece al efecto para la determinación de la base de cotización durante la situación de I.T. aun a pesar de la premisa de partida citada; esto es, la obligación de continuar cotizando, aunque la relación laboral se encuentre suspendida. Y ello, naturalmente, puesto que durante esta situación el trabajador está percibiendo prestaciones económicas y asistencia sanitaria de la Seguridad Social, excluidas, como se ha visto²⁹², de la composición de la base de cotización, y en su caso, mejoras sobre aquéllas que están igualmente excluidas.

Esta ausencia de disposición legal normadora de la cotización durante la situación de I.T. ha de ser cubierta por las órdenes de desarrollo en materia de cotización dictadas por el Ministerio de Trabajo, en uso de las autorizaciones que las sucesivas Leyes de Presupuestos le otorgan²⁹³ al aprobar las líneas básicas de la cotización a la Seguridad Social para el ejercicio al que se refieren. De esta forma, para el año 2016 se ha dictado la Orden ESS 70/2016, de 29 de enero (B.O.E 30 de enero), del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en virtud de la facultad conferida al Ministro por el apartado 17 del artículo 1115 la Ley 48/2015, de 29 de octubre (B.O.E.30-10), de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

En virtud de la exposición que realizada y a la vista de la normativa aplicable citada, ¿cómo se calcula entonces la base de cotización durante la situación de I.T ? . Es el artículo 6 de la precitada Orden ESS 86/2015--en relación con el artículo 1--el que

²⁹² Artículo 147 del T.R.L.G.S./2015.

²⁹³ Artículo 103.17 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015.
Artículo 115. 17 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

viene a determinar el cálculo de la base de cotización en las situaciones de I.T., riesgo durante el embarazo y lactancia natural, maternidad y paternidad, recordando su número 1 la obligación de mantener la cotización durante las mismas aun cuando supongan una causa de suspensión de la relación laboral, y dictando las normas que a continuación exponemos, para tal fijación de la base de cotización: ." 2.- la base de cotización aplicable para las contingencias comunes será la correspondiente al mes anterior al de la fecha de la incapacidad, situación de riesgo durante el embarazo²⁹⁴ o de riesgo durante la lactancia natural²⁹⁵, o del inicio del disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad²⁹⁶...". Esta es, pues, la norma general para la fijación de la base de cotización cuando las causas productoras de la I.T. sean las denominadas contingencias comunes: la base de cotización durante la I.T. será la correspondiente al mes anterior a que aquélla se hubiera producido. Para su concreción, y ya que, en primer lugar, el salario del trabajador puede ser diario ó mensual, y en segundo lugar puede que no haya comenzado a trabajar desde el primer día del mes de que se trate, el artículo 6 establece las siguientes reglas:

Primera. En el supuesto de remuneración que se satisfaga con carácter diario, hubiere o no permanecido en alta en la empresa el trabajador durante todo el mes natural anterior, el importe de la base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiera la cotización. El cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por el número de días en que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o por paternidad para determinar la base de cotización durante dicha situación.

Segunda. Para el supuesto de que el salario sea mensual, si el trabajador hubiese permanecido en alta durante todo el mes natural al de la iniciación de dichas situaciones, la base de cotización de ese mes se dividirá por 30. Si no hubiera permanecido en alta en la empresa durante todo el mes natural anterior, el importe de la

²⁹⁴ Situación creada por la Ley 39/99, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.

²⁹⁵ Situación protegida introducida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

²⁹⁶ Ídem.

base de cotización de dicho mes se dividirá por el número de días a que se refiere la cotización. En ambos casos, el cociente resultante será la base diaria de cotización, que se multiplicará por 30 de permanecer todo el mes en la situación de incapacidad temporal, (riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o por paternidad) o por la diferencia existente entre dicha cifra y el número de días que realmente haya trabajado en dicho mes.

Tercera. Previendo la posibilidad de que la situación de I.T. se produzca en el mismo mes de ingreso en la empresa, se establece que "...Cuando el trabajador hubiera ingresado en la empresa en el mismo mes en que haya iniciado alguna de las situaciones a que se refiere este artículo, se aplicará a ese mes lo establecido en las reglas precedentes.

Para terminar con la regulación de la determinación de la base de cotización por contingencias comunes, el número 4 de este artículo 6 aludiendo a la existencia de bases mínimas de cotización, recalca que salvo disposición legal expresa en contrario²⁹⁷, la base de cotización por contingencias comunes en la situación de IT²⁹⁸ no podrá ser inferior a la base mínima vigente en cada momento correspondiente a la categoría profesional del trabajador de que se trate²⁹⁹.

Para el supuesto de que el origen de la causa motivadora de la situación de I.T., sea de carácter profesional, el número 3 del mismo artículo 6 de la Orden ESS 86/2015 se refiere al cálculo de la base de cotización de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales durante la situación de I.T., para declarar aplicables las anteriormente enunciadas reglas. Además, y dado que a tenor del artículo 147.2 e) T.R.L.G.S.S/2015 sí se computan en la determinación de la base de cotización para estas contingencias las horas extraordinarias, establece que "...a fin de determinar la cotización que por el concepto de horas extraordinarias corresponde efectuar, se tendrá

²⁹⁷ Hace referencia al estricto principio de legalidad.

²⁹⁸ Además, naturalmente, de las de riesgo durante el embarazo, durante la lactancia natural y maternidad/paternidad.

²⁹⁹ Por lo que, añade con relación al abono del subsidio en estas situaciones, "...se actualizará a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva base mínima de cotización...".

en cuenta el promedio de las efectivamente realizadas y cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la fecha de iniciación de dicha situación...". Para llevarlo a cabo indica expresamente que "...el número de horas extraordinarias realizadas se dividirá por 12 ó 365 según que las retribuciones del trabajador se satisfagan ó no con carácter mensual..." en los mismos términos estudiados anteriormente para la cotización ordinaria, esto es, la correspondiente al mes anterior al de la producción de la baja por IT.

Para el supuesto de una I.T. conectada con una huelga parcial, es preciso distinguir si la situación de I.T. se inicia durante los días de permanencia en huelga parcial, el importe del subsidio se reduce en la misma proporción en que se haya reducido la jornada ordinaria de trabajo. En el caso de que la I. T se produzca dentro del mes siguiente al de la huelga parcial, la base reguladora de la prestación se determina teniendo en cuenta el promedio de cotización de aquellos días en que no haya existido cotización parcial por dicha causa, y si la cotización parcial abarca todo el mes ó meses completos, se toma el último en que haya existido obligación de cotizar plenamente, según determina la Resolución de 5 de marzo de 1985 de la Secretaría General para la Seguridad Social.

Concretada la determinación de las bases de cotización durante la situación de I.T., hemos de hacer referencia a la existencia de bases mínimas de cotización, es decir, aquellas cuantías que *ex lege* constituyen el importe básico de aquella. Respecto a fijación de bases mínimas de cotización para las contingencias profesionales, el artículo 2.2 de la Orden ESS 86/2015 regula que: "... el tope mínimo de cotización para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, será equivalente al salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, incrementado por el prorrateo de las percepciones de vencimiento superior al mensual que perciba el trabajador, sin que pueda ser inferior a 756,60 euros mensuales..."³⁰⁰.

³⁰⁰ En virtud del artículo 120 de la ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015. Hemos de recordar que por medio de la ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2001 y de la O.M. de 29 de enero de 2001 (B.O.E. 31-1) se lleva a cabo la fijación de una base mínima de cotización de 84.150 ptas. mensuales. En 1999, la ley 65/1997, de 31 de diciembre y la O.M. de 26 de enero de 1998 (B.O.E. 28-1) dictada en su desarrollo, establecía por vez primera la base mínima de cotización para trabajadores mayores y menores de 18 años en 79.380 ptas. mensuales. Hasta ese momento, se diferenciaban las bases de cotización para los trabajadores mayores y menores de esa edad, y así, por última vez, la ley 12/1996, de

Fijada la base de cotización, es inalterable para la cotización durante la situación de I.T., con la excepción precitada de incremento de la base mínima de cotización, en caso de coincidencia con ésta, ó cuando se produce una modificación de los salarios por Convenio Colectivo, decisión judicial ó disposición legal, de efectos retroactivos y consiguientemente anteriores al inicio de la I.T.³⁰¹. Sensus contrario, si los incrementos salariales aludidos tienen una retroactividad posterior al inicio de la situación de I.T. del trabajador de que se trate, no se alteran ni la base de cotización ni la base reguladora de la prestación económica ni por consiguiente el importe del subsidio³⁰².

5.2. El problema del principio de reserva de ley en la regulación de la cotización durante la incapacidad temporal

De lo analizado hasta el momento en relación a la regulación de la cotización durante la situación de I.T., especialmente sobre el cálculo de la Base de cotización, fuente a su vez de la base reguladora de la prestación económica a percibir por el trabajador y cuya determinación se realiza a través de las Ordenes Ministeriales desarrolladoras de las Leyes anuales de presupuestos Generales del Estado, se plantea la cuestión de un problema de inconstitucionalidad en que pudiera estar incurriendo la estudiada regulación de los elementos de la cotización durante la situación de IT por una presumible violación del principio de reserva de ley consagrado en el artículo 31.3 C.E.

En primer lugar, porque las reglas analizadas sobre cotización contenidas en la Orden ESS 86/2015 actualmente vigente, al igual que las anteriores³⁰³, contienen una

30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 y la O.M. de 27 de enero de 1997 (B.O.E. 30-1) dictada para su desarrollo fijaban las bases mínimas de cotización a la Seguridad Social durante ese año en 77.730 ptas. mensuales para trabajadores mayores de 18 años, y en 68.970 ptas. mensuales para los menores de dicha edad.

³⁰¹ Sentencias del T.C.T. de 24 de marzo y 3 de junio de 1987. .RR Aranzadi 6458 y 12159 respectivamente.

³⁰² Martínez Lucas, J.A., La cotización en las situaciones de maternidad, VV..AA (AEDTSS), La Incapacidad..., op.cit., pág. 320.

³⁰³ La ley 31/91, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 fue desarrollada por la O.M. de 16 de enero de 1992 (B.O.E. 21-1).La ley 39/92, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para

regulación ex novo de la determinación de la base de cotización, no esbozada siquiera por ley formal alguna. Se trata de una regulación independiente³⁰⁴ que en estas materias no es jurídicamente posible ya que un Reglamento ejecutivo no puede regular aspectos esenciales de la materia de que se trate porque supondría invadir la esfera material de reserva legal³⁰⁵ como recoge la Jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del

1993 fue desarrollada por la O.M. de 18 de enero de 1993 (B.O.E. 20-1).La ley 21/93, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994 fue desarrollada por la O.M. de 19 de enero de 1994 (B.O.E. 21-1).La ley 4/94, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995 fue desarrollada por la O.M. de 18 de enero de 1995 (B.O.E. 21-1).El Real-Decreto-ley 12/95, de 28 de diciembre, convalidado por la Resolución de 30 de enero de 1996, del Congreso de los Diputados, fue desarrollado por la O.M. de 11 de enero de 1996 (B.O.E. 13-1).La ley 12/96, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997 fue desarrollada por la O.M. de 27 de enero de 1997 (B.O.E.30-1).La ley 65/97, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998 fue desarrollada por la O.M. de 26 de enero de 1998 (B.O.E.28-1).La ley 49/98, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 fue desarrollada por la O.M. de 15 de enero de 1999 (B.O.E.16-1).La ley 54/99, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2000 fue desarrollada por la O.M. de 28 de enero de 2000 (B.O.E. 31-1).La ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2001 fue desarrollada por la O.M. de 9 de enero de 2001 (B.O.E.19-1).La ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2002 fue desarrollada por la Orden TAS de 31 de enero de 2002 (B.O.E.- 2-2-).La Ley 53/2002, de 31 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2003 fue desarrollada por la O.M TAS 118/03, de 31 de enero (B.O.E.1 -2).La Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004 fue desarrollada por la O.M. TAS/368/2004, de 12 de febrero (B.O.E. 19-2).La Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005 fue desarrollada por la O.M. TAS 77/2005, de 18 de enero (B.O.E. 28-1).La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 fue desarrollada por la Orden TAS 29/2006, de 18 de enero. La Ley 19/2006, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007 fue desarrollada por la Orden TAS 29/2006, de 18 de enero (B.O.E. 20-1). La Ley 51/2007, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 fue desarrollada por la Orden TAS 76/2008, de 22 de enero (B.O.E. 28-1). La Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 fue desarrollada por la Orden TIN 41/2009, de 20 de enero (B.O.E. 24 de enero). La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 fue desarrollada por la Orden TIN 25/2010, de 12 de enero (B.O.E.18 de enero). La ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 fue desarrollada por la Orden TIN 41/2011, de 18 de enero (B.O.E. 20 de enero). El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, que prorrogó para 2012 el artículo 132 de la Ley 39/2010, fue desarrollado por la Orden ESS 184/2012, de 2 de febrero (B.O.E. 7 de febrero). La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013, fue desarrollada por la Orden ESS 56/2013, de 28 de enero (B.O.E. 29 de enero). La ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014 fue desarrollada por la Orden ESS 106/2014, de 31 de enero (B.O.E. 1 de febrero).

³⁰⁴ Martínez Lucas, J.A. La cotización en las situaciones...dentro de la obra La Incapacidad...óp. cit. pág.318. Y tampoco se trataría de una norma auto organizativa, de materia propia de la competencia ministerial. Cf. Sentencia de la Sala Tercera del T.S de 1 de julio de 2014. Recurso 3211/2012.

³⁰⁵ Parada, R.-Derecho Administrativo I. Parte General. Marcial Pons.2003. págs. 62 y 63.

Tribunal Constitucional³⁰⁶.

Así, la Sentencia 83/1984 del Tribunal Constitucional expresamente afirma que "...Este principio de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado...", ya que "... Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes.". Añade que "...El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley...".

De otra parte, en segundo lugar, el problema vendría dado como consecuencia de que la/s Orden/es Ministerial/es por las que se desarrollan las normas de cotización establecidas en las Leyes de Presupuestos anuales no pueden entenderse como un desarrollo reglamentario al no tratarse de una norma dictada por el Consejo de Ministros ex artículo 97 C.E., desarrollado por el artículo 5 h) de la Ley 50/1997, del Gobierno, sino por el Ministerio hoy de Empleo y Seguridad Social, tal y como establece doctrina jurisprudencial³⁰⁷. Con independencia de ello, tampoco se ha utilizado la vía reglamentaria por excelencia, esto es, el Reglamento aprobado por Consejo de Ministros, dado que el R.D.2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social sólo contiene una referencia indirecta a la fijación de las bases de cotización en su artículo 68.3, al remitirse al Ministerio de Empleo, lo que entendemos que no constituye instrumento habilitador suficiente. Pero tal remisión, sin más indicación expresa al cálculo de la base reguladora (y al tipo como elemento de cotización) estaría

³⁰⁶ Sentencias 58/1982; 37/1981; 83/1984; 182/1997 del Pleno, del T.C. Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 L.O.P.J. de 9 de mayo de 1992; Sentencias de la Sala Tercera del T.S de 11 de junio de 1996. Recurso 10987/1991; 29 de octubre de 1996. Recurso 2064/1991; de 18 de noviembre de 1997. Recurso 2533/1991 (que cita expresamente las Sentencias de 15 de marzo de 1983; 31 de enero de 1985; 25 de setiembre de 1986 y 19 de abril de 1988); 12 de diciembre de 1997. Recurso 3329/1992; de 27 de noviembre de 2000. Recurso 5274/1995; 9 de abril de 2001. Recurso 592/1998; 20 de diciembre de 2002. Recurso 514/1998.

³⁰⁷ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 15 de junio; 12 de julio y 15 de octubre de 1982. RR. Aranzadi 3635; 4740 y 5769; de 30 de marzo de 1984. R. Aranzadi 1639; 31 de octubre, 16 y 19 de diciembre de 1986. RR. Aranzadi 5823; 8111 y 8117; de 12 de mayo y 30 de diciembre de 1987. RR. Aranzadi 3708 y 9939. En la doctrina, Martínez Lucas, J.A. La cotización...dentro de la obra La Incapacidad...op.cit. pág.318.

contraviniendo el artículo 13.2 b) de la Ley 30/1992 L.R.J.A.E-P.A.C., que prohíbe la delegación para el dictado de disposición de carácter general puesto que el desarrollo del artículo 147 T.R.L.G.S.S/2015 y las Leyes de Presupuestos anuales que contienen las normas igualmente anuales de cotización, a través de Órdenes Ministeriales excede de la competencia reglamentaria, en este caso del Ministro/a de Empleo, contenida en el artículo 4.1 b) de la Ley 50/1997³⁰⁸.

Por consiguiente, desde una perspectiva de *lege ferenda*, entendemos que la aprobación del vigente T.R.L.G.S.S/2015 ha sido una ocasión perdida para completar la redacción de los artículos 144 y 147 al no recoger expresamente, al menos, las líneas básicas definitorias de la base de cotización durante la situación de I.T. para dotar de esta manera de base legal al procedimiento de determinación de la misma, huérfano a la fecha de regulación legal, que bien pudieran desarrollarse posteriormente a través de normas reglamentarias u órdenes ministeriales.

6.- El tratamiento fiscal de las prestaciones económicas de incapacidad temporal

El establecimiento de un sistema de Seguridad Social llevado a cabo por la L.G.S.S/1966 regulando la entonces situación de I.L.T. y las prestaciones aplicables a aquélla en los artículos 126 a 131, que venían a concretar los principios establecidos en la ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social, tiene, desde la perspectiva fiscal, su primera aproximación normativa en el Decreto 512/1967, mediante el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre los Rendimientos de Trabajo Personal. Este Decreto supone el desarrollo, en el ámbito específico de los rendimientos de trabajo personal, de la Ley 41/1964 de Reforma del sistema tributario y del Decreto-ley 16/1965, por el que se prorrogaron los plazos establecidos para la aprobación de los textos refundidos de los distintos tributos. Dentro del sistema tributario así regulado, se configura el Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal como un impuesto a cuenta del Impuesto General sobre la Renta (al igual que las Contribuciones Territoriales Rústica y Pecuaria, Urbana, Impuesto sobre Actividades y Beneficios Comerciales e Industriales e Impuesto sobre las Rentas de Capital) cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto 3358/1967. Según el artículo 5.1 del ante citado Decreto

³⁰⁸ Según el cual al Ministro le corresponde ejercer la potestad reglamentaria en materia de su competencia.

512/1967, "...Se declaran no sujetas al Impuesto: las percepciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social...".

Tras la aprobación de la Reforma Fiscal de 1977, la primera medida normativa a considerar la constituyó la ley 44/1978, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas--I.R.P.F.--que vino a encuadrar, dentro de la consideración de renta sometida al Impuesto, las prestaciones de Seguridad Social; entre ellas, naturalmente, las prestaciones económicas de I.L.T. y los complementos convencionales pactados de las mismas. Y ello puesto que el artículo 3 del Decreto 2380/1973, de Ordenación del Salario--hoy la referencia sería el artículo 26 del T.R.E.T.--no considera salario "...las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social...". Pero dado que el régimen ordinario ó general establecido para el abono de tales prestaciones es el pago delegado a través de las empresas, constituye un ingreso para el trabajador sometido al impuesto personal, y para la empresa, al tratarse de un abono por cuenta de otro--el sistema de protección establecido por la Seguridad Social--constituye una reducción de la cuota de la Seguridad Social a su cargo. El artículo 3 de la ley del I.R.P.F expresa que constituye el hecho imponible del Impuesto la obtención de renta por el sujeto pasivo (renta obtenida por los rendimientos de trabajo personal y los rendimientos de explotaciones económicas de toda índole, entre otros). Y el artículo 14 considera rendimientos del trabajo "...todas las contraprestaciones, cualquiera que sea su denominación ó naturaleza, que se deriven exclusivamente, bien sea directa ó indirectamente del trabajo personal del sujeto pasivo...".

La ley del I.R.P.F. es desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 2384/1981, cuyo artículo 8 recoge los supuestos que no constituyen renta, entre los cuales se encuentran, según el apartado e) de dicho precepto, las indemnizaciones que constituyan compensación de pérdidas o deterioro de los bienes y derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio. Es el artículo 10 el que precisa la inclusión de indemnizaciones en este supuesto de no constitución de renta gravable, al referirse a las indemnizaciones que sean consecuencia de accidente de trabajo, enfermedad profesional o incapacidad permanente derivada de enfermedad común, hasta el límite máximo que, con carácter obligatorio, señale la legislación vigente. Sensus contrario, pues, están sujetas al Impuesto (y suponen, por tanto, renta gravada) aquellas indemnizaciones (prestaciones) que, siendo consecuencia de

accidente de trabajo ó enfermedad, no generan incapacidad permanente, como es el caso de las pensiones correspondientes a las situaciones de invalidez provisional--entonces vigente-- y el subsidio de la hoy denominada I.T.

La Ley 18/1991, de 6 de junio, definió, según la estela marcada por la ley 44/1978, el Impuesto en su artículo 1. Uno como "...un tributo de carácter directo y naturaleza personal y subjetiva que grava la renta de las personas físicas en los términos previstos en esta ley...". A continuación, el artículo 5 fija el hecho imponible de la misma, que es "...la obtención de renta por el sujeto pasivo...". El punto cuatro del mismo artículo profundiza tal obtención de renta al objeto de lo que es nuestro estudio, manifestando que componen (entre otros elementos) la renta del sujeto pasivo: "...a) Los rendimientos del trabajo...". De este modo, aunque sea por la vía indirecta de la acción protectora de la Seguridad Social, es claro que las prestaciones económicas de I.T. constituyen "...contraprestaciones...cualquiera que sea su denominación ó naturaleza...que deriven, directa ó indirectamente del trabajo personal del sujeto pasivo y no tengan el carácter de rendimientos empresariales o profesionales..." (artículo 24. Uno). Si bien hay que indicar que sólo tangencialmente los vemos referidos en el texto de la ley, dado que el artículo 25 d) de la misma, estimó, en particular entre los rendimientos del trabajo "...los premios e indemnizaciones no comprendidos en el artículo 9 de esta ley...". Este artículo 9, al fijar las rentas exentas recoge en su apartado Uno b) "...las prestaciones reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social ó por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente..."; por tanto, al igual que decíamos con relación al texto normativo anterior, el resto de prestaciones de la Seguridad Social ó entidades que las sustituyan, que no sean exentas, derivadas, pues de una Incapacidad Permanente, entre las cuales se encuentran las prestaciones económicas de I.T. y los complementos convencionales de prestaciones de tales situaciones, constituyen renta gravada en calidad o condición de rendimientos de trabajo personal, con la excepción a la que aludiremos.

En conexión con aquellos rendimientos íntegros y posteriormente netos, pero desde la perspectiva del empleador-empresario, las prestaciones abonadas al trabajador en situación de I.T. en régimen de pago delegado o los complementos satisfechos durante aquélla en virtud de negociación colectiva, constituirán un gasto deducible de sus rendimientos íntegros para la determinación del rendimiento neto que constituirá la base

liquidable regular. Evidentemente al respecto hemos de distinguir, temporalmente hablando, la situación existente hasta 1997 y la que encontramos a partir de 1 de enero de 1998 con el dictado del R.D.37/1998. Con relación a la primera, existen dos tipos principales de determinación de la base imponible--artículo 68--: Estimación directa, equivalente ó equiparable para el empresario persona física (sujeto de I.R.P.F.)-- artículo 11.Uno a)--al régimen de determinación del rendimiento neto establecido en el Impuesto sobre Sociedades--artículo 42--y al que seguidamente nos referiremos, y Estimación objetiva en sus dos modalidades--artículo 69--de signos, índices ó módulos y de coeficientes, desarrolladas reglamentariamente por los artículos 17 a 30 del Real Decreto 1841/1991.Ninguna repercusión tendrían los abonos de prestaciones económicas de I.T. o complementos convencionales de las mismas, para los empresarios individuales cuyo rendimiento neto se calcule por el sistema de signos, índices ó módulos--artículo 27--puesto que aquél se determinaba exclusivamente en base a tales signos, índices ó módulos--artículo 28--que fija el Ministerio de Hacienda, sin considerar ningún otro tipo de gasto ó ingreso. Si, en cambio, tenían incidencia ó repercusión tales pagos delegados de prestaciones económicas ó complementos de las mismas en la modalidad de coeficientes--artículo 29--puesto que tal pago--artículo 30. Uno a)--constituía un gasto del ejercicio en cuanto "...coste de personal, incluida la Seguridad Social del titular de las actividades...".

Las posteriores modificaciones normativas (Ley 40/1998, RDLeg.3/2004 y Ley 35/2006, norma actualmente en vigor) siguen la misma línea, de forma que el artículo 17.2 1 a) de la norma considera prestaciones del trabajo "...Las pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, o similares, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7...", esto es, excluyendo las prestaciones derivadas de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Por lo que se refiere a la consideración del pago de prestaciones de I. T como gasto empresarial, la ley 27/2014, del Impuesto de Sociedades, deroga la anterior Ley 43/1995, prescinde de la enumeración de los gastos a considerar como deducibles, y se remite a las normas contables, establecidas entonces básicamente por el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1643/1990, declarado obligatorio en su

aplicación para todas las empresas en su artículo 2. De este modo, como se ha afirmado³⁰⁹, la ley 43/1995, consagra: "...la primacía de las leyes contables en la determinación del resultado empresarial, tomando el resultado contable como base para la determinación de la base imponible...", "...evitando de esta manera la confusión antes existente por la coexistencia de dos normativas--contable y fiscal-- que llevaban a la determinación de dos beneficios distintos--contable y fiscal--...". La aprobación de la actualmente vigente Ley 27/2014 mantiene el mismo principio orientador³¹⁰.

En estos momentos, el Plan General de Contabilidad está aprobado mediante el Real Decreto 1514/2007, y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) por el Real Decreto 1515/2007, de la misma fecha³¹¹. La referencia indicada al Plan General Contable es aplicable a la situación legislativa actual, pues incluye en el Grupo 6, punto 64, los gastos de personal, que se definen como retribuciones al personal, cualquiera que sea la forma o el concepto por el que se satisfacen, que en caso de la I.T. en pago delegado se compensarían con el menor ingreso de la cuenta 642 (Seguridad Social a cargo de la empresa) a cuenta 649 denominada "Otros gastos sociales", que se definen como gastos de naturaleza social realizados en cumplimiento de una disposición legal o voluntariamente por la empresa, por lo que, en definitiva, el abono tanto de prestaciones económicas de I.T. como de los complementos establecidos en Convenio, constituyen gastos de personal deducibles por la empresa a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto directo (I.R.P.F. ó sociedades) de que se trate, cuando la determinación de su rendimientos se lleve a cabo por el sistema de estimación directa tanto en modalidad simplificada como

³⁰⁹ Pascual Pedreño, E. Impuesto sobre Sociedades y Contabilidad. Lex Nova.Valladolid.1996.-pág.36

³¹⁰ De acuerdo con el artículo 11.de la Ley encabezado Imputación temporal. Inscripción contable de ingresos y gastos, "...1. Los ingresos y gastos derivados de las transacciones o hechos económicos se imputarán al período impositivo en que se produzca su devengo, con arreglo a la normativa contable, con independencia de la fecha de su pago o de su cobro, respetando la debida correlación entre unos y otros.

³¹¹ El R.D. 1514/2007, de 16 de noviembre, aprueba el Plan General de contabilidad, y el R.D. 1515/2007, de 16 de noviembre aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y medianas empresas y los criterios contables específicos para microempresas. Se consideran pequeñas y medidas empresas las que reúnan, al menos dos de los siguientes requisitos:-Que el total de las partidas de su activo no superen los 2.850.000€.-Que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los 5.700.000 €.-Que el número medio de trabajadores no supere los 50.Serán consideradas microempresas las que reúna, al menos dos de las siguientes notas características:-Que el total de las partidas de su activo no supere 1.000.000 €.-Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 2.000.000€.-Que el número medio de trabajadores no exceda de 10.

ordinaria.

CAPÍTULO CUARTO

LA DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

1.- Duración inicial de la incapacidad temporal

La I.T. en el Régimen General es una contingencia protegida durante la cual se recibe asistencia sanitaria y se percibe un subsidio que palía la carencia de ingresos del trabajador por la imposibilidad transitoria de trabajar para, en su caso, obtener la recuperación de la salud del trabajador al efecto de continuar la prestación de servicios en su relación laboral o llegar a la conclusión de que la curación no es posible. De ello necesariamente se entiende que la protección se extenderá mientras se dé esta situación, de forma que el alta por curación o mejoría de la salud del trabajador que le permite reanudar su actividad puede producirse en cualquier momento; esto es, cuando realmente se produzca la recuperación, sin que necesariamente hayan de agotarse los distintos períodos temporales que a continuación se analizan. De otra parte, precisamente la nota de temporalidad ínsita en la definición de esta prestación es la que necesariamente conlleva la fijación de una concreta y máxima extensión de la cobertura legalmente definida, pues superada o agotada ésta, la situación del trabajador se encuadrará, en su caso, en otra de las contingencias protegidas previstas, pero ya no dentro de la I.T.³¹².

La situación que actualmente conocemos como IT no siempre ha tenido la misma duración. Prescindiendo por razones fáciles de comprender de datos históricos anteriores, es preciso destacar que la Ley 42/1994 introdujo sustanciales modificaciones en materia de I.T., tanto atendiendo a la propia recuperación del nombre original de la contingencia y a su delimitación jurídica estricta diferenciándola de la protección de la maternidad, como especialmente en el tema de su duración; cambios que la doctrina venía reclamando³¹³. Tales cambios fueron completados por la Ley 40/2007, la Ley

³¹² La definición que apuntábamos en el Capítulo I se remita en el tiempo hasta la declaración oficial de recuperación de la capacidad de trabajar ó, en su caso, de extinción (pérdida) de la misma.

³¹³ Vid. Alonso Olea, M y Tortuero Plaza, J.L. Instituciones de ...óp. cit.,pág. 120.Ver igualmente Libro Blanco de la Seguridad Social. Subsecretaría del Ministerio de Trabajo. Madrid.1977. Para un seguimiento legislativo cronológico de las sucesivas duraciones de la I.T., desde los seis años incluyendo la Invalidez provisional; los 30 meses (2 años y

26/2009, la Ley 17/2012, y la Ley 22/2013, que vinieron a regular a su vez, dentro de la definición por extensión de la contingencia protegida, tanto la coordinación entre las competencias de los Servicios Públicos de Salud y el I.N.S.S. en la emisión de los partes de baja, confirmación y alta al entender sobre el estado físico del trabajador en situación de I.T., como las competencias del I.N.S.S para decidir la actuación una vez agotada la duración de trescientos sesenta y cinco días de esta contingencia, lapso temporal considerado como ordinario en la duración de esta contingencia protegida.

En el contexto de la seguridad social, al hablar de la duración de la I.T. se está hablando sobre todo del tiempo de satisfacción de la prestación económica de I.T. El artículo 173 T.R.L.G.S.S./2015 se refiere expresamente al "Nacimiento y duración del derecho al subsidio ", si bien, como hemos apuntado, la contingencia de I.T. genera, en primer lugar, un derecho a la recepción de prestación de asistencia sanitaria para los trabajadores por cuenta ajena afiliados o en situación asimilada al alta al sobrevenir la causa motivadora de la incapacidad, presumiblemente provisional para trabajar a la que nos hemos referido en el Capítulo anterior; derecho que en su calidad de trabajador³¹⁴ tiene plena efectividad desde el momento de cursar el alta del trabajador, o por mejor decir, desde el inicio de la prestación de servicios por cuenta y dependencia ajenas³¹⁵. Este derecho se extiende mientras el trabajador precise la atención médico-farmacéutica y concurren los requisitos establecidos para conservar ese derecho³¹⁶, teniendo en cuenta que, en defecto de afiliación o alta formuladas por el empresario, que además no haya sido instada por el trabajador o de oficio³¹⁷, aquél se encontraría en situación de alta de pleno derecho a efectos de asistencia sanitaria. Lo que no sucede al tratarse de prestaciones económicas de I.T, con respecto a las cuales sí existe un alta presunta y por consiguiente un anticipo de prestaciones si aquélla deviene de causas profesionales, pero no ocurre ante las situaciones derivadas de causas comunes, en cuyo caso la responsabilidad de su prestación es directa del empleador incumplidor ex artículo 167 T.R.L.G.S.S./2015, sin posibilidad de aplicación de la automaticidad de las

6 meses) de la Ley 42/1994 y 24 meses establecidos por la Ley 24/2001, ver La Incapacidad Temporal...López Insúa, B del M.-...óp. cit., págs.237 a 243.

³¹⁴ Artículo 2.1 a) 1º del R.D.1192/2012.

³¹⁵ Artículo 3.2 de la Ley 16/2003 y 2 del R.D. 1192/2012.

³¹⁶ Ver Artículo 7.1 a) 6 del R.D. 1192/2012.

³¹⁷ Artículo 25 del R.D. 84/96, de 26 de enero.

prestaciones³¹⁸.

De este modo hemos también de diferenciar la duración en función de las situaciones posibles de origen de la I.T., que a tenor del artículo 167.1 a) y b) T.R.L.G.S.S/2015 son las siguientes, como ya sabemos:

a) Los períodos de observación por enfermedad profesional tendrán una duración inicial de seis meses, prorrogables cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

b) Las situaciones de baja debidas a enfermedad común ó profesional y a accidente, sea o no de trabajo, tendrán una extensión de trescientos sesenta y cinco días³¹⁹--doce meses-- prorrogables por otros ciento ochenta días--seis meses--(prórroga común), cuando se presume que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta por curación, computándose los períodos de recaída y observación.

Estos son los plazos de duración ordinaria de la IT, de modo que, a partir de su cumplimiento entrarían en escena, en su caso, las que denominamos prórrogas ordinarias.

2.- Prórrogas ordinarias

³¹⁸ De esta forma, continúa manteniéndose la diferenciación relativa a la "cualidad " de las contingencias protegidas, aun a pesar del ya citado principio teórico de consideración conjunta de las contingencias y situaciones, recogido en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963.

³¹⁹ La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010 modificó la extensión de la I.T., hasta entonces expresada en meses, para regularla en días. Tal variación realmente no produjo realmente problemas de aplicación. "...Así pues, seis meses no tienen por qué equivaler a 180 días, podrían ser perfectamente 181, 182, 183 o 184, según los períodos del año en los que se suceda." Ver López Insúa, B. del M. La Incapacidad Temporal en el sistema de Seguridad Social. Comares. Granada 2014, pag.236 y 243. Aradilla Marqués, M^a J. "Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones d de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre). Actualidad Laboral nº 10/2010. pag.2. En opinión de quien suscribe, la modificación del cómputo de la extensión de la I.T. sirvió para solventar los problemas de igualación de plazos entre los años naturales y bisiestos, así como entre los meses de 28 (29), 30 y 31 días en aplicación de la Ley 30/1992 para el cómputo de plazos administrativos. De otra parte, como quiera que el subsidio es diario, es coherente que su duración sea también por días. Aradilla Marqués, M^a J. "Alcance de las últimas reformas...op.cit. pag.2

En cuanto a la duración de la I.T. por período de observación por posible aparición de una enfermedad profesional, el plazo inicial de seis meses tiene la posibilidad de **una prórroga común** de otros seis meses más, entendiéndose que la duración de doce meses es máxima, de forma que ex artículo 169.1 b) T.R.L.G.S./2015, dentro de este lapso temporal ha de producirse el estudio médico de la enfermedad, al haber concurrido incluso la necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo. De este modo, para los períodos de observación no cabe posibilidad alguna de extensión temporal más allá de los doce meses de estudio.

Con respecto a los casos de I.T. derivada tanto de contingencias comunes como profesionales, incluida pues la enfermedad profesional *stricto sensu* padecida, es decir, ya declarada oficialmente como tal, sobre el esquema inicial de duración descrito en el apartado b) del epígrafe anterior, 365 días--doce meses--, cabe una prórroga que podemos igualmente calificar de **prórroga común**, en paralelo con lo señalado anteriormente para los períodos de observación, de otros 180 días--seis meses--más. La calificación de común se justifica porque esta prórroga por 180 días prevista tras al agotamiento de los 365 días iniciales, podía ser considerada tácitamente concedida sin necesidad de resolución expresa al efecto³²⁰ como consecuencia de la existencia de continuación en la expedición de los partes de confirmación por los servicios sanitarios competentes, como en unificación de doctrina lo entendió la Sala de lo Social del Tribunal Supremo³²¹. Sin embargo, esta solución, de acuerdo con la regulación de la nueva tramitación de los partes médicos de baja, confirmación y alta, se vio modificada por la Disposición Adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005 así como por el artículo 1 de la Ley 40/2007, al introducir un párrafo segundo en la letra a) del artículo 128.1 del T.R.L.G.S.S./1994, cuya redacción corresponde al actual 170.2 T.R.L.G.S.S./2015, de forma que, agotado el plazo de 365 días--doce meses--, será exclusivamente el I.N.S.S., a través de los órganos competentes de evaluación de la incapacidad³²², la única entidad que decidirá la prórroga expresa de 180 días--seis

³²⁰ Pérez Alonso, M^a A. La Incapacidad...óp. cit. pág.52.

³²¹ Sentencia de 19 de junio de 1993. R. Aranzadi 7559.

³²² Los actuales Equipos de Valoración de Incapacidades (EE.VV..II.) cuya composición y funciones regula el R.D. 1300/1995. Entre éstas , examinar la situación de incapacidad del trabajador y formular al Director Provincial del I.N.S.S. los dictámenes-propuesta, preceptivos y no vinculantes en procesos de incapacidad; de determinación del

meses—más; el inicio de un expediente de invalidez o el alta médica, en su caso, a los exclusivos efectos de prestación económica de I.T.³²³.

Decíamos que, cumplido el plazo de 365 días desde el inicio de la I. T, serán los órganos competentes de evaluación de la incapacidad (los actuales Equipos de Valoración de Incapacidades)³²⁴ los que formularán al Director Provincial del I.N.S.S correspondiente los dictámenes-propuesta, preceptivos y no vinculantes para decidir sobre la prórroga expresa de la I.T., por 180 días más, el inicio de un expediente de invalidez o el alta médica. A estos efectos, el precitado número Dos de la Disposición Adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005 determina que la fecha de asunción de estas competencias por los órganos de evaluación, calificación y revisión de incapacidades será fijada por Resolución de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social a propuesta del I.N.S.S.³²⁵. El dictado de Resolución expresa, a tenor de lo prevenido en el artículo 15 del Decreto 1646/1972, será competencia de la " ...Entidad Gestora o, en su caso, Mutua Patronal³²⁶ o empresa autorizada para colaborar en la gestión, previo el dictamen médico establecido en la legislación vigente para la prórroga de dicha situación..."³²⁷. Dicha Resolución puede ser recurrida ante la Jurisdicción laboral y de Seguridad Social al amparo del párrafo segundo del artículo precitado. Esta es la situación "ordinaria" que la norma teóricamente prevé. Pero, ¿qué sucede

carácter común o profesional de enfermedad originadora de situación de I. T; prórroga del período de observación de enfermedades profesionales; efectuar el seguimiento de los programas de control de las prestaciones económicas de I. T; prestar asistencia técnica en los procedimientos contenciosos en materia de incapacidades laborales en los que sea parte el I.N.S.S.

³²³ Como estudiamos posteriormente, de una parte el R.D. 1430/2009 en desarrollo de la Ley 40/2007, que regula el procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas expedidas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en los procesos de I.T. derivados de contingencias profesionales con anterioridad al agotamiento del plazo de 365 días, y de otra el R.D. 625/2014, por el que se norman determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de I.T. en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, contienen los procedimientos de impugnación de las altas emitidas, previos a la vía jurisdiccional social.

³²⁴ EE.VV.II.

³²⁵ En su desarrollo, la Resolución de 28 de noviembre de 2006 (B.O.E. 8 de diciembre)) determinó que las Direcciones Provinciales de Álava, Alicante, Castellón, La Coruña, Guipúzcoa, Lugo, Murcia, Orense, Asturias, Las Palmas, Pontevedra, Santa Cruz de Tenerife, Valencia y Vizcaya asuman dichas competencias a partir del 15 de diciembre de 2006.

³²⁶ Actuales Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

³²⁷ Pérez Alonso, M^a A. La Incapacidad...óp. cit. pág. 52 y las Sentencias por ellas citadas.

cumplidos esos plazos?³²⁸

3.- Prórrogas especial y excepcional

Aunque con este punto enlazamos parcialmente con el tratado más adelante de la extinción del derecho al subsidio, que ha de entenderse en su sentido más amplio de extinción de la situación objeto de protección³²⁹, nos referiremos de forma más específica a las posibles prórrogas de la situación de I.T. añadidas a la prórroga ordinaria, que calificamos de prórroga especial y prórroga excepcional.

En primer lugar, hablamos de lo que puede denominarse como "prórroga especial de la I.T.". A ella se refiere concretamente el número 2 del artículo 174 del T.R.L.G.S.S./2015 al establecer que cumplido el plazo máximo de 545 días --18 meses--³³⁰ fijado en el apartado a) del número 1 de su artículo 169, para los supuestos de I.T. derivada tanto de contingencias comunes como profesionales (pero excluyendo, como se ha indicado, las situaciones de I.T. derivadas de los períodos de observación por enfermedad profesional) "... se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda...". De esta redacción parecería derivarse que este período de prórroga de tres meses sólo procedía cuando existiese una propuesta de inicio de expediente de Incapacidad Permanente por parte del correspondiente E.V.I., en paralelo con la situación anterior en la que la Jurisprudencia entendía que para la

³²⁸ Con todos los respetos consideramos estéril y puramente teórica la polémica acerca de si la I.T. como situación se extinguía a los dieciocho meses (actuales 545 días) dado que solamente se prorrogan "sus efectos", considerándose la situación posterior, en su caso, como una invalidez presunta. Cfr. Fernández Prats, C. "La nueva regulación de la Incapacidad Temporal y su duración" Ojeda Avilés, A (coordinador) dentro de la obra colectiva La Incapacidad Temporal. AEDTSS, op.c.pág.259.; García Murcia J. y Román Vaca E.- "Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad temporal". Aranzadi Social. 1996; Sempere Navarro y Fernández Ardevín L. "Estudio de la invalidez permanente surgida por agotamiento de la provisional sin alta médica". Relaciones Laborales.1988 II.-pág.232.; Barba Molina A.- Incapacidad Temporal. Tirant lo Blanch.Valencia.2000.-págs.78 y ss.

³²⁹ Nos referiremos de forma más específica a las situaciones objeto de tratamiento especial por la norma de Seguridad Social en relación a la extensión no habitual de la I.T y sus razones.

³³⁰ Incluyendo, pues, tanto la duración inicial (365 días--12 meses--) como la que hemos denominado prórroga común (180 días-- 6 meses--).

producción de la prórroga hasta el dictamen de la situación de incapacidad permanente debía existir un alta con propuesta de presunta invalidez permanente³³¹, de manera que no procedía la expresada prórroga en el caso de que la propuesta fuera para la declaración de lesiones permanentes no invalidantes ó incapacidad permanente parcial, supuestos en los que el trabajador está en condiciones de reincorporarse al trabajo o, en su caso, percibir prestaciones por desempleo.

No obstante, de la redacción del ante citado apartado a) del número 1 del artículo 169 del T.R.L.G.S.S/2015 en conexión con el literal del número 3 del artículo 174³³², así como de la práctica administrativa del propio I.N.S.S³³³, se colige que puede producirse la prórroga de tres meses de duración, sin propuesta explícita de inicio de expediente de Incapacidad Permanente, para que sea valorada la situación del trabajador por el correspondiente Equipo de Valoración de Incapacidades³³⁴ y, como consecuencia de la cual, se produzca alguna de estas circunstancias:

--Alta médica por curación³³⁵.

--Calificación del incapacitado como inválido en los grados de y efectos de invalidez parcial, total, absoluta y gran invalidez³³⁶.

--Calificación de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, con derecho al percibo de una indemnización a tanto

³³¹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 26 de octubre de 1999. Ref... 54. Actualidad Laboral 1/2000, dictada en unificación de doctrina, manteniendo el razonamiento recogido en la Sentencia del mismo tribunal de 5 de marzo de 1999.

³³² 3." Extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente..."

³³³ En la Propuesta de Resolución del E.V.I. a la Dirección Provincial del I.N.S.S al finalizar el plazo máximo de duración de la I. T de 545 días se recogen tres posibilidades: Reconocer la situación de prórroga expresa; Iniciar un expediente de Incapacidad Permanente y emitir el alta médica.

³³⁴ El R.D. 1300/1995, de 21 de julio, determina la competencia del I.N.S.S. en materia de incapacidades laborales, y la existencia de un Equipo de Valoración de Incapacidades en cada Dirección Provincial del I.N.S.S., suprimiendo las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades—Disposición Adicional Tercera--, desarrollando el procedimiento ante las mismas la O.M. de 18 de enero de 1996 (B.O.E. 26 de enero). Las Resoluciones de 20 de setiembre de 1995 y 22 de marzo de 1996 constituyeron los Equipos en determinadas Direcciones Provinciales.

³³⁵ Pérez Alonso, M^a A. La Incapacidad...op.cit. pág. 54.

³³⁶ Artículos 134 y ss. del T.R.L.G.S.S./94 en la redacción dada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social.

alzado³³⁷.

Durante este período de tres meses, dentro del cual necesariamente el incapacitado deberá ser valorado por el referido E.V.I., aquél se encontrará en situación de I.T. a los efectos de la posible determinación de su incapacidad permanente según el número 2 del artículo 174, "...en el grado que se califique..."; retrotrayendo, en su caso, a tal período temporal la calificación derivada de la Resolución del I.N.S.S. tras el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades.

¿Qué sucede si al transcurrir los 635 días, es decir, los tres meses desde el agotamiento de los 545 días de duración (365 días de duración inicial, más la prórroga de 180 días), no hubiera resolución del I.N.S.S sobre la calificación de la Incapacidad? Ciertamente no es una situación que en la práctica afortunadamente se prodigue en los momentos actuales, pues el I.N.S.S. suele ajustarse al cumplimiento de los plazos, pero en todo caso entendemos que los efectos económicos de la I.T. se ven prorrogados hasta el dictado de la Resolución expresa³³⁸, pues de otro modo el trabajador quedaría desprotegido sin percepción del subsidio económico de I. T ni prestación por desempleo, al no poder acceder a la misma por no encontrarse en ninguna de las situaciones legales de desempleo reguladas en el artículo 267 T.R.L.G.S.S/2015 y sin poder trabajar al no contar con alta médica³³⁹.

Este es el sentido de la Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 6 de febrero de 2012 (Recurso 1995/2011) y 23 de noviembre de 2011³⁴⁰ (Recurso 1422/2011), al aplicar la misma solución: "...tras el agotamiento del período máximo de 545 días en situación de IT, si el trabajador continua necesitando asistencia sanitaria e impedido

³³⁷ Artículos 150 a 152 del T.R.L.G.S.S./1994.

³³⁸ En esa línea, el abono de la prestación se extiende hasta la notificación de la Resolución de acuerdo el alta, como ha resuelto la Sala de lo Social del T.S. en las Sentencias de 18 de enero de 2012. Recurso 715/2011, y de 2 de diciembre de 2014. Recurso 573/2014.

³³⁹ Barrios Baudor, G. "Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra de 31 de diciembre de 1997. Aranzadi Social, 5.1997. pág. 711. Muñoz Molina, J. La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social. Thomson-Aranzadi. Navarra.2005. pág. 178. La Incapacidad temporal en el sistema...López Insúa, B. del M...óp. cit. pág. 247

³⁴⁰ Recursos 1995/2011 y 1422/2011.

para el trabajo, se ha de examinar su estado, a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda , abonándole las prestaciones de IT hasta su calificación, aún cuando se declare que su estado no es constitutivo de incapacidad permanente...”. La ejecución de la sentencia dictada que condena al abono de la prestación de IT hasta la concurrencia de causa legal de extinción ha de ser interpretada en el sentido anteriormente señalado, en paralelo con el tratamiento que al plazo anterior de 30 meses daban las Sentencias de la misma Sala de 25 de febrero y 1 de diciembre de 2003³⁴¹. Y la razón la expresa esta última al indicar gráficamente que “...No es el trabajador el que ha incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación, sin perjuicio de las responsabilidades de compensación que pudieran producirse entre la gestora y la mutua, como consecuencia del retraso y de la imputación de la causa del mismo...” Y esta prórroga se produce tanto si se reconoce la incapacidad permanente³⁴² como si no se llega a ese resultado³⁴³.

Con independencia de la figura expresada de la prórroga que hemos denominado especial, el número 2 párrafo segundo del artículo 174 T.R.L.G.S.S./2015 recoge lo que bien puede considerarse como una "prórroga excepcional de la duración de la I.T."³⁴⁴, al afirmar que " No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, esta podrá retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los setecientos treinta días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos...", para lo

³⁴¹ Recursos 3569/2002 y 1138/2002.

³⁴² En este caso, dado que no existe cotización a la Seguridad Social durante ese período de tiempo, habrá de incluirse el promedio de cotizaciones de los seis meses anteriores para evitar lagunas de cotización. Ver Molina González-Pumariega, R. “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”. Revista Aranzadi Social nº 10.2008. Fernández Prats, C. La protección de la I. T. en el Régimen General de la Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia.2011. págs. 192 y 193.

³⁴³ Expresamente lo recoge la Sentencia de la Sala de lo Social de Castilla-León (Burgos) de 30 de marzo de 2006, dictada en el Recurso 1246/2005: “...el derecho a la percepción de la mencionada prestación, se extingue en la fecha en que se dicta la resolución del INSS que se pronuncia sobre la pretendida incapacidad permanente del trabajador, tanto si declara la existencia de tal incapacidad, como si la deniega, puesto que resulta incuestionable que el instante en que se dicta dicha resolución, es el momento de la calificación de la incapacidad permanente”.

³⁴⁴ Su redacción viene de la disposición final cuarta del a la fecha, obra de la ley 22/2013

cual se precisaría pues, no sólo la continuación del tratamiento sanitario prescrito sino también el convencimiento técnico-sanitario del médico responsable de la atención al trabajador y del propio Equipo de Valoración de Incapacidades acerca de la conveniencia del aplazamiento en la adopción de la decisión, que igualmente requerirá expresa Resolución dictada por la correspondiente Dirección Provincial del I.N.S.S.

Por consiguiente, esa expresión "...por el período preciso...", puesta en relación con los números 2 del artículo 174 y 1 letra a) del artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015, nos muestra que la duración de tal período será, no concretamente la de tres meses, sino la necesaria para llegar a alcanzar el máximo de los 730 días naturales de proceso de I.T en los casos de enfermedad común, profesional y accidente, sea ó no laboral. Pero tal ampliación no es aplicable a los períodos de observación por enfermedad profesional que tiene su plazo máximo de extensión propia de 12 meses como hemos indicado. Así ha entenderse la expresión indicada en relación con la establecida en ese mismo párrafo de que "...en ningún caso podrá rebasar..." los indicados 730 días naturales³⁴⁵. Con todo, es preciso tener en cuenta que no será necesario agotar ese período temporal máximo para llegar a la propuesta de calificación del incapacitado por el Equipo de Valoración de Incapacidades para el dictado por la Dirección Provincial del I.N.S.S. de Resolución expresa, en una lógica interpretación sensu contrario.

Se ha afirmado³⁴⁶ que la duración prevista es la misma con independencia de las causas generadoras de I.T., de manera que no es "...mayor ó menor en función del tiempo previamente cotizado ni tampoco existen límites temporales dentro de los cuales se

³⁴⁵ Lo que resulta más coherente que la redacción del apartado 2 del artículo 131 bis del T.R.L.G.S.S./1994 dada por la Disposición Adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005 recogida por la precitada Ley 40/2007, que a nuestro entender estaba cambiando el criterio seguido en la calificación y entendimiento de las situaciones de I.T. de forma que, agotados los 365 días--doce meses-- o 545 días--dieciocho meses-- en su caso, procede no una prórroga de la I.T. sino una calificación que podríamos llamar **provisional o interina**—de la situación de Incapacidad Permanente que padece el trabajador en ese momento en el que, según el criterio del E.V.I., no siendo definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presenta, o ante la expectativa de su recuperación o mejora a efectos de reincorporación a la actividad laboral, precisa la continuación de tratamiento médico, en una situación que será revisable a los seis meses. Proceso que viene a recordar a la extinta Invalidez Provisional sólo que con el plazo acortado a los indicados 180 días-- seis meses--.

³⁴⁶ García Ninet, J.I. La Incapacidad Temporal (VV. AA) AEDTSS. La Incapacidad...óp. cit. págs. 33 y siguientes. Y 93 y ss.

agote el uso del tiempo previsto...", pero la visión práctica nos hace no sólo sospechar sino contrastar que tales tiempos de demora en la calificación de la situación clínica del trabajador en situación de I.T. van a variar y depender, no sólo de la que debería ser razón principal de aquélla demora, esto es, el criterio médico de la conveniencia de ampliación del plazo para el estudio de la evolución del trabajador en situación de incapacidad, sino también de la conveniencia de resolver con rapidez unas situaciones en las que se producen unos pagos de prestaciones económicas sin que existan cotizaciones por parte de empresas y trabajadores³⁴⁷. Al respecto es preciso indicar que, aun cuando el artículo 174 del T.R.L.G.S.S./2015 afirma que las situaciones de estudio y demora contempladas en el número 2 del mismo se equiparan a la situación de I.T, al recoger expresamente que "... los efectos de la situación de I.T. se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente...", tal redacción está pensada para las prestaciones económicas (ya que mantiene el trabajador su derecho a la asistencia sanitaria ex artículo 98 del T.R.L.G.S.S./1974), como indica el hecho de que los efectos económicos se retrotraen, siempre en el caso de que al trabajador se le reconozca, tras la calificación del E.V.I., una invalidez permanente, al momento del agotamiento de la I.T. para el caso de que las prestaciones económicas que le correspondieran por el reconocimiento de la Incapacidad Permanente fueran superiores a las percibidas por I.T. Con lo que, en sentido opuesto, esto es, de ser inferior la prestación económica de invalidez permanente en relación con el subsidio de I.T, .no tendrá el trabajador que devolver la diferencia de más percibida en la referida situación de demora en la calificación de su situación³⁴⁸, pues en virtud del párrafo segundo del número 5 del artículo 174 T.R.L.G.S.S./2015 "... los efectos de la prestación económica de incapacidad permanente coincidirán con la fecha de la resolución de la Entidad Gestora por la que se reconozca, salvo que la misma sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal...".

Resulta necesaria tal previsión explícita puesto que, como ha establecido el artículo 3 del R.D.1300/1995, en desarrollo de los artículos 128 y siguientes del

³⁴⁷ Pues de acuerdo con el párrafo tercero del número 2 del artículo 174 T.R.L.G.S.S./2015, durante los períodos de tres meses y demora de la calificación no subsiste la obligación de cotizar.

³⁴⁸ García Ninet, J.I. La Incapacidad óp. cit. pág. 95.

T.R.L.G.S.S./1994 y de los actuales 169 y siguientes del T.R.L.G.S.S./2015, la calificación de la incapacidad permanente se produce en la fecha de la Resolución del I.N.S.S., por lo que, de no existir norma expresa, se revisarían las percepciones del trabajador, con carácter retroactivo, a la fecha de aquella³⁴⁹.

4.- Otros factores que inciden en la duración de la incapacidad temporal

Nos referimos a los períodos de observación y las recaídas. Su toma en consideración a la hora de determinar la duración de la I.T., viene del artículo 169.2 T.R.L.G.S.S./2015 que establece: "...A efectos del período máximo de duración de la situación de I.T. que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y observación...". Es decir, que a efectos de los 545 días--18 meses-- que como máximo se prevén en principio de duración de la I.T. considerando el período inicial de 365 días-- 12 meses-- y la prórroga de 180 días--6 meses-- para las contingencias de enfermedad común ó profesional y accidente, sea ó no laboral, se tienen en cuenta los tiempos de observación y las recaídas.

4.1. Los períodos de observación

Se ha de indicar que los "tiempos o períodos de observación" que tienen incidencia en la duración de la I. T. no son los períodos de observación previstos en la letra b) del número 1 del mismo artículo 169 T.R.L.G.S.S./2015 relativos estrictamente a los períodos de observación de las enfermedades profesionales; esto es, los lapsos de tiempo necesarios para determinar, en su caso la existencia de una enfermedad profesional. Ahora estamos haciendo referencia a aquellos supuestos que en virtud del número 2 del artículo 169 del mismo cuerpo legal, pueden referirse tanto a contingencias comunes como profesionales; su fundamento pues, lo constituye el estudio dirigido a la posible declaración de alta por superación de la dolencia inhabilitadora, lo que presupone la previa declaración y reconocimiento del accidente,

³⁴⁹ La incidencia en la extensión de la I.T. de las altas médicas, su impugnación y efectos tras las modificaciones introducidas por las Leyes 40/2007,26/2009; 17/20112 y 22/2013, a los artículos 128 y 131 bis T.R.L.G.S.S./1994, con los desarrollos reglamentarios llevados a cabo por los RR.DD 1430/2009, y 625/2014, los estudiaremos posteriormente en el Capítulo Sexto.

laboral³⁵⁰ o no, o de la enfermedad profesional o común, por entender médicamente que se puede haber dado su curación o mejoría que permitiría reanudar la relación laboral suspendida. Al respecto de la extensión del período máximo de duración de la I. T., han de computarse estos tiempos de observación como prescribe el artículo 169.2 T.R.L.G.S.S/2015.

4.2. Las recaídas

Con relación a las recaídas, nos referimos a la producción de una nueva baja médica dentro de los 180 días naturales siguientes al alta médica anterior, derivada de la misma o similar patología que provocó la situación de I. T anterior, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 169.2 párrafo segundo del T.R.L.G.S.S/2015, como hemos estudiado anteriormente. Constituye la primera definición legal de las mismas, pues es preciso señalar su devenir judicial puesto que, como se ha dicho, han sido los tribunales los que han venido configurando su tratamiento jurídico.

De ese modo, cuando las causas generadoras de la I.T. sean diferentes y el período temporal que transcurra entre ambas bajas sea inferior a 180 días, es preciso distinguir entre las mismas, puesto que aunque se trata de dos enfermedades (o contingencias en general) clínicamente distintas, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia³⁵¹, siguiendo la establecida por el extinto T.C.T.³⁵², así como a determinados autores³⁵³,

³⁵⁰ Un supuesto conocido profesionalmente por el autor lo constituyó el accidente sufrido por un conductor de autobús urbano que sufrió un desmayo mientras conducía. Como consecuencia del mismo padeció un esguince de tobillo, reconocido como accidente de trabajo por la Mutua; pero no consideraba como tal el período de observación a que el Servicio de Neurología del HUCA de Asturias sometió al accidentado, prohibiéndole conducir hasta que concluyeran las pruebas que determinasen si existía o no lesión neurológica derivado de una posible epilepsia, cuya primera manifestación la hubiera constituido la pérdida de conciencia sufrida. Sometida el alta médica emitida por la Mutua colaboradora tras la curación del tobillo, pero sin alta del ante citado Servicio de Neurología, a revisión del I.N.S.S. éste, previo reconocimiento llevado a cabo por el E.V.I, resolvió anular el alta y mantener al trabajador en situación de I.T. durante el período de observación hasta la confirmación o el descarte de una dolencia neurológica.

³⁵¹ Sentencias de la Sala de lo Social de los TT.SS.JJ. de Castilla-León (Burgos) de 26 de julio de 1991.R. Aranzadi Social 4386, y de 21 de setiembre de 1994. R. Aranzadi Social 3272; de Canarias (Las Palmas), de 25 de octubre de 1994. R. Aranzadi Social 3954, y La Rioja, de 31 de octubre de 1994. R. Aranzadi Social 3979.

³⁵² Sentencias de 25 de noviembre de 1982 R. Aranzadi 6659 y de 13 de mayo de 1985. R. Aranzadi 3118, y 13 de noviembre de 1987. R Aranzadi 25018.

venía a considerar un único período de I.T., sumándose todos los períodos de baja, en virtud del principio de valoración conjunta de las contingencias³⁵⁴, pues se entendía que lo contrario conduciría "...al absurdo de que una situación de I.T., al enlazarse unos períodos con otros, pudiera durar varios años, en contra de la temporalidad, elemento sustancial de esta situación..."³⁵⁵. Es decir, en una interpretación sensu contrario del artículo 9 párrafos dos de la O.M. de 13 de octubre de 1967, se entendía que "...si la recaída se produce antes de seis meses (180 días) no se inicia un nuevo período de I.T. aunque se acredite que se trata de enfermedad distinta...". Pero, de otra parte, se tratarán como dos situaciones distintas productoras de I.T. cuando las contingencias causantes sean sucesivamente, enfermedad común y /o profesional y /o accidente de trabajo, no necesariamente en ese orden, salvo que quede acreditado un nexo entre ambos³⁵⁶.

Sin embargo, en abierta discrepancia con la línea referida acerca de la consideración del cómputo de las recaídas y los distintos hechos causantes de la I.T., la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1995³⁵⁷ fijó el criterio de no atender a la suma de los períodos temporales de I.T. producidos dentro del lapso de seis meses cuando las causas productoras sean dolencias distintas, estableciendo en su Fundamento de Derecho Tercero "...Que si el trabajador que se encuentra en situación de ILT recobra su capacidad para el trabajo por tiempo superior a 6 meses, no se entiende que existe "recaída", aunque vuelva a quedar incapacitado a consecuencia de la misma ó similar enfermedad. En este caso el simple transcurso del tiempo, que se concreta en un plazo superior a 6 meses de actividad laboral seguida de incapacidad laboral, produce automática y mecánicamente la consideración de ésta como nuevo reconocimiento y no prolongación de la anterior, cualquiera que sea la naturaleza y etiología de la enfermedad...". Y esto, añadimos nosotros, porque el artículo 9.1 de la O.M. de 13 de octubre de 1967 así lo establecía expresamente en desarrollo de la norma legal y lo entendía la propia Seguridad Social en la Circular de 16 de setiembre de 1968 que

³⁵³ Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S. Compendio de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 4ª Edición. pág. 238.

³⁵⁴ Sentencias de 25 de noviembre de 1982 R. Aranzadi 6659 y de 13 de mayo de 1985. R. Aranzadi 3118, y 13 de noviembre de 1987. R Aranzadi 25018.

³⁵⁵ Pérez Alonso, Mª A. La Incapacidad...op.cit. pág.56.

³⁵⁶ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 22 de enero de 1992. R Aranzadi Social 312.

³⁵⁷ R. Aranzadi 3755. De la que fue ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro del Corral.

transcribe la Resolución de 31 de julio de 1968.

Pero, continuando con la argumentación sobre el debatido punto que tratamos, la Sentencia afirmaba "...Que el cómputo de dicho período máximo incluirá los sucesivos períodos en los que el trabajador recaiga enfermo de la misma dolencia siempre que entre un período y el siguiente no transcurra un plazo superior a seis meses. Sensu contrario, debe entenderse que no procede la acumulación cuando la causa obedezca a una enfermedad distinta...". Y añade: Este doble parámetro, temporal y causal, para el cómputo del período máximo, deriva de los siguientes argumentos:

"...1.-El artículo 126.2 (actualmente sería el 128.2 T.R.L.G.S.S./1994) computa los períodos de " recaída y observación" y es claro que el término "recaída" obedece al significado de caer nuevamente enfermo de la misma dolencia, a quien estaba convaleciendo o había recobrado su salud.

2.-La norma de desarrollo contenida en el artículo 9 de la Orden Ministerial de 1967 no contraría--ni por el principio de jerarquía normativa protegido en el artículo 9 de la Constitución, pudiera hacerlo--la disposición legal, sino que, al contrario, lo que pretende es poner fin a una reconocida situación de I.T. que, por su naturaleza, es limitada legalmente, y de ahí que acuda al elemento temporal para determinar que superados los seis meses de actividad, la nueva incapacidad abriría siempre una nueva situación protegida; y a pesar de ello, la norma sigue recordando la pervivencia del elemento causal, al indicar que el efecto se produce aunque " se trate de la misma ó similar enfermedad".

3.-Lo anteriormente expuesto permite concluir que el principio general establecido en la ley es que solamente las enfermedades de la misma naturaleza producen, en su sucesivas recaídas, la acumulación de los períodos correspondientes, a los efectos de determinar la duración máxima de la incapacidad laboral, resultado acumulativo que nunca alcanzan las dolencias clínicamente diferentes; si bien a nivel reglamentario, se establece un índice corrector del legalmente asumido, en virtud del cual, aun tratándose de idéntica enfermedad, si entre una y otra situación incapacitante media una actividad laboral superior a 6 meses, no se entiende que existe recaída...".

Por lo tanto, concluye que el texto literal de las normas expuestas "permite distinguir, a efectos de acumulación de los períodos sucesivos de incapacidad interrumpidos por la actividad laboral, un doble criterio:

- a) Cuando esta actividad es superior a 180 días--seis meses-- el elemento temporal es decisivo y excluyente.
- b) Cuando la repetida actividad es inferior a seis meses, cada proceso que se abre en virtud de una diferente enfermedad es independiente, por lo que al preponderar el elemento causal no cabe la acumulación³⁵⁸.
- c) Naturalmente que la afirmación hecha en el apartado anterior no excluye, mecánicamente, que las distintas afecciones no puedan responder a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones...".

Esta posición es mantenida por la Sentencia de la propia Sala dictada en Unificación de doctrina el 7 de abril de 1998³⁵⁹, que expresamente manifiesta al respecto que "...recaída quiere decir caer nuevamente enfermo por la misma dolencia...". En esta misma línea argumental, está admitido que, cuando exista un lapso de tiempo inferior a seis meses entre dos altas por I.T., una derivada de enfermedad común y otra de accidente, cada una de ellas abre un proceso distinto de la situación de I.T., salvo que se pruebe la existencia de un nexo causal entre ellos³⁶⁰.

Esta quizá sea la interpretación más correcta de las recaídas, sin perjuicio de que es la más conflictiva³⁶¹, al darse la existencia de intereses contrapuestos entre el trabajador, la empresa y la Entidad Gestora en el cómputo de la duración puesto que:

--Al trabajador puede interesarle, en vía de principio, un cómputo diferenciado para prolongar la situación de I.T. y no acceder a la Incapacidad permanente³⁶², pero, de otra parte, y para los casos de que las dolencias no sean excesivamente importantes, al trabajador también le podría interesar la consideración conjunta, sobretodo en los supuestos de enfermedad común, para no dejar de percibir el subsidio en los tres

³⁵⁸ La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S de 20 de febrero de 2002 (RCUD 1839/2001) reconoce el derecho a la prestación económica de I.T. causada por un nuevo brote de enfermedad tras haberse agotado el plazo máximo de dieciocho meses de un previo proceso de I.T. causado por la misma enfermedad

³⁵⁹ Referencia Aranzadi 2691/98.

³⁶⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 22 de enero de 1992. R. Aranzadi Social 312.

³⁶¹ García Ninet, J.I. La Incapacidad Temporal dentro de la obra La Incapacidad... óp. cit. págs. 36 y ss.

³⁶² *Ibidem*.

primeros días de cada baja y acceder más prontamente al cobro del 75% de la base reguladora.

--A la empresa le interesa el enlace de las situaciones de I.T. dentro del período de 180 días--seis meses--, no solamente por la misma razón dada para el interés del trabajador; esto es, deducir en sus cotizaciones más prontamente el pago delegado de la prestación económica de I.T. en la cuantía del 75% de la base reguladora sino por no "...reabrir los pagos de doce días que son a su costa..."³⁶³ y además, para que, en su caso, se declare con mayor prontitud la situación de Incapacidad Permanente del trabajador para así cursar su baja y dejar de cotizar por él.

--A la Entidad Gestora, I.N.S.S. le interesa el cómputo diferenciado por las razones opuestas al interés de las empresas.

El paso siguiente en la diferenciación de la consideración temporal de las recaídas lo dio la Sentencia del T.S. de 20 de febrero de 2002³⁶⁴ en unificación de doctrina, confirmada por la de 22 de octubre de 2002 dictada también en unificación de doctrina³⁶⁵, que abordaron la cuestión de si ante un nuevo brote de la misma enfermedad por la que se agotó un período de duración máxima de I.T. se ha de exigir un nuevo período de cotización por seis meses para causar derecho a prestaciones económicas o si sería suficiente la exigencia general del (entonces vigente) artículo 130 T.R.L.G.S.S/1994³⁶⁶ de que se hayan cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. En este sentido, el T.S., entendiendo de aplicación el artículo 130 precitado, expresa que "... el hecho de que la enfermedad sea nueva--como contemplamos en anteriores sentencias precitadas-- o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior no modifica el criterio a aplicar cuando la Ley General de la Seguridad Social no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación...". Por consiguiente, establece que, aun a pesar de que "... el artículo 131 bis de la propia Ley General de la Seguridad Social disponga que la situación de incapacidad se extingue por el transcurso del plazo máximo establecido...", tal referencia ha de entenderse "...al período máximo de duración de cada proceso...", pero no a "...procesos colaterales o posteriores que tendrán, a su vez, en cada caso

³⁶³ Ídem.

³⁶⁴ De la que fue ponente el Excmo. Sr. Moliner Tamborero. R. Actualidad Laboral Bde336070/2002.

³⁶⁵ Ponente Excmo. Sr. Bris Montes. R Actualidad Laboral 144/2003

³⁶⁶ Actual 172 a) T.R.L.G.S.S/2015.

aquella duración..."; por lo que considera que en estos casos en que agotada la duración máxima de I.T. por una dolencia, se produce un nuevo proceso de ésta, el mismo no sería constitutivo de recaída al tratarse de un transcurso distinto, no acumulable al anterior³⁶⁷.

A pesar del criterio judicial, se da el caso, como desgraciadamente suele ser frecuente en nuestro país, de la aprobación a posteriori a instancias del Gobierno de leyes que vienen a modificar regulaciones con lagunas legales que han sido interpretadas jurisprudencialmente por los Tribunales de Justicia en sentido contrario a los criterios inicialmente mantenidos por aquél, de forma que la nueva redacción de la norma, llevando a su vez la contraria a los órganos judiciales, contiene en su texto el sentido deseado por el poder ejecutivo. Este supuesto se da en esta materia con la aprobación de la Disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005 que en su punto Tres añade un nuevo párrafo segundo—pasando el anterior segundo a ser el tercero—al apartado 1 del artículo 131 bis del T.R.L.G.S.S/1994, de forma que, en abierta contradicción con la indicada interpretación jurisprudencial del T.S, extinguido el derecho al subsidio por el transcurso del plazo máximo de duración de 545 días--dieciocho meses--, dándose el alta médica del trabajador sin declaración de incapacidad permanente, "...sólo podrá generarse un nuevo proceso..." de I.T. por la misma o similar patología si media un período laboral de actividad superior a seis meses. Se retoma pues legalmente el criterio apuntado del período de medio año (180 días) de prestación de servicios, a menos que el I.N.S.S. a través de los EE.VV.II "...emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica..." de I.T., con lo que evidentemente se está apuntando a las discrepancias que en el diario desarrollo de los procesos de I.T. surgen entre el criterio estrictamente médico—emisión de partes de baja y confirmación por los facultativos de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas—y el económico-- economicista más bien--, de abono de la prestación, aun arropado por las propuestas de los Equipos de Valoración—del I.N.S.S. como Entidad Gestora responsable del pago del subsidio económico de I.T., que conducen inevitablemente a procesos judiciales ante las discrepancias existentes entre los criterios de las Entidades Gestoras competentes. Procesos judiciales que nacen de la existencia,

³⁶⁷ Parece entonces que será el criterio médico el que determine la existencia de recaída, atendiendo a la existencia de curación real o definitiva del proceso inicial o no.

pues, de situaciones de I.T. a efectos exclusivamente sanitarios y no económicos³⁶⁸, ignorando no sólo las notas propias de la situación protegida de I.T. y por tanto la incongruencia de defender dos “conceptos” diferentes de incapacidad (enfermedad o accidente) sino también la debida consideración sistemática ante la interpretación judicial firme de la imposibilidad de reconocimiento de una situación protegida sin efectos económicos que se estableció para las situaciones y pensiones de invalidez y jubilación.

La Ley 40/2007 y posteriormente la Ley 35/2010 incidieron nuevamente en las reglas sobre duración de la I.T en relación con la consideración de las recaídas al modificar el artículo 128.1 TRLGSS/1994; en primer lugar al establecer que el I.N.S.S será el único competente para emitir una nueva baja por la misma patología dentro de los 180 días siguientes al fin de la duración ordinaria de la I.T., por lo que desaparecen las posibles bajas “a efectos económicos” al limitarse la competencia de los Servicios Médicos de Salud de las Comunidades Autónomas para emitir nuevas bajas en tal período temporal, (solamente en teoría tendrán tal competencia cuando la patología sea diferente de la originadora de la I.T. temporalmente agotada), y en segundo lugar porque la interpretación que esta Entidad Gestora estaba dando a la norma³⁶⁹ es la de que, si producida una baja dentro de los 180 días siguientes al agotamiento del plazo máximo de duración ordinaria de la I.T., a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades se comprobaba si se trataba de la misma o similar patología que la causante de la situación de I.T., o de una patología distinta. En este último caso, se reconocerá una situación de I.T nueva; si el supuesto es el anterior, se denegará la efectividad de la baja emitida por los Servicios de Salud.

Este es el criterio que adopta el T.R.L.G.S.S/2015 al establecer el párrafo segundo del número 2 del artículo 169 que “...Se considerará que existe recaída cuando se produzca

³⁶⁸ Con la contradicción aún mayor contenida en el texto del párrafo tercero del nº 4 del artículo 1 del R.D. 575/1997, de 18 de abril que indica expresamente que el alta médica extendida por el facultativo adscrito al I.N.S.S a los exclusivos efectos económicos determinará no sólo la extinción de la prestación económica por I.T. sino “...el consiguiente derecho del trabajador a incorporarse a la empresa...”, y ello sin perjuicio de que el Servicio de Salud continúe prestando a aquél la asistencia sanitaria que aconseje su estado. Por tanto, ¿Está incapacitado para trabajar o no?...

³⁶⁹ Conforme a las Instrucciones internas de procedimiento fijadas en fecha 27 de diciembre de 2007.

una baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior...”, lo que constituye la primera regulación normativa del concepto de recaída.

A pesar de la dicción legal, compartimos el criterio de González Ortega³⁷⁰ de que tal negativa al ser impugnada judicialmente, y de existir realmente una incapacidad del trabajador para prestar sus servicios, obtendría una resolución favorable estimándola la reclamación del derecho al reconocimiento de la situación de I.T. y al consiguiente abono de prestación económica, con independencia de que se trata de la misma o distinta patología causante³⁷¹. En este sentido, el T.S. ha establecido³⁷² que la escueta referencia a la misma o similar patología no puede ser, sin más profundización, una causa de denegación de la nueva I.T., pues “...parece incuestionable que la existencia de la <<misma o similar patología>> no puede constituir por sí misma el fundamento de que el subsidio se deniegue sino que esta decisión—como su antónima de reconocimiento- habrá de depender de otras razones, y muy singularmente de la incidencia de la patología sobre la capacidad de trabajo...”, puesto que “...la denegación por simple identidad o similitud de procesos morbosos se presenta—dado el tenor de los preceptos—causa de justificación insuficiente y decisión incurra en arbitrariedad...”.Y de ese modo, la similitud de las patologías “...no puede ser entendida en relación al cuadro médico que ocasionó el rechazo de la incapacidad permanente, sino únicamente a las que determinar la incapacidad temporal objeto de la actual evaluación...Es la dolencia ahora determinante de la baja médica la que ha de evaluarse desde la perspectiva de la afectación transitoria sobre la capacidad de trabajo...”³⁷³.

³⁷⁰ González Ortega, S.”-El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la Incapacidad Temporal”. Relaciones Laborales 12 y 13/2011

³⁷¹ “...Por cuanto lo que se trata de reprimir es la simulación de una incapacidad que no se ha considerado previamente suficiente para promover una I.P.; pero, existiendo realmente, aunque sea por la misma causa, lo precedente, y la regla general, debería ser la de conceder la nueva I.T.”. Ib. pág. 34.

³⁷² Sentencia de 8 de julio de 2009. Recurso 3536/2008, dictada en Casación para Unificación de doctrina.

Máxime si pensamos que el criterio judicial al respecto es la existencia, no de enfermedades sino de enfermos por las incidencias o repercusiones de carácter individual que aquéllas pueden producir en los distintos pacientes.

³⁷³ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 27 de junio de 2011. Recurso 3666/2010.

5.- Causas de suspensión, extinción y finalización de las prestaciones

Se estudian en este epígrafe, en primer lugar, los motivos por los que la protección de la contingencia de I.T se suspende durante la tramitación de un expediente *ad hoc* del I.N.S.S incoado como consecuencia de una conducta estimada como inadecuada por parte del trabajador/beneficiario. En segundo lugar, se distinguirá entre los casos que, fundamentalmente derivados del anterior expediente, se extingue la protección de la I.T. por razones incidentales, relacionadas con la actuación del trabajador, de los casos de finalización de la protección de la I.T. por causas ordinarias; esto es, sin que haya habido una actuación jurídicamente reprochable por parte del trabajador sino que, necesariamente, bien por curación o al contrario por devenir en permanente la incapacidad, por el transcurso del tiempo establecido, o por la interconexión entre las prestaciones del sistema de Seguridad Social, se agota la atención de esta contingencia.

El artículo 175 del T.R.L.G.S.S/2015 recoge los supuestos de anulación, pérdida o suspensión del derecho al subsidio, esto es a la prestación económica de I.T. Hemos de recordar en primer lugar que con relación a la prestación de asistencia sanitaria, sigue vigente el Título II Capítulo IV del T.R.L.G.S.S./1974, de forma que ex artículo 102 del mismo, si el beneficiario sin causa razonable rechaza o abandona el tratamiento que le fuera indicado, podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle, ó en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones por incapacidad; por consiguiente, dado que el derecho a la asistencia sanitaria se extiende a toda la población, a tenor del artículo 43 C.E. desarrollado por la Ley 16/2003³⁷⁴ y el R.D. 1192/2012, que complementan la Ley 14/1986, General de Sanidad, aunque el trabajador perdiese su derecho a la asistencia sanitaria ex artículo 7 del último citado R.D.1192/2012, solamente si no se encontrase encuadrado en las prevenciones de esta última norma³⁷⁵ y/o hubiera actuado fraudulentamente para su adquisición--artículo 18 L.I.S.O.S.--, se le podría sancionar con la extinción de la prestación sanitaria--artículo 46 L.I.S.O.S.--, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas-- número 2 del mismo artículo-- que conllevaría en este caso, el cobro de la asistencia sanitaria prestada a quien la hubiera obtenido fraudulentamente, por medio de

³⁷⁴ En la redacción dada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril

³⁷⁵ Que a su vez derogó el R.D. 1088/89 que extendió la cobertura de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes)

Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. o de órgano autonómico correspondiente en virtud de la asunción de competencias de ejecución de la legislación laboral, según se califique la infracción como grave ó muy grave, previa instrucción de expediente sancionador en virtud del R.D. 928/1998³⁷⁶.

Centrándonos en el subsidio económico de I.T., es preciso indicar que el número 1 del precitado artículo 175 T.R.L.G.S.S./2015 recoge que "...el derecho al subsidio por I.T. podrá ser denegado, anulado ó suspendido..." con lo que se está refiriendo no solamente a la interrupción o cancelación sino también al rechazo de una solicitud de inicio de abono de prestación económica de I.T., por las causas que se contempla, con respecto a las cuales hay que decir que si bien, a priori puede parecer un listado casuístico cerrado, cada uno de los supuestos establecidos es susceptible de una interpretación amplia³⁷⁷. Además, el número 3 del mismo artículo se refiere a la incomparecencia del trabajador³⁷⁸ a las convocatorias para exámenes de control realizados por los médicos adscritos al I.N.S.S. y a las Mutuas colaboradoras, que producirán una suspensión cautelar del derecho al percibo de la prestación al objeto de comprobar si la inasistencia fue o no justificada. Para tal calificación se remite a un desarrollo reglamentario, actualmente cumplido por el R.D.625/2014 en cuyo artículo 9 se articula tal proceso de calificación; terminado el mismo con la adjetivación de injustificada la incomparecencia, la suspensión cautelar se convertirá en consunción definitiva del subsidio, convirtiéndose pues en otra causa de extinción del mismo, añadida a las letras a) y b) del número 1 del artículo 175 T.R.L.G.S.S./2015. De otra parte, el número 2 del mismo artículo 175 T.R.L.G.S.S./2015 recoge dos causas de suspensión del subsidio: el rechazo o el abandono del tratamiento prescrito.

Decíamos que el derecho al subsidio, según la norma, podrá ser anulado o suspendido, con lo que se está refiriendo a una prestación ya reconocida, además de denegado, con lo que aludimos a la solicitud inicial (va implícita con la expedición del parte de baja siempre que se cumplan, en su caso, los requisitos legalmente exigidos) que resulta

³⁷⁶ Téngase en cuenta que ya la Sentencia 196/96, de 28 de noviembre, del T.C. entendió inconstitucional el sistema de competencias sancionadoras previstas en la ley 8/88, al ignorar las potestades sancionadoras de las CC.AA. en virtud de la asunción de competencias en materia de ejecución de la legislación laboral.

³⁷⁷ García Ninet, J.I. "La Incapacidad Temporal" (VV. AA). AEDTSS La Incapacidad...óp. cit. pág.77

³⁷⁸ La expresión utilizada es la de "beneficiario".

desestimada, por lo que, para su estudio, analizaremos en primer lugar los motivos de suspensión.

5.1. Motivos de suspensión

El número 2 del artículo 175 T.R.L.G.S.S/2015 establece como primeras causas de **suspensión** del abono del subsidio de I.T. el rechazo o abandono del tratamiento médico indicado sin causa razonable.

Estas causas de suspensión del derecho al subsidio suponen, ante todo, un acceso regular a las prestaciones correspondientes a la situación de I.T. por el trabajador; éste acude a recibir la asistencia sanitaria, se le indica en su caso el tratamiento médico y comienza a percibir el subsidio económico correspondiente, pero bien rehúsa aquél, bien lo abandona por lo que es objeto de expediente administrativo por la Entidad Gestora. El expediente termina con una Resolución impugnabile en vía jurisdiccional social, del órgano territorial competente del I.N.S.S. por la que se suspende el abono de la prestación económica de I.T. al trabajador. Si la pagadora de la prestación es una Mutua colaboradora con la Seguridad Social, sin estar facultada para dar por finalizado el proceso de I.T. sencillamente habrá de suspender el pago de la prestación económica para que el beneficiario acuda, de estimarlo oportuno a la jurisdicción social en impugnación de tal decisión³⁷⁹.

De otra parte, el número 3 del mismo artículo 175 T.R.L.G.S.S./2015 recoge otra causa de suspensión, en ese caso cautelar, de la prestación económica provocada por la incomparecencia del trabajador³⁸⁰ a los reconocimientos médicos requeridos por la Entidad Gestora I.N.S.S. o por la Mutua colaboradora en su caso, en tanto se desarrolla el procedimiento administrativo para calificar como justificada o no la inasistencia. El último punto y seguido del precitado número 3 alude al desarrollo reglamentario del procedimiento de suspensión, llevado a efecto a la fecha por el R.D. 625/2014, concretamente en su artículo 9. Analicemos individualmente estas causas de suspensión:

³⁷⁹ Sentencia de la Sala de lo social del T.S. de 22 de abril de 2002 (RCUD 410/2001).

³⁸⁰ El texto habla de "beneficiario".

5.1.1. El rechazo del tratamiento prescrito

Para abordar esta cuestión es necesario distinguir dos cuestiones diferentes: de una parte, la determinación técnica de la razonabilidad de la negativa u oposición al tratamiento descrito, y de otra, el procedimiento de suspensión de la prestación económica de I.T. al entender que tal negativa a continuar el tratamiento no es razonable.

En lo que concretamente hace referencia a la valoración médica de la negativa del trabajador a la observancia del tratamiento prescrito; esto es, cuando se inicie una actuación directa por el trabajador en situación de I.T. oponiéndose a tal tratamiento, el artículo 17 del Decreto 2766/1967³⁸¹ establecía que la negativa se formalizará por escrito ante la Entidad Gestora (INGESA-INSALUD o Servicio correspondiente de las CC.AA con competencias en materia sanitaria transferidas), Mutua colaboradora con la Seguridad Social o empresa colaboradora, acompañando los informes técnicos que estime pertinentes, produciéndose a continuación la decisión de aquéllas, considerando, en fin, razonable ó no la negativa, lo que a la fecha habría que poner en relación con los artículos 2.4 y 21 de la ley 41/2002, de autonomía del paciente. Esta decisión era recurrible ante la Dirección Provincial del INSALUD, hoy por consiguiente ante el órgano competente del Servicio de Salud de la Comunidad autónoma, y agotada la vía administrativa, cabe acudir a la vía jurisdiccional social al tratarse de una materia de Seguridad Social incluida, por tanto, en las previsiones del artículo 2.b) de la L.R.J.S, siguiendo el procedimiento especial regulado en sus artículos 140 y siguientes.

Por lo que hace referencia a la impugnación de la sanción de suspensión del abono del subsidio económico de I.T., es preciso acudir a la normativa en materia relativa a la prestación y recepción de la asistencia sanitaria, constituida por los artículos 98 a 102 del T.R.L.G.S.S/1974 en virtud del juego de las Disposiciones derogatorias únicas a) 2 del T.R.L.G.S.S/1994 y del T.R.L.G.S.S/2015. De este modo, el artículo 102 determina que: "...cuando sin causa razonable rechace (el beneficiario en general) ó abandone el

³⁸¹ La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 22 de abril de 2002. Recurso 410/2001 reconoce la vigencia del artículo 102 T.R.L.G.S.S/1974 y, por consiguiente, también la del procedimiento establecido en el artículo 17 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre. La recoge la Sentencia de 11 de enero de 2016 dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Oviedo en Autos 929/15.

tratamiento que le fuere indicado podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle...", añadiendo el número 2 que "...Reglamentariamente se determinará el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir un tratamiento, en particular si este fuese de tipo quirúrgico o especialmente penoso...".

Sin perjuicio de indicar, ante todo, que no existe el procedimiento reglamentario expreso aludido, hay que entender actualmente que, iniciado un expediente administrativo de sanción de suspensión del subsidio de I.T. por negativa del beneficiario a iniciar ó continuar el tratamiento médico prescrito, por imperativo del R.D. 1300/95, serán los Equipos de Valoración de Incapacidades--artículo 2-- los encargados de evaluar la calificación de razonabilidad ó no ³⁸² de la negativa del beneficiario a la observación del tratamiento, con Resolución expresa de la Dirección Provincial del I.N.S.S., según lo establecido por el artículo 48 del R.D. 928/1998,Reglamento de Sanciones en el ámbito social, decisión recurrible ante la vía jurisdiccional social.

En la situación de IT en los supuestos objeto de estudio se enfrentan³⁸³ los intereses de empresario, trabajador y sistema de Seguridad Social, pero en esta cuestión de la calificación como razonable o no de una negativa del trabajador a seguir las prescripciones facultativas establecidas, exclusivamente se oponen los intereses de trabajador y organización sanitaria, al tener que conjugarse, de una parte, el derecho de aquél de disponer sobre su salud, en el sentido de no desear seguir unas líneas de actuación que entiende no aceptables, y de otra, el interés del Sistema de la Seguridad Social para que el trabajador recupere su aptitud laboral y consiguientemente deje de producir gastos sanitarios derivados de la situación de I.T. De todos modos, es necesario considerar que la Constitución de 1978 contiene en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, y que, en su desarrollo, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad reconoce en su artículo 10 a los españoles y extranjeros residentes en España ante las Administraciones Públicas sanitarias los siguientes derechos:

³⁸² Artículo 1. 2. "...cuantas otras funciones y competencias le estén atribuidas por la legislación vigente en materias análogas a las enumeradas en los apartados anteriores, en cuanto Entidad gestora de la Seguridad Social, y para las prestaciones cuya gestión tiene encomendada...".

³⁸³ García Ninet, J.I. "La Incapacidad Temporal" (VV. AA). La Incapacidad...óp. cit.pág.88.

5.- A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento...

6.- A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares ó personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles, ó existir peligro de fallecimiento..."

Todo lo cual está dando base y fundamento cierto a determinada doctrina³⁸⁴ para entender que se produce, hablando en términos probatorios, una inversión de la carga de la prueba, esto es, sería ahora la Entidad Gestora la que habrá de probar la irrazonabilidad de la negativa del trabajador a someterse a un determinado tratamiento. Al respecto es absolutamente esclarecedora, con relación a esta postura doctrinal, la argumentación de Alarcón y González Ortega³⁸⁵, expresada en un párrafo al efecto cuyo contenido íntegramente recogemos:

"...Difícilmente puede sostenerse en un marco constitucional de protección de las libertades individuales entre las cuales es preciso incluir la de disponer del propio cuerpo, la obligatoriedad legal de someterse a un determinado tratamiento médico. El sujeto protegido, en cuanto ciudadano, debe ser absolutamente libre de someterse ó no a un determinado tratamiento médico por más que éste se entienda razonable y sea médicamente adecuado....

...El planteamiento correcto debe ser partir de la libertad del sujeto protegido de

³⁸⁴ Aparicio Tovar, J. La Seguridad Social y la protección de la Salud. Civitas. 1989.págs 242-243: "...La contradicción entre el RAS y la LGSS debe resolverse, como ya se ha propuesto doctrinalmente, mediante una inversión de la carga de la prueba alterando el procedimiento previsto en el artículo 17 RAS. Debe ser la Entidad Gestora quien demuestre lo irrazonable y abusivo de la negativa..."

³⁸⁵ Alarcón Caracuel, M.R y González Ortega, S.-Compendio de...óp. cit. págs. 209 y ss.

someterse al tratamiento médico prescrito salvo que se demuestre, y es a la Entidad Gestora a quien correspondería la carga de ello, la irrazonabilidad y ausencia de justificación de tal conducta...”.

Por consiguiente, según este razonamiento, al presumirse la existencia de causa razonable en el supuesto de negativa al tratamiento, habrá de ser la Entidad Gestora quien consiga probar lo contrario, de manera que “...destruyendo la presunción mencionada, podrá exonerarse de la responsabilidad de las prestaciones económicas consecuentes a la situación de alteración de la salud no adecuadamente atendida...”³⁸⁶.

Nos encontramos, pues, ante una interpretación doctrinal de las normas basada en el constitucionalmente reconocido derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 C.E.) y en una atención particularizada de los derechos del trabajador en el ámbito laboral (artículo 4. 2 d) y e) T.R.E.T. /2015 a su integridad física y a la intimidad personal³⁸⁷, que, evidentemente de otra parte, no puede coadyuvar a conseguir ó mantener torticeramente prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, pues supondría entonces la negativa al tratamiento prescrito un abuso de derecho³⁸⁸. Pero en todo caso esta doctrina del abuso de derecho debe entenderse restrictivamente ya que de otro modo "...podría vaciarse de contenido el derecho a la negativa al tratamiento..."³⁸⁹.

5.1.2. El abandono del tratamiento prescrito

Es la segunda de las causas genéricas de suspensión de la prestación económica de I.T. que analizamos. Para su estudio es preciso recurrir a una casuística concreta, abarcando el no seguir los procesos de rehabilitación prescritos³⁹⁰, no guardar el descanso debido o realizar actos o trabajos por cuenta ajena ó propia³⁹¹, recurrir a Servicios médicos

³⁸⁶ Ídem. pág. 211

³⁸⁷ Goñi Sein, J.L. El respeto a la esfera privada del trabajador. Civitas. Madrid 1988. págs. 273 y ss.

³⁸⁸ Aparicio Tovar, J. La Seguridad Social y... óp. cit. pág.242.

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J.de Cataluña de 28 de octubre de 1994.-RARanzadi social 3895.

³⁹¹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J.de Baleares de 18 de enero de 1994. R Aranzadi social 3895. Este es uno de los supuestos en los que el análisis concreto de la situación es determinante. Ver Sentencia de la Sala de lo Social del T.S de 19 de febrero de 2002. Recurso 2127/2001 que ante un caso de pluriactividad entiende que es procedente la situación de baja en el R.E.T.A con el trabajo por cuenta propia para el que no está impedido. La Sentencia de la Sala

distintos de los asignados;³⁹² faltar reiteradamente a las sesiones de rehabilitación prescritas³⁹³, negativa a someterse a una nueva intervención quirúrgica alegando estar muy nervioso³⁹⁴, etc....

En la práctica, los Tribunales, tanto en el caso de la negativa al tratamiento prescrito como a su abandono, aplican estrictamente la interpretación favorable a considerar ajustada a Derecho la suspensión acordada, en base a los artículos 10.6 de la ley 14/1986 y 2.4 de la Ley 41/2002 en relación con el R.D. 1300/95, para entender que la justificación de la razonabilidad del rechazo corresponde al trabajador³⁹⁵ y en todo caso el expresado procedimiento es un garantía para aquél, pues como dice la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias³⁹⁶ "...obliga a la Entidad Gestora a seguir expediente contradictorio para valorar lo razonable ó irrazonable de una negativa, que no está a su alcance calificar de primera mano...", pero siempre sobre la base de una intervención activa del trabajador, es decir, esgrimiendo razones para la defensa de su posición que, en último término y en ámbito jurisdiccional se van a poder fundamentar en pericias médicas³⁹⁷. De todas maneras, a nuestro entender, en primer lugar no cabe olvidar al afrontar este tema que, generalmente, las negativas ó abandonos de tratamientos no se producen de forma caprichosa sino que tienen algún basamento; cosa distinta es, obviamente, la valoración que a ellas se pretenda dar; en segundo lugar, evidentemente no ha de bastar con una simple negativa del trabajador al tratamiento para obligar a la Administración sanitaria a iniciar la vía de acreditación de la procedencia (razonabilidad) del método prescrito, debiendo existir una presunción (*iuris tantum*, naturalmente) de su corrección, pero ello siempre que, en tercer lugar, a aquél se le facilite la información completa y continuada sobre su proceso, que ha de incluir, como determinan el número 5 del artículo 8 de la Ley General de Sanidad, las alternativas de tratamiento entre las cuales el trabajador tiene derecho a optar, derecho que el número 6 del mismo artículo le reconoce, como recoge igualmente el artículo 2.3. de la Ley

de lo Social del T.S. de 7 de abril de 2004. Recurso 1508/2003 determina que la sola afiliación al RETA no supone incompatibilidad con situación de I.T. en el Régimen General.

³⁹² Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 26 de febrero de 1991. R. Aranzadi Social 111.

³⁹³ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 28 de octubre de 1994.-R. Aranzadi Social 3895.

³⁹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. J. de Madrid de 24 de junio de 1993. R. Actualidad Laboral 1360/93.

³⁹⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 26 de febrero de 1991.R. Aranzadi social 1215.

³⁹⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 22 de setiembre de 1995. R. Aranzadi Social 3213/95.

³⁹⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. J. de Asturias de 26 de febrero de 1991.R Aranzadi Social 1241.

41/2002.

El T.R.L.G.S.S./2015 mantiene la eliminación llevada a cabo por el T.R.L.G.S.S./1994 de los supuestos de denegación, anulación o suspensión del derecho al subsidio de I.T. constituidos por la imprudencia temeraria del beneficiario, productora ó prolongadora de la I.T., que el anterior T.R.L.G.S.S./1974 recogía como en su artículo 130 b) como causas de suspensión o extinción del mismo, pero en todo caso las situaciones que pudieran producirse por esas causas podrían tener encaje en la letra b) del número 1 del artículo 175 T.R.L.G.S.S./2015, al tratarse de casos de intención, ó al menos, de "no involuntariedad" de la incapacidad, tema diferido en última instancia al juez de lo social.

5.1.3. La incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos previstos por el I.N.S.S. o la Mutua colaboradora de la Seguridad Social

El tercer motivo de suspensión de la prestación económica de I.T. lo constituye la ausencia injustificada del trabajador a los reconocimientos médicos a que puede ser convocado por la Entidad Gestora o por la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, y viene regulado en el artículo 9 del R.D. 625/2014, desarrollo reglamentario como hemos indicado, del anterior número 3 del artículo 132 T.R.L.G.S.S./1994, actual 175.3 del T.R.L.G.S.S./2015. Dado que el I.N.S.S y las Mutuas colaboradoras respecto de los trabajadores en situación de I.T. incluidos en su ámbito de gestión, pueden disponer la citación a reconocimientos médicos a los trabajados en I.T., la ausencia a los mismos conlleva la tramitación de un expediente administrativo que, durante la misma, conlleva la suspensión del subsidio, regulándose cuidadosamente tanto la realización de los reconocimientos como su procedimiento³⁹⁸.

En garantía del trabajador, el número 2 del R.D 625/2014 determina que la citación

³⁹⁸ "...se llevarán a cabo respetando, en todo caso, el derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores. En todo caso serán de aplicación las garantías establecidas en el artículo 8 en relación con el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de los trabajadores y la confidencialidad de la información objeto de tratamiento. Asimismo, será de aplicación lo dispuesto para las historias clínicas en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica..."

habrá de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles, debiendo informarle que de no acudir al reconocimiento se procederá a la suspensión cautelar de la prestación, y que, si la falta de personación no se justifica en el plazo de los diez días hábiles siguientes, se procederá a la extinción del subsidio. En caso de que el trabajador justificara, antes de la fecha del reconocimiento, las razones que le impiden comparecer, el I.N.S.S. o la Mutua colaboradora con la Seguridad Social en su caso, podrá fijar una nueva fecha para su realización, comunicándose de nuevo al trabajador con la misma antelación referida. Si no hubiera tal actuación de justificación por el interesado, y no se personase al reconocimiento médico, el I.N.S.S. o la Mutua dictará Resolución o acuerdo respectivamente de suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento médico, comunicándose inmediatamente al interesado e indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles para justificar la incomparecencia. Justificada esta por el trabajador, la Dirección Provincial del I.N.S.S. o la Mutua dictarán nueva Resolución o acuerdo dejando sin efecto la suspensión y procediendo a reanudar el pago de la prestación económica con efectos desde que hubiera quedado suspendida, realizando las mismas el abono correspondiente al período temporal de la suspensión directamente, e informando tanto a la empresa como a la Tesorería General de la Seguridad Social del levantamiento de la suspensión y reposición del pago delegado por parte de la empresa. En sentido contrario, transcurrido el plazo de diez días hábiles sin justificación por el trabajador de la inasistencia (o en su caso considerada insuficiente la razón esgrimida para la incomparecencia), la Dirección Provincial del I.N.S.S. o la Mutua colaboradora con la Seguridad Social en su caso dictarán Resolución o acuerdo respectivamente declarando la extinción de la prestación, como veremos en el apartado siguiente.

Es el párrafo segundo del número 5 del artículo 9 del R.D.625/2014 el que expresa las causas por las que la incomparecencia al reconocimiento médico se considera justificada, lo que se producirá, en primer lugar “...cuando el trabajador aporte informe emitido por el médico del Servicio Público de Salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente...”; en segundo lugar “ cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a los cuatro días hábiles...”, y en tercer lugar, “...cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente...”, añadiendo pues no una causa de justificación concreta, sino abriendo la puerta a un

abanico de razones que pudieran ser causa suficiente para provocar, con independencia de la voluntad del trabajador, su asistencia al reconocimiento médico al que había sido citado; que merezca la calificación de razonable en el punto de equilibrio entre la insuficiencia de la simple petición de disculpas³⁹⁹ y lo legítimo de una inasistencia⁴⁰⁰ por motivos familiares, pasando por las vías intermedias y ordinarias⁴⁰¹ en los que la valoración subjetiva de la Entidad Gestora o de la Mutua ha de verse constreñida por la interpretación de la conducta del trabajador en orden a mostrar su disponibilidad a la realización de la revisión o la diligencia en comunicar la imposibilidad de la asistencia como indicios de su buena fe.

5.2. Causas de extinción del subsidio

Estudiados los supuestos de suspensión de la prestación económica, nos referimos a los casos que la norma prevé como motivos de extinción, regulados en el precitado número 1 del reiterado artículo 173 T.R.L.G.S.S/2015, así como en el R.D. 625/2014 en cuanto desarrollo reglamentario de la extinción del subsidio, como consecuencia de la resolución dictada en el expediente que decide la calificación de injustificada de la ausencia del trabajador al reconocimiento médico al que fuere convocado por el I.N.S.S o la Mutua colaboradora con la Seguridad Social en su caso. Se trata de supuestos que podríamos calificar de carácter incidental, pues operan por causas anómalas en el curso de la contingencia objeto de cobertura. Las causas de extinción de la prestación económica de I.T. normativamente establecidas son las que se analizan a continuación.

5.2.1. La actuación fraudulenta del beneficiario para obtener o conservar dicha prestación

Si bien los supuestos previstos en la norma tienen un cierto carácter de sanción por actuaciones indebidas de los beneficiarios, éste se acentúa en la presente causa al definir el artículo 26.1 de la L.I.S.O.S como infracción muy grave el actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute, sancionados en el artículo 47.1 c) y 3 con la

³⁹⁹ Olvido de la citación.

⁴⁰⁰ Fallecimiento del cónyuge

⁴⁰¹ Desde el verse involucrado en un accidente o retraso del transporte público

extinción de la prestación y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. En una primera aproximación, se trata de aquellas afiliaciones o altas indebidas, con abono de cotizaciones para generar falsos derechos a prestaciones en casos de inexistencia real de prestación de servicios por cuenta ajena, en directa relación con el fenómeno de la compra de prestaciones.

En segundo lugar nos referimos a los casos en los que, preexistiendo a la afiliación y/o alta una enfermedad o defecto congénito que imposibilitan la prestación de trabajo, éstos supusieran la nulidad del acto administrativo de afiliación y/o alta⁴⁰², en el sentido que recogía la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 2 de febrero de 1989⁴⁰³: "...El sistema normativo de la Seguridad Social española trata de amparar o dar protección a las situaciones de necesidad que se produzcan después de constituida la relación jurídica de Seguridad Social.....lo que conduce forzosamente a la exclusión de la protección en los supuestos en que existe el llamado riesgo preconstituido, esto es, el nacimiento de la situación de necesidad antes de la formalización del alta en el sistema...". Evidentemente nos encontraremos, en todo caso, ante un problema de prueba que, tratándose de una afiliación ó alta denegada por la Tesorería General de la Seguridad Social, deberá realizarse ante el órgano competente de la jurisdicción social en el procedimiento especial de los artículos 148 y siguientes de la L.R.J.S.

Así lo recogió la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de La Rioja de 26 de abril de 1985⁴⁰⁴ al establecer expresamente que "... Los requisitos que ha de tener el acto calificado como fraude de ley son:

- 1) Que se trate de un acto que contraríe la finalidad práctica de la ley defraudada, suponiendo su violación efectiva. y
- 2) Que la ley en que se ampare el acto--ley de cobertura--no tenga el fin de protegerlos..."

⁴⁰² De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., Manual de Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona 1979. pág.487.

⁴⁰³ García Ninet, J.I. "La Incapacidad Temporal" (VV. AA) AEDTSS La Incapacidad...óp. cit. pág.78.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 23 de febrero de 1987. R.J. 1100/1987; de 10 y 11 de noviembre de 1988 R.J. 8573 y 8576; de 14 de diciembre de 2010. Recurso 1419/2010; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Burgos) de 18 de setiembre de 2008. Recurso 401/2008; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 19 de diciembre de 2014. Recurso 2586/2014; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 30 de marzo de 2015. Recurso 2948/2013

⁴⁰⁴ R Aranzadi Social 1472.

Ello, independientemente de que, como señalaba el T.S. en Sentencia de 13 de diciembre de 1987⁴⁰⁵, "...el fraude de ley no puede presumirse nunca, sino que requiere cumplida prueba de los hechos que lo configuran..., pues la presunción *iuris tantum* es justamente la contraria, en aras a la seguridad del tráfico jurídico suponiéndose que las instituciones jurídicas se ejercitan conforme al fin para el que han sido concebidas, salvo que precisamente por quien se sostenga lo contrario, se pruebe que no ha sido así...". De este modo, la precitada Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de La Rioja, analizando el supuesto concreto objeto de recurso afirma que: "...en el caso sometido a la consideración de esta Sala, de la relación de hechos probados, en modo alguno se desprende que el actor hubiera actuado en fraude de ley. Si el actor sufrió un ataque de epilepsia--que como es público y notorio suelen repetirse en el tiempo, con más o menos frecuencia--se encontraba trabajando para la empresa CJMSASA el día 17 de enero de 1994--primer día de trabajo-- y fue atendido médicamente en el Hospital San Millán de Logroño, no hay por qué presumir que por tratarse del primer día de trabajo o bien dicho ataque fue ficticio--conclusión paladinamente absurda o bien que no estaba trabajando para dicho empresa--hecho no sólo no probado por las entidades recurrentes, sino ni siquiera combatido....". Para llegar a la conclusión de que, como apuntábamos en relación a la carga de la prueba, "...En definitiva, no se ha acreditado por quien debería hacerlo que la actuación del actor--y de la empresa--fuera fraudulenta--artículo 1214 C.C. regulador del *onus probandi*--y dirigida a obtener el derecho al subsidio por ILT...".

En tercer lugar y atendiendo también a la adquisición y "conservación" fraudulenta de los derechos derivados de la situación de I.T., es preciso referirse a todas aquellas conductas que, bien fingen la producción de un accidente o enfermedad no reales, bien tienden a prolongar indebidamente su duración para el disfrute del subsidio, o a

⁴⁰⁵ Recurso de Casación por infracción de ley. Roj: STS 13774/1987 - ECLI:ES:TS: 1987:13774.

Recogen ejemplos de fraude de ley, entre otras, las Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2003. Recurso 724/2003; de la Región de Murcia de 11 de febrero de 2008. Recurso 57/2008; del País Vasco de 23 de setiembre de 2008. Recurso 1470/2008; de Andalucía (Sevilla) de 19 de mayo de 2011. Recurso 2387/2010; de Granada, de 31 de octubre de 2010. Recurso 1858/2012; Málaga, de 29 de mayo de 2014. Recurso 393/2014; de Castilla-León (Valladolid), de 2 de diciembre de 2014. Recurso 1399/2014

percibirlo por encima de su cantidad correcta⁴⁰⁶.

A este respecto, tienen importante participación en la lucha frente a estas conductas fraudulentas los servicios médicos, tanto oficiales del INGESA-INSALUD o de las CC.AA. con competencias en materia sanitaria, como de los servicios sanitarios de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y de las empresas que colaboran en la gestión del Régimen General⁴⁰⁷, puesto que se trata, en definitiva, del enfrentamiento con el fenómeno absentista⁴⁰⁸ aunque, como se ha apuntado⁴⁰⁹, "...por lo que se refiere al capítulo de las depresiones y al grupo de los hipocondríacos es difícil saber a ciencia cierta dónde empieza la auténtica enfermedad objetiva y la meramente subjetiva...".

Desde la perspectiva sancionadora, como se ha indicado, el artículo 26.1 de la L.I.S.O.S califica como infracción muy grave el actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute, sancionados en el artículo 47.1 c) y 3 con la extinción de la prestación y el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas⁴¹⁰.

5.2.2. El trabajo por cuenta ajena o propia del beneficiario del subsidio

Existe una contradicción en sus propios términos en la situación de un trabajador que encontrándose en I.T., hallándose suspendido por tanto su deber de prestación de servicios, realiza otras actividades laborales por cuenta propia o ajena. Hay una total incompatibilidad entre el recibimiento de asistencia sanitaria, percibiendo la prestación económica de I.T. por no estar apto para el desempeño de un trabajo y la realización de otro distinto, ya sea por cuenta propia o ajena. En este sentido, o bien el trabajador ha de

⁴⁰⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Valenciana de 15 de marzo de 2011. Recurso 2747/2010; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada); de 19 de febrero de 2014. Recurso 374/2014; de 23 de octubre de 2014. Recurso 1512/2014.

⁴⁰⁷ Ver Capítulo Quinto. Gestión.

⁴⁰⁸ Ver Capítulo Octavo.

⁴⁰⁹ García Ninet, J.I., "La Incapacidad Temporal" VV.AA (AEDTSS) La Incapacidad...op.cit.pag.79.

⁴¹⁰ Los artículos 15 y 18 de la L.I.S.O.S., en lo que se refiere a la sanción de estas conductas de fingimiento, califican de muy graves las conductas de empresarios en connivencia con trabajadores ó beneficiarios, para la obtención de prestaciones indebidas ó superiores a las que procedan, sancionándolas con multa entre 3000 euros a 90.000 euros. (artículo 37).

ser dado de alta porque ha recuperado su capacidad de trabajo, o si no es así, está actuando en perjuicio de la pronta recuperación de aquélla y por consiguiente, obrando de mala fe ante el empleador y el propio Sistema de Seguridad Social; de ese modo, el artículo 17 de la L.I.S.O.S. considera falta grave el efectuar trabajos por cuenta propia ó ajena durante la percepción de prestaciones, siempre que exista "... la incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida...", sancionando el artículo 46, como hemos citado, siguiendo el procedimiento reglamentario ya aludido, esta conducta, con pérdida de la prestación durante un período de tres meses, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Sí es necesario precisar que las actividades realizadas durante la situación de baja han de ser entendidas como incompatibles con el proceso de curación por el médico responsable de la asistencia sanitaria, puesto que no existe una prohibición absoluta de actividad sino que, según se ha estudiado⁴¹¹, "...La Jurisprudencia sí que parece clara al decidir que no todos los casos de realización de trabajos durante la ILT--hoy I.T.--son incompatibles con la situación suspensiva, sino sólo aquéllos que a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial de la ocupación, sean susceptibles de perturbar la curación...ó evidencien la aptitud laboral del trabajador con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa...". Ya que "...En otros casos, el Tribunal correspondiente acepta la licitud del trabajo expresamente cuando se trata de combatir el stress, ó se trata de terapias más ó menos ocupacionales ó actividades recomendadas por el mismo médico...".

De lo que se trata, en definitiva, es de buscar que la actuación del trabajador en situación de I.T. se encamine, en un contexto de buena fe, a restablecer su salud y aptitud para el trabajo, como define el artículo 98 del T.R.L.G.S.S./1974. Volvemos a indicar aquí que se requiere una actuación activa de los profesionales sanitarios de la Seguridad Social, Mutuas colaboradoras y de las empresas en la lucha contra lo que supone una modalidad del fenómeno absentista en toda su magnitud⁴¹². Por ello, como veremos, el legislador quizá concluyendo que la eficacia del propio sistema público oficial de control va a depender no sólo de sus instrumentos, va repercutiendo en la

⁴¹¹ Vida Soria, J. "La I.T. como causa de suspensión del contrato de trabajo" Tribuna Social 44-45/94. pág.13.

⁴¹² Ver Capítulo Octavo.

empresa su intervención en la lucha contra ese fenómeno, con la introducción, a través del artículo 20.4 T.R.E.T/2015 de la facultad empresarial de verificación del estado de enfermedad ó accidente del trabajador que alega su incapacidad temporal para acudir al trabajo, y llega, en fin, a hacer recaer sobre aquélla⁴¹³ el pago del subsidio de I.T. entre los días 4º a 15º a partir de la baja en los supuestos de enfermedad común, en los que, evidentemente, suelen concentrarse los más abundantes fenómenos absentistas de corta duración. No olvidemos que, al fin y a la postre, una conducta del trabajador contraria a la buena fe podría dar lugar a su despido disciplinario, a tenor de los artículo 54 y 55 T.R.E.T/2015 por transgresión de la buena fe contractual⁴¹⁴, pues como señala la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1988, "...si la ILT--hoy I.T.--supone una suspensión de la prestación de trabajo encaminada a obtener la reparación de la salud, quebrantada por un proceso patológico ó traumático del trabajador, la realización de actividades ó conductas que suponen una agravación de la enfermedad o un retardo en el proceso de curación, debe considerarse como una agresión a la *bona fides* que debe presidir e inspirar la relación laboral, al llevar consigo una defraudación a la Seguridad Social y a la propia empresa...".

Pero ello sin perjuicio, como antes apuntábamos, de que no toda realización de actividad por el trabajador en I.T. ha de suponer una violación de su deber contractual de buena fe. Antes al contrario, tal incumplimiento obligacional devendrá cuando de la realización de aquélla dependan, bien la recuperación de la aptitud para su trabajo habitual, bien la transgresión de las indicaciones médicas para el restablecimiento de su salud, lo que requiere un estudio casuístico de las circunstancias concurrentes, como establece la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁴¹⁵: "...para tratar singularmente el supuesto enjuiciado ponderando todas sus circunstancias y con especial atención al

⁴¹³ Ver Capítulo Tercero.

⁴¹⁴ Sala Franco, T; Albiol Montesinos, I; Camps Ruiz; L; García Ninet, J.I. y López Gandía, J.- Derecho del Trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia 1994. pág.558; Iglesias Cabero, M. "Transgresión de la buena fe contractual". Estudios sobre el despido disciplinario. (De la Villa Gil, L.E., Director) Acarl.1992. págs. 230 y ss. Martín Valverde, A *et alri*. Derecho del...óp. cit. pág.708.

⁴¹⁵ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 14 de noviembre de 1991. Sentencias de las Salas de lo Social del T.S.J de Murcia de 3 de mayo de 2005., Rec. 401/05; de la C. Valenciana de 28 de febrero de 2005. Rec. 3356/04; del País Vasco de 25 de enero de 2005. Rec. 2891/04; de Murcia de 25 de abril de 2006 Rec. 465/06; de Madrid de 28 de febrero de 2006.Rec. 351/06.

factor humano al que ha de prestarse máxima importancia. Y por ello hay que entender que no es desleal el que hallándose en ILT--hoy I.T.-- realiza cualquier actividad, sino aquél que con la actividad realizada evidencia aptitud para el trabajo ó contraviene las indicaciones médicas dilatando su restablecimiento...".

En el caso de que producido el despido ante la circunstancia referida—y que resultó acreditada—de mala fe en la actuación del trabajador, con declaración de procedencia por los órganos jurisdiccionales sociales, nos encontraríamos ante la previsible solicitud de pago directo de la prestación ante el I.N.S.S. como Entidad Gestora, iniciándose el correspondiente expediente administrativo con reconocimiento, denegación o suspensión de ese derecho al trabajador, sin perjuicio de que, en estos dos últimos casos, tras el agotamiento de la vía administrativa por reclamación previa--artículo 71. L.R.J.S.--se llegase a la vía jurisdiccional social--artículos 140 y siguientes. De L.R.J.S.-. Y ello puesto que no tienen por qué coincidir necesariamente la decisión de procedencia del despido ex artículos 54 y 55 T.R.E.T./2015 con la de denegar el derecho a la prestación económica de I.T. ya que, como se ha señalado⁴¹⁶, "... no cabe trasponer mecánicamente las vicisitudes de la relación laboral a la relación jurídica de Seguridad Social...", con cita de Sentencias del extinto T.C.T.⁴¹⁷, doctrina acogida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 21 de mayo de 1990: "...constituida la relación jurídica de la Seguridad Social, se produce una disociación jurídica, ya que la protección del sistema exige determinados requisitos legales para que el sujeto protegido pueda tener derecho a esa protección, entre las que destaca una situación de alta ó asimilada y el alcanzar un determinado período de cotización según las contingencias de que se trate, pero constituida la relación jurídica de Seguridad Social, ésta tiene una trayectoria jurídica independiente de las vicisitudes de la vida laboral del sujeto protegido y por ello no exige que continúe la relación laboral en virtud de la cual devino la situación de alta puesto que partiendo de la existencia de una dolencia en el sujeto protegido, que exige la correspondiente

⁴¹⁶ De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A.- *Manual de...* óp. cit.pág.492.

⁴¹⁷ Sentencias de 20 de diciembre de 1973.R Aranzadi 5342; de 22 de mayo de 1975. R. Aranzadi 2574, y de 11 de noviembre de 1977. R. Aranzadi 5510.

Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 4 de diciembre de 2007. Recurso 4611/2006. Sentencias de la Sala de lo social del T.S.J. de Madrid de 19 de mayo de 2008. Recurso 1569/2008 y 17 de febrero de 2014. Recurso 1388/2013.

asistencia sanitaria y le impide trabajar, el artículo 128 L.G.S.S. protege esta situación de forma inmediata sin ocuparse de si está ó no la relación laboral en estado de vigencia, y sólo para el caso de que esa situación de enfermedad coexista con la de desempleo, existen normas jurídicas que contemplan esa situación puente...debiéndose concluir que el despido sea procedente, improcedente ó nulo, no constituye causa de extinción de la situación de I.L.T.--hoy I.T.--cuando el trabajador despedido mantenga los demás requisitos legales; es decir: estado patológico que necesite asistencia médica e imposibilidad para el trabajo, no pudiéndose crear una nueva causa de extinción de la mencionada situación...".

Distinto es que si el despido declarado procedente se produjo por el desarrollo de un trabajo que evidencia la aptitud del trabajador para la prestación de sus servicios profesionales, la Entidad Gestora responsable (ó en su caso la Mutua colaboradora) pueda iniciar la vía administrativa de suspensión ó extinción, debiendo, en todo caso, acudir a la jurisdicción social para sancionar con perdida ó suspensión del derecho al subsidio puesto que, como establece la Sala de lo Social del TS⁴¹⁸, "...es cierto que en términos generales las Entidades Gestoras no están facultadas para revisar motu proprio los actos declarativos de derechos en perjuicio de las beneficiarios y que el procedimiento para ello es acudir a la jurisdicción laboral..." siendo, por tanto, en último término, la entidad interesada la que habrá de probar las circunstancias concurrentes para sancionar con suspensión ó perdida del derecho al percibo de la prestación económica de I.T. al trabajador ⁴¹⁹.

5.2.3. La incomparecencia injustificada del trabajador a los reconocimientos médicos requeridos

El número 3 del artículo 175 T.R.L.G.S.S/2015, desarrollado reglamentariamente por el

⁴¹⁸ Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Aranzadi 9051/91; Sentencias de 14 de diciembre de 2012. Recurso 588/2012 y Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 5 de noviembre de 2013. Recurso 761/2013; Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 29 de octubre de 2010. Recurso 4808/2010 y de de 28 de julio de 2015. Recurso 2323/2014.6; Sentencia de la Sala de lo Social del TS.J. de les Illes Balears de 24 de noviembre de 2011. Recurso 595/201; Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada) de 6 de febrero de 2014 y 20 de mayo de 2015. Recurso 1178/2015.

⁴¹⁹ Alvarez de la Rosa, M. dentro de la obra Enciclopedia de la Seguridad Social. Vol. IV. CISS.1995.

artículo 9 del R.D. 625/2014, contempla como motivo de extinción del subsidio la incomparecencia del beneficiario a los reconocimientos médicos requeridos por el I.N.S.S. o la Mutua colaboradora con la Seguridad Social en su caso, previa tramitación de un expediente administrativo que da lugar a la suspensión cautelar de la prestación, como hemos estudiado. Así, de acuerdo con los números 5 y 6 del artículo 9 del precitado R.D. 625/2014, transcurridos diez hábiles siguientes a la fecha en que el trabajador estaba citado para reconocimiento médico sin que hubiese aportado justificación suficiente de la incomparecencia, o entendiéndose insuficiente la razón alegada y acreditada, el Director Provincial del I.N.S.S dictará Resolución declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Si la decisión correspondiese a la Mutua colaboradora, en el mismo plazo emitirá Acuerdo en el sentido apuntado, comunicándose tanto al interesado como a la empresa, al Servicio Público de Salud y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Hemos de apuntar finalmente que el T.R.L.G.S.S/1994 eliminó de los supuestos de denegación, anulación o suspensión del derecho al subsidio de I.T. la imprudencia temeraria del beneficiario, productora ó prolongadora de la I.T., que el anterior T.R.L.G.S.S/1974 recogía como en su artículo 130 b) como causas de suspensión o extinción del mismo; supresión mantenida por el actual T.R.L.G.S.S/2015, pero en todo caso las situaciones que pudieran producirse por esas causas podrían tener encaje en la letra b) del nº 1 del artículo 132 T.R.L.G.S./1994, al tratarse de casos de intención, ó al menos, de "no involuntariedad" de la incapacidad, tema diferido en última instancia al juez de lo social.

5.3. Causas de finalización

Con independencia de los motivos de extinción estudiados, el artículo 131.bis T.R.L.G.S.S/1994 según la última redacción dada por el apartado tres de la Disposición final cuarta de la ley 22/2013⁴²⁰ vino a concretar las causas de finalización que calificábamos de ordinarias de la situación de I.T, esto es, sin que exista actuación reprochable jurídicamente del trabajador; bien es cierto que refiriéndose

⁴²⁰ De Presupuestos Generales del Estado para 2014 (B.O.E.26 de diciembre)

fundamentalmente a la prestación económica, aunque igualmente puede extenderse esta concreción, con matices, a la contingencia protegida en sí abarcando pues los dos ámbitos de objeto de atención, asistencia sanitaria y cobertura económica. Esta relación de causas es recogida textualmente por el actual artículo 174.1 T.R.L.G.S.S/2015.

De este modo finalizará la protección por I.T. al producirse los siguientes supuestos: transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica; alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; alta del trabajador con o sin declaración de Incapacidad Permanente; reconocimiento de la pensión de jubilación, y fallecimiento. Pasamos a su análisis particularizado.

5.3.1. Transcurso del plazo máximo establecido

Si bien ya hemos estudiado de forma indirecta esta causa de extinción al referirnos a la duración de la I.T.⁴²¹, entraremos esquemáticamente en su análisis para razonar cuál ha de ser su interpretación en nuestra opinión. En primer lugar, hemos de señalar que esta causa está establecida al margen de los estudiados períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja para el trabajo, cuya duración máxima será de seis meses prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad. Es preciso tener en cuenta que en estos períodos de observación la baja se produce por prescripción facultativa⁴²², no por el efecto incapacitante de la enfermedad. Estamos en estos supuestos de observación por enfermedad profesional en presencia de una situación recogida en la norma y asimilada⁴²³ a las productoras per se de la contingencia de I.T., pudiendo afirmarse⁴²⁴ que es encuadrable entre la enfermedad profesional que simplemente altera la salud sin producir incapacidad y la enfermedad profesional del artículo 169.1 a) del T.R.L.G.S.S/2015. De este modo, la letra b) del mismo artículo define el período de observación como " el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo...".

⁴²¹ Capítulo Tercero.

⁴²² García Ninet, J.I. "La Incapacidad Temporal" (VV..AA). AEDTSS La Incapacidad... óp. cit., págs.29-30.

⁴²³ Tortuero Plaza, J.L." La Incapacidad Temporal..." óp. cit. pág.100

⁴²⁴ Dueñas Herrero., L.J. "La contingencia de..." óp. cit. pág. 234.

En segundo lugar, es preciso indicar que el transcurso del plazo máximo de 545 días se está refiriendo a la duración ordinaria de la contingencia de I.T. de 365 días más la prórroga acordada de 180 días más, pero ello sin perjuicio de la duración excepcional máxima de 730 días naturales prevista en el párrafo segundo del número 2 del artículo 174 T.R.L.G.S.S/2015. De este modo, tras las sucesivas modificaciones normativas de los artículos 128 y 131 bis del T.R.L.G.S.S/1994 operadas por la Disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005 así como de las Leyes 40/2007; 26/2009 y la Ley 22/2013 en su apartado tres de la disposición final cuarta, la actual configuración del artículo 174 T.R.L.G.S.S/2015 permite distinguir los siguientes escenarios:

- a) La duración máxima ordinaria de la I.T. será de 365 días--doce meses.
- b) Cumplidos los 365 días--doce meses--, procederá una prórroga de 180 días--seis meses -- (excepto para los períodos de observación por enfermedad profesional cuya duración máxima será en todo caso de doce meses) cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda causar alta por curación.
- c) Vencidos los 545 días--dieciocho meses-- se comenzaría el inicio de expediente de incapacidad permanente para la calificación de la situación del trabajador en el plazo de tres meses (duración máxima de veintiún meses).
- d) En caso de resolución expresa de una prórroga expresa de 180 días--seis meses-- más por la expectativa de que durante ellos se presuma que el trabajador pueda ser dado de alta por recuperación o mejora de su estado, el acuerdo es competencia exclusiva del I.N.S.S a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades, y en todo caso sin rebasar los 730 días naturales--veinticuatro meses --siguientes a la fecha de iniciación de la I.T.

Por consiguiente, el transcurso de 365 días no constituye per se una causa de finalización de la I.T. ya que la extensión, incluyendo la prórroga se establece en los 545 días, sino que como consecuencia del transcurso de ese lapso temporal, necesariamente la situación del trabajador ha de ser objeto de revisión por el E.V.I. con el fin de determinar, en primer lugar, si existe o no una recuperación del trabajador; producida ésta, la causa extintiva de la situación de I.T. será la curación, estudiada en la letra siguiente; si no existe recuperación o sanación, ha de determinarse si procede la prórroga de la I.T. por 180 días naturales más en el caso de que se pudiera prever que en ese tiempo el trabajador pudiera recuperar su capacidad laboral. De otra parte, si las

dolencias padecidas por el trabajador persistieran y estuvieran cronificadas, procedería el inicio de un expediente de Incapacidad Permanente para calificar aquéllas como causantes de tal situación y en qué grado en su caso; decisión que habrá de ser tomada como decíamos, tras la apertura de un expediente administrativo de calificación de la Incapacidad ad hoc, pero no conllevando el transcurso del indicado plazo de 365 días la calificación directa de alta por la Dirección Provincial del I.N.S.S. a propuesta del E.V.I. por el examen consiguiente, fundándolo la Entidad Gestora y algunas decisiones judiciales en una “decisión tácita” de inexistencia de la incapacidad,⁴²⁵ adoptada, previa al inicio del repetido expediente específico de incapacidad.

5.3.2. Por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual

Se trata de la causa de extinción natural de un proceso de I.T., la recuperación de la capacidad laboral del trabajador que conlleve la posibilidad del reingreso a la vida activa al puesto de trabajo o desempeño que venía realizando antes de producirse el evento que determinó el inicio de la protección por la contingencia estudiada.

5.3.3. Extinción por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de Incapacidad Permanente.

5.3.3.1. Con declaración de Incapacidad Permanente

Se definía originalmente⁴²⁶ en el artículo 134 T.R.L.G.S.S./1994 en su modalidad contributiva como "...la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas ó funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan ó anulen su capacidad laboral...", remitiéndose el artículo 137 a la "...lista de enfermedades que se aprueben reglamentariamente..." a los efectos de la graduación de la Incapacidad, pero en tanto se desarrollen las previsiones reglamentarias a las que se refiere el número 3 del artículo

⁴²⁵ Ver Capítulo Sexto.

⁴²⁶ Vigente hasta el desarrollo reglamentario previsto en el número 3 del artículo 137 del T.R.L.G.S.S./1994 en la redacción dada por la Ley 24/1997, de 15 de julio.

137 del mismo texto en la redacción dada por la ley 24/1997, parcialmente desarrollada por el R.D 1647/1997, se aplicarán la legislación y definiciones dadas en el texto original anterior, según preceptuaba la Disposición Transitoria quinta bis del T.R.L.G.S.S/1994 en modificación operada por la precitada Ley 24/1997. De este modo, la concreción de los grados de la Incapacidad Permanente venía dada por la definición contenida en los números 3 a 6 del artículo 135 T.R.L.G.S.S./1974⁴²⁷.

El vigente T.R.L.G.S.S/2015 contiene en su artículo 194 la distinción entre los cuatro grados clásicos de Incapacidad Permanente. Del mismo modo que su antecesor, el precitado artículo 134 T.R.L.G.S.S./1994, se remite a un futuro desarrollo reglamentario del número 3 del artículo para definir cada una de los grados de incapacidad. Pero a diferencia del Texto Refundido anterior, la Disposición Transitoria vigésimo sexta del T.R.L.G.S.S/2015 contiene una definición transitoria de los grados de Incapacidad Permanente hasta que no se desarrolle reglamentariamente el precitado artículo 194 y concretamente su número 3.

Así, distingue entre Incapacidad Permanente parcial para la profesión habitual; Incapacidad Permanente total para la profesión habitual; Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo, y Gran Invalidez. Al mismo tiempo da el concepto de profesión habitual, distinguiendo a estos efectos, el origen de la Incapacidad Permanente. De esta forma, se entiende por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. Y cuando se trate de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

⁴²⁷ “ ...3.- Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.4.- Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.5.- Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.6.-Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otras personas para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos...”

Ofrecido el concepto de profesión habitual, define los expresados grados de Incapacidad Permanente del siguiente modo:

Será incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Constituirá incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Y por fin se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

Seguidamente el número Dos de esta Disposición Transitoria añade que “...Hasta que no se desarrolle reglamentariamente dicho artículo, todas las referencias que en este texto refundido y en las demás disposiciones se realizasen a la «incapacidad permanente parcial» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente parcial para la profesión habitual»; las que se realizasen a la «incapacidad permanente total» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente total para la profesión habitual»; y las hechas a la «incapacidad permanente absoluta», a la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo»...”.

Producida la declaración de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total de acuerdo con el artículo 198.1 T.R.L.G.S.S/2015.

Si la extinción del derecho al subsidio de I.T. se produce por alta con declaración de Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual, definida en el artículo 194 T.R.L.G.S.S/2015⁴²⁸ en relación con la precitada Disposición Transitoria vigésima sexta del mismo texto legal como hemos visto, da derecho a percibir una indemnización a tanto alzado ex artículo 196 del mismo texto legal, sin perjuicio de que, de una parte, el trabajador pueda continuar necesitando asistencia sanitaria, aunque ello no conlleve la incapacidad para realizar el trabajo que venía cumpliendo; y de otra, que en el futuro esa dolencia residual pudiera, por agravación, llegar a constituir una incapacidad permanente total⁴²⁹.

Como más adelante se estudiará, el alta médica conlleva la obligación del trabajador de reincorporarse a la empresa y de ésta de proceder a su readmisión,⁴³⁰ con independencia de la impugnación de la referida alta si aquél considera que la efectiva curación no se ha producido.

De acuerdo con el artículo 193.2 T.R.L.G.S.S/2015 la incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta que no la comprenda⁴³¹, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia⁴³², bien en los casos de acceso a la incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desde la situación de no alta⁴³³.

De otra parte, las modificaciones operadas por las repetidas leyes 42/1994, suprimiendo

⁴²⁸ La redacción original del artículo 137 T.R.L.G.S.S/1994 la definía como la que "... sin alcanzar el grado de total, ocasiones al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma...".

⁴²⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Valladolid) de 18 de enero de 1994. R. Aranzadi Social 265.

⁴³⁰ Las condiciones las fija el artículo 1 del R.D.1451/1983, de 11 de mayo.

⁴³¹ Artículo 166.

⁴³² Artículo 155.2.

⁴³³ Artículo 195.4.

la Invalidez Provisional, 24/1997, 30/2005, 40/2007, 26/2009 y 22/2013, alterando los escalones de duración de la I.T. y determinando que tengan la consideración de prórrogas de I.T. los períodos de 3 meses del artículo 174.2 párrafo primero T.R.L.G.S.S/2015⁴³⁴ y “el período preciso”, sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días naturales del párrafo segundo del mismo número y artículo⁴³⁵, remarcando este mismo párrafo tal consideración al hablar expresamente de “prolongación de sus efectos”, así como de “demora” en la calificación, término que emplea el siguiente párrafo, tercero, de ese mismo número 2 del precitado artículo 174 T.R.L.G.S.S/2015 al exonerar de cotización a las empresas durante ambos períodos temporales⁴³⁶.

Hemos de tener en cuenta finalmente que de acuerdo con el artículo 3 del R.D. 1300/1995 la calificación de la Incapacidad se produce en la fecha de la Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. por lo que, según lo desarrollado por el artículo 15 de la O.M. de 18 de enero de 1996, sólo se pagaría la diferencia entre la prestación económica por invalidez permanente que al trabajador le correspondiese con relación a la que tenía derecho por I.T. en caso de ser aquella superior, pero las cantidades que el beneficiario devengase hasta la fecha de la Resolución no serán objeto de reintegro (ni la diferencia a su favor percibida en su caso) cuando no se reconozca el derecho de aquél a las prestaciones de Incapacidad Permanente o su cuantía sea inferior a la del subsidio de I.T.

5.3.3.2. Alta sin declaración de Incapacidad Permanente

El alta se puede producir por curación total del trabajador, recobrando éste completamente su aptitud para el trabajo,⁴³⁷ pero también cuando existe una curación con declaración de lesiones permanentes no invalidantes, que no le impiden reintegrarse al trabajo y que vienen definidas en el artículo 201 T.R.L.G.S.S/2015⁴³⁸ como las "... lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidente de

⁴³⁴ Recogiendo la redacción del número 2 párrafo primero del artículo 131 bis T.R.L.G.S.S/ 1994.

⁴³⁵ Manteniendo idéntica redacción que el párrafo segundo del número 2 del precitado artículo 131 bis T.R.L.G.S.S/1994.

⁴³⁶ Se mantiene igualmente la redacción del párrafo tercero del número 2 del artículo 131 bis T.R.L.G.S.S/1994.

⁴³⁷ Incluyéndose una redacción particular: “Mejoría que permite trabajar”.

⁴³⁸ Recoge idéntica redacción que el artículo 150 T.R.L.G.S.S/1994.

trabajo ó enfermedad profesional que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente⁴³⁹ supongan una disminución ó alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de esta ley..."⁴⁴⁰.

Tales lesiones dan derecho al percibo de una cantidad a tanto alzado como indemnización, "... sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa...", como indica el artículo 201 T.R.L.G.S.S./2015. Las cuantías de las referidas indemnizaciones han sido actualizadas por la Orden ESS/66/2013⁴⁴¹. Estas lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes, tal como recoge la Sala de lo Social del T.S.J. Extremadura⁴⁴² "...no suponen alteración alguna en la capacidad laboral del trabajador y, por tanto, emitida el alta médica, se ha de extinguir el subsidio por I.T. porque ya no existe ningún impedimento, al menos derivado de la contingencia que provocó la baja, para que el trabajador vuelva a trabajar...".

5.3.4. Por el reconocimiento de la pensión de jubilación

Este caso⁴⁴³ se trata de una opción que ejerce el trabajador a favor de la percepción de la pensión de jubilación cuando reúne los requisitos de acceso a tal derecho ex artículos 205 y concordantes del T.R.L.G.S.S./2015, pasando a tener la consideración de

⁴³⁹ Según la combinación de la Disposición Transitoria vigésima sexta y los artículos 193 y 194 T.R.L.G.S.S./2015.

Conforme la legislación anterior hablaba de aquella que "... sin alcanzar a ocasionar una disminución del 33% en su aptitud para el trabajo ex artículo 137 T.R.L.G.S.S./1994...".

⁴⁴⁰ El cuadro de lesiones, mutilaciones y deformaciones permanentes y no invalidantes fue fijado por la O.M. de 15 de abril de 1969 (B.O.E. de 8 de mayo), modificada por la O.M. de 5 de abril de 1974 (B.O.E. de 18 de abril) por O.M. de 11 de mayo de 1988 (B.O.E. 7 de junio), por la O.M. de 16 de enero de 1991 (B.O.E. 18 de enero) y por la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril (B.O.E. 22 de abril).

⁴⁴¹ De 28 de enero de 2013 (B.O.E. de 30 de enero de 2013; corrección de errores BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013) por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

⁴⁴² Sentencia de 5 de setiembre de 1994. R. Aranzadi Social 3303. Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 2 de abril de 1996 (Ar. 2978); de 14 de julio de 1997 (Ar. 5699); de 5 de mayo de 1999 (Ar. 4706); de 20 de enero de 2000 (Ar. 983) y 19 de junio de 2000 (Ar. 5166), entre otras. En ese sentido, Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Burgos), de 22 de octubre de 2009. Recurso 586/2009; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 2010. Recurso 430/2010; de la Sala de lo Social del T.S.J. de La Rioja de 31 de julio de 2013. Recurso 142/2013.

⁴⁴³ García Ninet, J.I., "La Incapacidad Temporal". (VV. AA). AEDTSS La Incapacidad...óp. cit. pág. 105.

pensionista de la Seguridad Social. La extinción se produce por esta causa cuando la Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. competente reconoce la condición de pensionista de jubilación al solicitante que, a partir de ese momento, de precisar asistencia sanitaria, la recibirá en su condición de jubilado--artículo 100.1 b) T.R.L.G.S.S./1974--. Esta causa de extinción operaría por el reconocimiento al derecho a una pensión de jubilación tanto contributiva como no contributiva ex artículo 369 T.R.L.G.S.S./2015.

Y como última cuestión, es preciso apuntar que cabría compatibilizar el cobro de la prestación económica de I.T. con la pensión de jubilación en tres supuestos que estudiaremos más adelante⁴⁴⁴: la jubilación parcial en base a la formalización de un contrato de relevo, modalidad recogida a la fecha en el artículo 12 T.R.E.T./2015 como una variedad ó especificidad del contrato a tiempo parcial, en el supuesto de que el trabajador que concertara con la empresa un contrato de jubilación parcial, se encuentra ó cae en situación de I.T., percibiendo entonces, al tiempo, entre el 25 por ciento como mínimo y el 85 por ciento como máximo, de su pensión de jubilación y el porcentaje inversamente proporcional del subsidio económico de I.T.; la jubilación flexible y la jubilación activa.

5.3.3.5. Fallecimiento

La muerte del trabajador, como es obvio, supone la extinción directa de la prestación económica de I.T. dado que aquél era el perceptor, y en su caso serán los familiares (cónyuge, descendientes y ascendientes) los que reciban las correspondientes prestaciones de muerte y supervivencia de acuerdo con los artículos 216 y concordantes del T.R.L.G.S.S./2015.

6.-Tránsito entre prestaciones de incapacidad temporal y otras contingencias protegidas

6.1. Incapacidad temporal y desempleo

⁴⁴⁴ Capítulo Séptimo.

Al estudiar la extinción de la relación contractual durante la situación de I.T. del trabajador para abordar la conexión entre aquella y el percibo de la prestación por desempleo, hemos de señalar en primer lugar y como indicación de carácter general, que la consecuencia de la declaración de nulidad que contenía la redacción original del artículo 55.6 E.T. de 1980 ante el despido de un trabajador en situación de I.T. que no fuese reconocido como procedente, se ve modificada por la reforma del Estatuto llevada a cabo en 1994 posteriormente recogida en el T.R.E.T. de 1995 así como en el vigente T.R.E.T./2015., lo que supone que la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo de un trabajador en situación de I.T., de no ser declarado procedente, conllevaría su calificación de improcedente, no nulo⁴⁴⁵, con la posibilidad de ver sustituida la obligación de readmitir por la de indemnizar a tenor del artículo 56 T.R.E.T/2015⁴⁴⁶.

Es necesario apuntar que aun cuando la Jurisprudencia tiene establecida, no la identidad sino la paralela regulación entre la relación laboral y la de Seguridad Social afrontada desde la perspectiva, en este caso de la situación de I.T., nos referiremos ahora directamente a la posibilidad de ejercicio de la acción extintiva del contrato de trabajo por parte del trabajador en situación de I.T. en base al artículo 50 b) T.R.E.T/2015., ante la falta continuada de abono de la prestación económica de I.T. (aun cuando lo sea en concepto de pago delegado) por parte del empresario. A este respecto, frente a una interpretación restrictiva del ante citado artículo limitándolo al concepto puro de salarios, que no abarcaría por consiguiente el pago de las prestaciones económicas de I.T., reaccionó el T.S.⁴⁴⁷ entendiéndolo que “...ambas obligaciones (se refiere al pago directo de la prestación económica de I.T. durante los días cuarto a decimoquinto a partir de la baja, y de otra parte, al pago delegado de la misma durante el posterior tiempo de la baja) derivadas *ex lege* del contrato de trabajo, y cuyo cumplimiento cabía esperar lógicamente, en el comportamiento del empresario,

⁴⁴⁵ Salvo la concurrencia apreciada por el juzgador de causas de discriminación prohibidas en la Constitución ó en la ley, o bien que el despido se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador ex artículo 55.5 T.R.E.T/2015. y 108.2 L.R.J.S.

⁴⁴⁶ Excepto en los casos en los que la opción corresponda al trabajador y éste la ejercite a favor de la readmisión, según el nº 4 del artículo 56 T.R.E.T./2015

⁴⁴⁷ Sentencias de 22 de mayo de 1995 en Unificación de Doctrina. R. Aranzadi 3995, y 2 de noviembre de 1996. R. Actualidad Laboral 298/1997. En la misma línea las Sentencias de la Sala de lo Social del T. S. dictadas en Unificación de Doctrina de 19 de diciembre de 2006. Recurso 5431/2005; de 18 de febrero de 2013 R. J.2123/2013

constituyen la causa rescisoria de incumplimiento grave tipificada en el artículo 50 1. c) T.R.E.T., y a ello no se opone que la cobertura de I.T. forme parte de la acción protectora de la Seguridad Social, pues en todo caso, se trata de obligaciones legales de prestación impuestas por la L.G.S.S. al empresario a favor del trabajador que constituyen efecto reflejo del contrato de trabajo...”, de forma y manera que, a través de la vía de la acción del artículo 50 1. c) T.R.E.T. cabe pedir la rescisión de la relación laboral por parte del trabajador ante la falta de pago o retrasos continuados en el abono de la prestación económica de I.T., sea en pago directo o como pago delegado.

Hecha esta introducción, la solución a la concurrencia de estas dos situaciones protegidas por el sistema de la Seguridad Social⁴⁴⁸, la I. T y la prestación por desempleo ex artículo 42 c) T.R.L.G.S.S./2015 está actualmente regulada por el artículo 283 de este texto legal. En primer lugar, a tenor del nº 1 del precitado artículo 238, "... cuando el trabajador se encuentre en situación de I.T. derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato...seguirá percibiendo la prestación por I.T. en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación..."⁴⁴⁹. Refiriéndonos a la extensión temporal, hemos de remitirnos a lo anteriormente estudiado con respecto a la duración de la situación de I.T. y extinción del derecho al subsidio.

Naturalmente, sin perjuicio de que la I.T. se extinga por alguna otra de las causas legalmente previstas, dando lugar a situaciones distintas, el legislador parece apuntar a la finalización de la I.T. por alta médica con recuperación del trabajador, lo que se deduce del tenor literal del número 1 del artículo 238 T.R.L.G.S.S./2015 al afirmar: "...

⁴⁴⁸ Inicialmente la normativa de Seguridad Social preveía la sucesión de ambas prestaciones, de forma que el trabajador que estando en I. T viene extinguido su contrato de trabajo no accedería a la prestación por desempleo hasta que no causase alta. Ver Castro Argüelles, M^a A. “La articulación de las situaciones de incapacidad temporal y/o maternidad con la extinción del contrato de trabajo y la situación de desempleo” (VV. AA). Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,2004., pág. 973. Alvarez Cuesta, H: “La concatenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del artículo 222 LGSS”. (VV. AA). Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,2004., pág. 742.

⁴⁴⁹ Fernández Prats, C.- La protección de la incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2011.pág 185

hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 267,y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo..."⁴⁵⁰. La regla es, pues, clara. Si el trabajador se encuentra en situación de I.T. derivada de contingencias comunes y se extingue su contrato de trabajo, continuará percibiendo la prestación económica de I.T. si bien en la cuantía que le hubiera correspondido por la prestación por desempleo, hasta que sea declarado en alta, en cuyo momento, pasará percibir propiamente la correspondiente prestación por desempleo, si reúne los requisitos legalmente exigidos para ello o el subsidio por desempleo.

La interpretación de esta regla requiere las siguientes matizaciones:

a) La extinción del contrato de trabajo durante la situación de I.T. ha de deberse a "...alguna de las causas previstas en el artículo 267.1 ..." del propio T.R.L.G.S.S/2015⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ En los otros supuestos se daría el paso a la jubilación, a la invalidez permanente o al percibo, en su caso, de prestaciones de muerte /y supervivencia por los herederos.

⁴⁵¹ Artículo 267.1 T.R.L.G.S.S./2015: Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos: a) Cuando se extinga su relación laboral: 1.º En virtud de despido colectivo, adoptado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal.

2.º Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo. 3.º Por despido. En el supuesto previsto en el artículo 111.1.b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social, durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, con derecho a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente título, por la duración que le corresponda conforme a lo previsto en los artículos 269 o 277.2 de la presente ley, en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados.

4.º Por extinción del contrato por causas objetivas. 5.º Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. 6.º Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador. En el supuesto previsto en el artículo 147 de la Ley reguladora de la jurisdicción social y sin perjuicio de lo señalado en el mismo, los trabajadores se entenderán en la situación legal de desempleo establecida en el párrafo anterior por finalización del último contrato temporal y la entidad gestora les reconocerá las prestaciones por desempleo si reúnen el resto de los requisitos

b) En virtud de lo prevenido en los artículos 266 b) y 269.1 T.R.L.G.S.S/2015, el trabajador cuyo contrato se extingue, ha de reunir el período de ocupación cotizada que da derecho a la percepción de la prestación, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo ó al momento en que cesó la obligación de cotizar; período de carencia que se extiende de un mínimo de 360 días cotizados, que dan derecho a 120 días de prestación de desempleo, hasta 2160 ó más, días de cotización, que dan derecho al período máximo de percepción de la prestación que es de 720 días.

c) La letra a) del artículo 266 a) T.R.L.G.S.S/2015 exige que el trabajador para lucrar la prestación se encuentre en situación de alta ó asimilada al alta "...en los casos que reglamentariamente se determinen...". Desarrollo a la fecha constituido aún por el R.D. 625/85, que recoge como tales la invalidez provisional (que hay que entender derogada por la Ley 42/1994) y no la I.T. ya que esta es propiamente una situación de alta, en virtud de los artículos 45.1.c) y 48.1 y 2 del T.R.E.T./2015, puesto que la relación laboral se haya suspendida durante la misma.

d) Como establece el punto y seguido de ese nº 1 del artículo 283 T.R.L.G.S.S/2015, el tiempo de percepción de la prestación de I.T.⁴⁵² será deducido del período total de prestación por desempleo generado por la cotización del trabajador, de forma, pues, que éste, a partir del momento en que ve nacer su derecho a la percepción de la prestación por desempleo, mantiene su derecho al cobro de la misma por el tiempo que en su caso le restase después de descontar el que hubiera permanecido en situación de I.T.. En este supuesto, según determina el párrafo segundo del mismo nº 1, la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social, "...asumiendo en este caso la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido...", indicando textualmente, "...cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de incapacidad permanente o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que dé derecho a prestaciones de muerte y supervivencia...".

La segunda de las situaciones la regula el párrafo tercero del número 1 del mismo

exigidos. 7.º Por resolución de la relación laboral durante el período de prueba a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción.

⁴⁵² Si bien en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo.

artículo 283 del T.R.L.G.S.S/2015 que contempla el tránsito de la situación de I.T. derivada de contingencias profesionales a la de desempleo, determinando que en caso de extinción del contrato de trabajo al encontrarse el trabajador en la indicada I.T. derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, "...seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación...", de forma que a partir del momento de causar alta por curación⁴⁵³ y pasar a la situación de desempleo en sentido propio, percibirá "...la correspondiente prestación sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato...", siempre que naturalmente, la extinción contractual se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 267⁴⁵⁴ y reúna los requisitos necesarios para la expresada percepción de las prestaciones por desempleo.

La tercera de las situaciones, en fin, viene regulada por el artículo 283.2 del T.R.L.G.S.S/2015, a tenor del cual, "... cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de I.T.⁴⁵⁵ ..." se distingue a su vez: Si la I.T. constituye recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia del contrato de trabajo, percibirá la prestación por I.T. en cuantía igual a la de la prestación por desempleo, y finalizado el período de duración máxima inicialmente establecido para aquélla, seguirá, si continúa de baja, percibiendo la prestación por I.T. en la misma cuantía que venía percibiendo.

En caso de que la I.T. no constituya recaída de un proceso anterior, percibirá el subsidio económico de I.T. en cuantía igual a la prestación por desempleo, y si finalizado el período inicialmente concedido para aquélla continuase en I.T, seguirá percibiendo la prestación económica de I.T. en cuantía igual al 80 por ciento del indicador público de

⁴⁵³ Alta que como indicábamos en relación con el párrafo primero del nº1 refiriéndose a la situación de I.T. derivada de contingencias comunes previa a la extinción contractual, es, por coherencia sistemática, la causa concreta de extinción en la que el legislador está pensando.

⁴⁵⁴ Ver nota anterior.

⁴⁵⁵ Obviamente no existe aquí referencia a contingencias profesionales puesto que constituiría una contradicción en los propios términos al encontrarse el trabajador en situación de desempleo.

rentas de efectos múltiples mensual⁴⁵⁶.

Hemos de indicar, por último, que la referencia que tanto el artículo 283.2 T.R.L.G.S.S./2015 como el 17 del R.D. 625/1985 hacen a la prestación por desempleo, excluyen el juego de la producción de la I.T. durante la percepción por el trabajador del subsidio por desempleo de carácter asistencial ex artículo 274 T.R.L.G.S.S./2015⁴⁵⁷, ya que no se trata de una situación asimilada al alta a efectos de protección por I.T., dado que el artículo 125 de la misma norma únicamente se refiere a la "...situación de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia...",llevando al texto legal las dudas que al respecto pudieran surgir derivadas de que la regulación contenida en la O.M. de 13 de octubre de 1967--que naturalmente es anterior en el tiempo a la Ley 51/80,Básica de Empleo, que diferenció los niveles contributivo y asistencial en la protección de la contingencia de desempleo--pero que, de todos modos, ya contaba con criterio jurisprudencial consolidado⁴⁵⁸ en el sentido de que la expresión " prestación por desempleo" alude a la prestación contributiva, no a la asistencial.

La única excepción la constituiría una recaída de una I.T. anterior en seis meses como máximo, al inicio de la prestación por desempleo de carácter contributivo-- no en caso de acceso directo a la prestación asistencial-- y que, por consiguiente, hubiera tenido una duración inferior a 180 días. En este caso, sería de aplicación el nº 2 del artículo 269 T.R.L.G.S.S./2015; esto es, no se considerará agotado el derecho del trabajador a la prestación económica de I.T. por haber concluido la prestación contributiva de desempleo, sino que la recaída permitiría al trabajador continuar percibiendo la prestación económica de I.T. durante el tiempo que faltara para completar, en su caso, la duración máxima, extinguiéndose, de ser así, ex artículo 174 T.R.L.G.S.S./2015.

⁴⁵⁶ La regulación anterior fijaba el percibo en el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, aunque la inicial mantenía el percibo de la cuantía correspondiente al subsidio de I.T. en caso de que fuera superior a la prestación por desempleo, lo que fundamentalmente ocurriría a igualdad de bases de cotización, a partir del vigésimo primer día de la baja.

⁴⁵⁷ Rivas Vallejo, P. "Incapacidad Temporal y desempleo" (VV. AA). AEDTSS, La Incapacidad...óp. cit. págs. 426 y ss.

⁴⁵⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. en Unificación de Doctrina de 26 de julio de 1993. R. Aranzadi 5980/1993.

6.2. Incapacidad temporal, maternidad y riesgos ligados con la maternidad

Se ha señalado⁴⁵⁹ que la Ley 42/1994 separa la contingencia de maternidad de la I.T. dándole el reconocimiento y la regulación individualizada que le corresponde para resaltar y valorar en su justa medida esta situación protegida por el sistema de la Seguridad Social, lo que no es óbice para que, de una parte el desarrollo normativo posterior constituida por la Ley 39/1999, de Conciliación de la vida laboral y familiar, la Ley 12/2001, el desarrollo reglamentario del R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre de la protección de la maternidad así como la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y de la otra la intercomunicación vital y práctica que se produce entre las contingencias de I.T. y maternidad principalmente, pero sin olvidar las de riesgo durante el embarazo y la lactancia, obliguen a una consideración de esa superposición o más normalmente sucesión temporal de las mismas y por tanto a la necesidad de analizar su tratamiento jurídico.

Sobre la base de su consideración autónoma por consiguiente, el concepto actual de la maternidad viene recogido por el artículo 177 del T.R.L.G.S.S./2015 que, a efectos de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social determina que se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten de acuerdo con lo previsto en los apartados 4,5 y 6 del artículo 48.4 del T.R.E.T./2015.

De esta manera, atendiendo por tanto al artículo 48.4 del T.R.E.T./2015 en relación con el 177 del T.R.L.G.S.S./2015, la suspensión del contrato de trabajo por parto será de 16 semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los supuestos de parto múltiple; la distribución de su disfrute es opcional para la interesada respetando siempre la obligatoriedad del descanso de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, dado que, salvo ese período, si ambos progenitores trabajasen, la madre puede optar porque el otro cónyuge disfrute de una parte

⁴⁵⁹ Ver Capítulo Primero

determinada e ininterrumpida del descanso posterior al parto, de forma simultánea o sucesiva con aquélla. En base a esta cesión, evidentemente el tiempo de descanso de la madre se acorta con lo que la reincorporación al trabajo se adelante, de forma que si llegado el día, la madre no se encontrara en disposición de reincorporarse, precisando asistencia sanitaria, su situación a efectos de prestaciones ya no se entendería relacionada con la maternidad sino que se consideraría una I.T. derivada de contingencias comunes, iniciándose a partir de la fecha de la teórica reincorporación el abono de la prestación económica de I.T., si la trabajadora reuniese los requisitos exigidos, y “... con absoluta independencia de los períodos de descanso por maternidad...”, establece el artículo 9 del R.D. 1251/2001.

La norma laboral recoge esta conexión en el párrafo segundo del precitado nº 4 del artículo 48 del T.R.E.T/2015 al afirmar que el otro progenitor podrá continuar haciendo uso del derecho a descanso—y a recibir la prestación económica de maternidad— aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre ésta se encontrase en situación de I.T. La opción de la madre para el disfrute compartido del descanso maternal puede ser revocado por ella a tenor del artículo 8 del R.D. 1251/2002 cuando sobrevengan, textualmente “...hechos que hagan inviable la aplicación de la misma...”, entre los que cita la ausencia, enfermedad y accidente del padre, pero no de la madre misma, se entiende que para subrayar la separación entre las contingencias protegidas de maternidad e I.T., y por consiguiente no extiende a una imposible, improcedente o inoportuna por motivos de salud, reincorporación de la madre cuando esta debiera retornar al trabajo anticipadamente en virtud de la cesión parcial del disfrute de su descanso al otro progenitor; incongruencia que soluciona el legislador mediante el inicio de una situación nueva, de I.T. derivada de contingencias comunes, con efectos de la fecha de la reincorporación.

De esta forma, durante el descanso por maternidad no procederá el reconocimiento del derecho a la prestación económica de I.T., tanto derivada de contingencias comunes como profesionales, con la excepción del ejercicio de la opción por la madre trabajadora del disfrute del descanso y percepción del subsidio de maternidad a tiempo parcial, en cuyo caso la percepción de ambos subsidios—de maternidad y de I.T.-- puede ser simultánea, calculándose las bases reguladoras respectivas igualmente a tiempo parcial. En este caso, agotado el período de descanso y el subsidio de maternidad, si la madre (o

el otro progenitor como consecuencia de la opción realizada a favor de éste del disfrute del descanso y subsidio simultáneo) continuasen necesitando atención sanitaria e incapacitados para el trabajo, mantendrían la percepción del subsidio de I.T., ya calculado a tiempo completo, en virtud de lo previsto del artículo 9.3 párrafo tres del R.D. 1251/2001, respetándose la fecha inicial de la baja durante la percepción a tiempo parcial a los efectos de duración y porcentaje del cálculo del subsidio.

El nº 4 del mismo artículo 9 del R.D. 1251/2001 norma contempla el caso derivado de la extinción contractual de una trabajadora en situación de I.T. que pasa a la de maternidad, fijando las reglas de intercomunicación entre estas situaciones: si iniciada la situación de I.T., se produce la extinción del contrato e iniciado el descanso por maternidad, a su finalización persistiera la situación de I.T., se reanudaría el cómputo interrumpido de ésta, causándose también derecho a la prestación económica por maternidad cuando entre la extinción de la I.T. por alta médica y el inicio de la maternidad no haya solución de continuidad, bien por producirse el alta médica y el inicio del descanso maternal el mismo día, bien al siguiente.

Es necesario tener en cuenta que en los casos de parto prematuro o en los que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con suspensión del contrato de la madre trabajadora a tenor del párrafo cuatro del número 4 del artículo 48 T.R.E.T/12015, los artículos 7.4 y 9.6 del R.D. 1251/2001 se permite la interrupción del descanso maternal, salvo el período de descanso obligatorio de seis semanas en caso de parto, y por tanto de la percepción del subsidio de maternidad, reanudándose a partir del día siguiente al alta del menor. En este supuesto, reanudada la actividad laboral, si el interesado iniciase un proceso de I.T., este quedaría interrumpido con el alta del menor, reanudándose el pago del subsidio de maternidad y a su vez, finalizado éste (y por consiguiente el descanso por maternidad), si persistiera la incapacidad laboral, continuaría el pago del subsidio correspondiente a la situación de I.T.

Con referencia a las otras dos situaciones protegidas relacionadas con la maternidad, esto es, el riesgo durante el embarazo y el riesgo durante la lactancia natural⁴⁶⁰, que tienen la naturaleza de contingencias profesionales, su definición viene recogida en los

⁴⁶⁰ Incorporada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

artículos 186 y 188 respectivamente del T.R.L.G.S.S/2015, de forma que se consideran protegidos los períodos de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado o situación, como previenen los apartados 3 y 4 del artículo 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos laborales, no resulten dichos cambios posibles técnica u objetivamente o no puedan razonablemente exigirse por motivos razonados. Entendemos que a pesar de la inexistencia de un desarrollo reglamentario ad hoc para el riesgo durante la lactancia natural, como sucede con el estudiado para la maternidad que incluye también la protección para el riesgo durante el embarazo, la posibilidad de conexión, o más propiamente dicho, de sucesión entre la I.T. y una y otra de ellas, conlleva la aplicación de las normas ordinarias de la I.T. pues ninguna de ellas, a diferencia de la maternidad, admite una protección a tiempo parcial –con trabajo simultáneo a tiempo parcial--que supondría una contradicción en sus propios términos con el objeto de protección de estas situaciones de riesgo. Por ello de iniciarse una u otra, dan lugar a la suspensión contractual inherente al percibo del subsidio⁴⁶¹, de forma que sólo al iniciarse o agotarse éstos, cabría la producción de una I.T., bien por contingencias comunes, bien derivada de contingencias profesionales, pues si se ha llevado en su caso el cambio de puesto de trabajo, la contingencia que pudiera producirse derivaría de la prestación en este nuevo puesto o de maternidad en su caso respecto del riesgo durante el embarazo, por lo que su regulación se ajustaría a las normas ordinarias de estas contingencias.

De esta forma, el tránsito entre una (la I.T.) y otras (riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) solamente puede existir en los casos de pluriempleo o pluriactividad. En relación al pluriempleo de la mujer trabajadora--artículo 17.2 b) del R.D. 1251/2001-- habiéndose declarado el riesgo durante el embarazo, aplicable en su caso también a la situación de riesgo por lactancia natural, en una o alguna de las actividad que realice pero no en todas, se calculará el subsidio a partir de las bases de cotización en las empresas donde se produzcan la suspensión por el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y dado que la trabajadora continuaría prestando sus servicios en otra u otras, podría producirse una situación de I.T. en éstas, derivada tanto de accidente de trabajo o enfermedad profesional como de contingencias comunes,

⁴⁶¹ Regulados en los artículos 186 a 189 T.R.L.G.S.S/2015, desarrollados reglamentariamente por el R.D. 295/2009.

de forma que la trabajadora percibiría el subsidio de I.T. simultáneamente al correspondiente al riesgo durante el embarazo, calculado el primero con arreglo a las normas aplicables a los trabajadores a tiempo parcial establecidas en los artículos 4 y 5 del R.D. 1131/2002.

En los casos de pluriactividad, es decir, en el supuesto de que la trabajadora realizara simultáneamente actividades comprendidas en varios regímenes de la Seguridad Social, causaría derecho al subsidio en cada uno de ellos si la situación de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural afectase a todas ellas y reuniese individualizadamente los requisitos necesarios en cada régimen; en el supuesto de que el riesgo se declarase solamente en una o alguna de las actividades, mantendría su derecho a compatibilizar el subsidio con la realización de las actividades en la otra u otras, siendo posible que, causada una situación de I.T. en ésta ó estas, tendría derecho a las prestaciones correspondientes compatibilizando, al igual que en el supuesto anterior de pluriempleo, la percepción de ambos subsidios.

CAPITULO QUINTO

LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: RECONOCIMIENTO, CONTROL Y PAGO DE LAS PRESTACIONES

1.- La gestión por las Entidades Gestoras de la Seguridad Social

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, gestionar es, en su segunda acepción, ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo. Aplicado el verbo al ámbito de la protección de la contingencia de I.T., se puede decir que la gestión de las prestaciones de IT abarcará el reconocimiento oficial del derecho a acceder a las mismas; el control del proceso de su desarrollo y duración, y finalmente el procedimiento de pago de las prestaciones económicas correspondientes.

A este respecto, la evolución normativa de la contingencia de I.T. es objeto de diversas modificaciones y transformaciones que permiten entrever que la misma es ámbito idóneo para llevar a cabo ensayos dirigidos a más amplias reformas del complejo sistema de la Seguridad Social española e introducir la presencia privada, no solamente en desarrollo de la protección complementaria de la Seguridad Social⁴⁶², sino también como expresión de la preocupación gubernamental por la contención del gasto público o de la prevención compartida con los agentes sociales por problemas de absentismo directamente relacionados con el fraude⁴⁶³. Y ello sin entrar en el debate sobre la

⁴⁶² Recordemos que el número 2 del artículo 41 de la Constitución se refiere a la libertad de institución de la protección social complementaria.

⁴⁶³ Martín Valverde, A., "ILT e Invalidez: Legislación y jurisprudencia recientes". Actualidad Laboral 39/94: "...Se trata en concreto de colmar una de las varias brechas de déficit que existen en la protección social pública, generada por el fuerte crecimiento de los gastos de ILT...". A este respecto el punto X del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, firmado en Madrid el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, CC.OO, CEOE y CEPYME, hace referencia al objetivo de profundizar en la Recomendación 13ª del Pacto de Toledo referido a las medidas de gestión de la I.T., evitando la utilización indebida de esta prestación y dando cobertura a las situaciones reales de la misma remitiéndose a una regulación en la que : "...Se establecerán las medidas necesarias que impidan la concatenación abusiva de la I.T. con la prestación de desempleo. Se articularán las medidas que eviten la prolongación indebida de la prestación, en los casos en que el trabajador que es llamado a reconocimiento médico por los servicios médicos de la Entidad responsable del pago de la prestación, no acuda a los mismos sin causa

necesidad de introducir mecanismos privados de previsión atendiendo a la sostenibilidad del sistema⁴⁶⁴.

Se entiende lógico el empleo de la I. T. como campo de pruebas puesto que históricamente ha estado presente la intervención del empresario, ya sea individualmente o en asociación con otros para crear las antiguas Mutuas Patronales de Accidentes, hoy denominadas Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, en la atención a esta contingencia protegida, lo que supone la expresión de la intervención privada en lo que constituye, por imperativo constitucional⁴⁶⁵, el sistema público de protección. Presencia privada que, de otra parte, determina la existencia de una colaboración con los entes públicos que tienen la encomienda de la administración del sistema de Seguridad Social, dado que la gestión de las prestaciones derivadas de la situación protegida de I.T. puede conllevar la coparticipación⁴⁶⁶ del I.N.S.S., Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (que sustituyó al INSALUD) o Servicios de Salud de las CC.AA., Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y empresarios, lo que constituye, por tanto, un factor de intervención privada *ab initio* que no es fácil de introducir en la protección de otras contingencias⁴⁶⁷.

justificada. Se incrementarán las medidas de coordinación necesarias entre las entidades responsables del pago de la prestación de I.T. y el INSALUD y los Servicios de Salud, que permitan un mejor control de las situaciones de I.T...".

⁴⁶⁴ Debate referido fundamentalmente a las pensiones y a la introducción de instrumentos privados de ahorro. Cfr. La sostenibilidad de las pensiones públicas, Monereo Pérez, J.L. y Fernández Bernat, J.A. Tecnos. 2014. págs.12 y ss.

⁴⁶⁵ En cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 41 de la Constitución de 1978.

⁴⁶⁶ El punto IX del Acuerdo citado en la nota anterior recoge el compromiso del Gobierno de remitir en el plazo de un año, a las Cortes Generales, el Proyecto de Ley de creación de la Agencia de la Seguridad Social, "...a fin de que la gestión y administración de la Seguridad Social se lleve a cabo con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia social, además de descentralización funcional...", en desarrollo de la Recomendación 7ª del Pacto de Toledo, en aras de una integración orgánica y funcional de las funciones de afiliación, recaudación y gestión de prestaciones.

⁴⁶⁷ El texto de la Comisión del Congreso de los Diputados para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse, conocido como Pacto de Toledo, recoge textualmente en su Recomendación 7.- Integración de la gestión:" Reafirmar la eficacia gestora del sistema a través de una mayor integración orgánica de las funciones de afiliación, recaudación y de gestión de prestaciones que facilite nuevos avances en este ámbito...". La Disposición Adicional séptima de la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social autoriza al Gobierno para la creación de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social, cuyo objeto será llevar a cabo en nombre y por cuenta del Estado, la gestión y demás actos de aplicación efectiva del sistema de la Seguridad Social, integrándose para ello en la misma, el I.N.S.S.; el Instituto Social de la Marina; la Tesorería General de la Seguridad

Esta participación, a su vez, está directamente relacionada con el control propiamente dicho del procedimiento de declaración y seguimiento de las prestaciones reconocidas, por lo que todos los partícipes en su atención tienden a reclamar una intervención más directa en las decisiones sobre aquélla en virtud del principio de conexión entre la fuente de la dispensación de la atención sanitaria y el abono del subsidio, y la búsqueda justificación de la procedencia que supone al fin y a la postre control.

Un rasgo más reciente de la gestión de la I.T. es la celebración de convenios entre la entidad gestora del sistema de seguridad social (INSS) y las Administraciones competentes en materia de asistencia sanitaria, esto es, las Comunidades Autónomas. Esta particular colaboración entre las Administraciones públicas tiene por objeto principal la evaluación y supervisión de las situaciones de I.T. con el doble fin de agilizar la tramitación y evitar prestaciones indebidas. Aunque es un dato relativamente moderno, estos convenios reúnen ya una considerable experiencia, como podremos comprobar en el epígrafe correspondiente.

1.1. El Instituto Nacional de la Seguridad Social (I.N.S.S)

Sucesor del antiguo Instituto Nacional de Previsión (INP), el **I.N.S.S.** fue creado por el Real Decreto-ley 36/1978, y su estructura y competencias fueron reguladas por el R.D.1854/1979, de 30 de julio, en primer término y, actualmente, por el R.D.2583/1996, con las modificaciones introducidas por el R.D. 449/2012. Por la Orden ESS/619/2012, de 22 de marzo, se aprueban las delegaciones del ejercicio de competencias en los órganos administrativos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y sus organismos públicos.

El artículo 66.1 a) T.R.L.G.S.S/2015 lo reconoce como Entidad Gestora competente "...para la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la

Seguridad Social..."⁴⁶⁸. Según el artículo 5 de la O.M. de 13 de octubre de 1967, que dicta normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por I.T. en el Régimen General de la Seguridad Social, es en primera instancia el I.N.S.S. la Entidad Gestora a quien corresponde el reconocimiento del derecho al subsidio por I.T., incluyendo la calificación que corresponde a dicha situación⁴⁶⁹, y ello sin perjuicio de las competencias correspondientes a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social y a las empresas colaboradoras, que estudiaremos.

Es también competente el I.N.S.S. para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria derivado de esta situación protegida, dado que aunque no es la Entidad Gestora que presta la asistencia sanitaria, sí es la competente en su gestión como tal contingencia, según se deriva, tanto del precitado artículo 5 de la O.M. de 13 de octubre de 1967, como del artículo 3 del R.D. 2609/1982, modificado por el R.D. 1300/1995, dictado en desarrollo de la Ley 42/1994, que recoge expresamente esa competencia en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 1 del R.D. 2583/1996, en la redacción dada por el también citado R.D. 449/2012, de 5 de marzo. Como consecuencia de esta competencia del I.N.S.S. en la gestión de las prestaciones de la contingencia de I.T. y de la interrelación entre el dictamen facultativo médico que conlleva el acto administrativo de la emisión del parte de baja médica y la generación del derecho a aquéllas⁴⁷⁰, no es necesaria solicitud alguna por parte del trabajador para obtenerlas, bastando para el reconocimiento de su derecho la presentación del parte de baja⁴⁷¹, como reconoce la jurisprudencia del T.S.⁴⁷² y expresamente recoge en la actuali-

⁴⁶⁸ Con las excepciones que la propia norma prevé en relación a las atribuidas al IMSERSO, Instituto de Mayores y Servicios Sociales—artículo 66.1 c)—y al antiguo INEM— hoy Servicio Público de Empleo Estatal—artículo 294, ambos artículos del T.R.L.G.S.S./2015.

⁴⁶⁹ Sentencias de la Sala de lo Social constituida en Sala General del T.S. de 26 de enero de 1998.-R. Actualidad Laboral 1052/98, así como las de la Sala de lo Social de 27 de enero y 12 de noviembre de 1998. La primera contiene Voto particular de los Excmos. Sres. Desdentado Bonete, Campos Alonso y Marín Correa entendiendo que, a tenor de lo determinado por la Sentencia de la Sala de 8 de octubre de 1997 dictada en el Recurso 561/97. R. Actualidad Laboral 352/98-, la competencia corresponde, en principio y salvo la excepción de las prestaciones de incapacidad permanente, a la entidad que ha asumido su cobertura, sea en régimen de gestión pública, o en el régimen de colaboración. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 27 de febrero de 2007. Recurso 3969/2005. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 20 de enero de 2009. Recurso 4743/2006.

⁴⁷⁰ Artículos 8, 17 y ss. de la O.M. de 13 de octubre de 1967.

⁴⁷¹ Lo estudiamos en la tramitación, Capítulo Sexto.

dad el artículo 2.1 del Real Decreto 625/2014.

En consonancia, por tanto, con las modificaciones legislativas apuntadas, el artículo 1 del R.D.1300/1995 en sus letras c), d) y g), establece también las siguientes competencias del I.N.S.S.:

- Resolver sobre la prórroga del período de observación médica en enfermedades profesionales y reconocer el derecho al subsidio correspondiente.
- Determinar, en su caso, la Mutua colaboradora con la Seguridad Social o empresa colaboradora responsables de las prestaciones que resulten procedentes en materia de incapacidades laborales.
- Declarar la extinción de la prórroga, de los efectos económicos de la situación de I.T. a que se refiere el apartado 3 del artículo 131 bis del T.R.L.G.S.S/1994, en el momento en que recaiga la correspondiente Resolución por la que se reconozca ó deniegue el derecho a prestación de invalidez⁴⁷³.

De acuerdo con lo prevenido el artículo 171 T.R.L.G.S/2015, transcurridos los 365 días de duración de la IT el I.N.S.S será el único competente para acordar una prórroga por 180 días más, iniciar la tramitación de un expediente de incapacidad permanente, o bien emitir el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada los reconocimientos médicos convocados por sus facultativos. E igualmente, en paralelo con lo indicado, será el I.N.S.S el único competente para emitir nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días siguientes al alta emitida tras el agotamiento de la duración ordinaria máxima de la IT de 365 días.

A estos efectos, el artículo 2 del R.D.1300/1995 determina la constitución, composición y funciones de los Equipos de Valoración de Incapacidades--EE.VV.II.--, orgánicamente encuadrados en el I.N.S.S.⁴⁷⁴, que sustituyen a las Unidades Médicas de

⁴⁷² Este es el sentido que mantienen las Sentencias de 11 de noviembre de 1993.R. Tribuna Social 39/94; 21 de enero de 1993. R. Aranzadi 358; 17 de febrero de 1994. R. Aranzadi 1057. Estas dos últimas en unificación de doctrina. Sentencia T.S. de 30 de enero de 2012. Recurso 111/2011. Sentencia T.S. 7 de febrero de 2012. Recurso 1456/2011

⁴⁷³ Actual 174.3 T.R.L.G.S.S/2015.

⁴⁷⁴ Puede existir un equipo (E.V.I.) o varios (EE.VV.II.) dentro de cada Dirección Provincial del I.N.S.S. Su composición está determinada por el artículo 2 del R.D. 1300/1995. Los equipos estarán compuestos por el Presidente y 4 vocales. El Presidente será el Subdirector Provincial de Incapacidad Permanente del I.N.S.S o funcionario en que el

Valoración de Incapacidades--U.M.V.I.--como órganos competentes de asesoramiento⁴⁷⁵ a la Dirección Provincial del I.N.S.S para evaluar, calificar y revisar los indicados aspectos de la situación de incapacidad temporal para lo cual emitirán informe no vinculante que sirve de apoyo técnico a la correspondiente Resolución del Director Provincial del I.N.S.S.

De otra parte, y con independencia de la actuación de los EE.VV.II en las referidas competencias de asesoramiento a las Direcciones Provinciales del I.N.S.S., a tenor de los artículos 8 y 9 del R.D. 625/2014, se faculta a los inspectores médicos adscritos a esta Entidad Gestora hasta el cumplimiento del plazo de duración de la I. T de 365 días, tanto para llevar a cabo actuaciones de comprobación y seguimiento de la incapacidad, incluyendo requerimientos a los trabajadores que se encuentren en tal situación para ser reconocidos por aquéllos, así como para formular, en su caso, las altas médicas pertinentes. En caso de emisión de alta médica emitida por los inspectores del I.N.S.S sólo ellos estarán facultados para emitir nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los 180 días siguientes al alta cursada.

Estas competencias las desarrollará el I.N.S.S. sin perjuicio, en primer lugar, de la coordinación, en términos generales, con el resto de Entidades Gestoras para llevar a cabo una actuación homogénea y racional en orden a la utilización de los servicios sanitarios por mor del artículo 66.2 T.R.L.G.S.S/2015 y ,en segundo, con referencia específica a la contingencia protegida estudiada, de la cooperación y coordinación en la gestión de la I.T. entre las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, a instrumentar institucionalmente mediante acuerdos a los que remite el artículo 10 del R.D. 625/2014.

El I.N.S.S. gestiona el pago directo de la prestación económica de I.T, que se realiza a

Director General del I.N.S.S delegue, y los 4 vocales, un Inspector Médico propuesto por el órgano competente de la Comunidad Autónoma o el Director del INGESA en su caso; un facultativo médico del I.N.S.S. (que actúe como examinador médico y ponente en los expedientes a analizar); un Inspector de Trabajo y Seguridad Social propuesto por la Inspección, y un funcionario titular de un puesto de trabajo en la unidad encargada de la gestión de las prestaciones de Incapacidad Permanente de la correspondiente Dirección Provincial del I.N.S.S, que actuará como Secretario del E.V.I.

⁴⁷⁵ No forman parte, por consiguiente, del Sistema Nacional de Salud

través de la Tesorería General de la Seguridad Social. Está regulado por la O.M. de 25 de noviembre de 1966 como una excepción al sistema ordinario de pago delegado de la prestación económica de IT⁴⁷⁶. Este pago directo se dará en los siguientes supuestos:

--En relación a las empresas de menos de 10 trabajadores, que lleven más de seis meses consecutivos pagando a alguno de sus trabajadores una prestación económica de I.T., que podrán trasladar esa carga al I.N.S.S. (o en su caso a la Mutua colaboradora correspondiente), siempre que la empresa lo comunique a la Entidad Gestora con una antelación mínima de 15 días y con efectos del mes natural siguiente a la notificación.

--Cuando la empresa quede temporalmente exceptuada del pago delegado de prestaciones económicas de I.T. al concedérsele aplazamiento o fraccionamiento de pago de cuotas a la Seguridad Social.

--Si la empresa queda liberada del pago de prestaciones económicas de I.T. por razones económicas por medio de Resolución firme dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social correspondiente.

--Cuando se extinga el contrato de trabajo⁴⁷⁷ durante la situación de I.T., ex artículos 170 y 174 del T.R.L.G.S.S/2015.

--En caso de que la empresa no abone la prestación económica de I.T. como pago delegado, supuesto en el que el trabajador afectado deberá ponerlo en conocimiento de la Entidad Gestora para que adopte las medidas necesarias para (con intervención de la Inspección de Trabajo) ⁴⁷⁸compulsar a la empresa a su pago, y sin perjuicio de que la Entidad Gestora o la Mutua colaboradora, como principales obligados al pago en virtud de los artículos 42 c) y 66.1 del T.R.L.G.S.S/2015,deban abonar directamente la prestación al trabajador⁴⁷⁹.

Debe destacarse en relación al tema apuntado del control de la situación médica del trabajador en orden a su permanencia en IT, y por consiguiente, de la continuación en el cobro del subsidio económico, que el I.N.S.S. como se ha estudiado, cuenta con la

⁴⁷⁶ Ya hemos hecho referencia al mismo. La empresa abona la prestación económica de I. T al trabajador en su recibo mensual de salarios por cuenta de la Entidad Gestora o Colaboradora, y procede a su deducción en el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes, en el mes siguiente al pago realizado al trabajador.

⁴⁷⁷ Terminación de contrato temporal; despido; alta médica con propuesta de declaración de invalidez permanente.

⁴⁷⁸ Artículo 19 de la O.M. de 25 de noviembre de 1967.

⁴⁷⁹ Sentencias del T.C.T. de 11 de junio de 1986. R. 277 de Cuadernos Prácticos de Seguridad Social. Editorial CISS.1986., y de la Sala de lo social del T.S.J. de Madrid de 23 de marzo de 1990.-R. Aranzadi social 463.

posibilidad de realizar sus propios controles médicos, con independencia del seguimiento ordinario por parte de los servicios médicos de los Servicios de Salud autonómicos que son lo que, a través de su intervención profesional, inician y finalizan con carácter ordinario los procesos de I.T. La sucesiva ampliación de facultades que se conceden al I.N.S.S. para intervenir en el control de la I.T. deriva de la preocupación ante el tema del fenómeno absentista, no tanto por su traslado a la Administración Pública, fundamentalmente por la representación de los empresarios a través de las referencias expresas en los acuerdos generales celebrados sobre la negociación colectiva⁴⁸⁰ sino por las cifras que llegan a alcanzar las prestaciones económicas por el concepto de IT como gasto público⁴⁸¹. La importancia que se concede a la intervención del I.N.S.S en relación a las situaciones de I.T. viene en último término concretada formalmente con el establecimiento de una Subdirección General de Gestión de I.T. y otras prestaciones a corto plazo dentro del organigrama de esta entidad gestora, dentro de la Dirección General del Instituto.

Con todo, es preciso señalar que las discrepancias interpretativas⁴⁸² acerca de la valoración de las situaciones de IT de los trabajadores que pueden surgir entre los servicios médicos de las Comunidades Autónomas y los inspectores médicos del I.N.S.S. se resuelven con la facultad decisoria en última instancia por parte de esta última Entidad Gestora, a pesar de que son los primeros los que prestan la atención médica directa a aquéllos, lo que lleva a pensar que las motivaciones de los segundos⁴⁸³ no se basan exclusivamente en cuestiones médicas. A este respecto, lo cierto es que el complemento de productividad que percibían los inspectores médicos del I.N.S.S. en función de las altas emitidas fueron anuladas en vía judicial⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Ver Capítulo

⁴⁸¹ Anexo II

⁴⁸² Lo estudiamos al abordar la tramitación administrativa.

⁴⁸³ A la hora de emitir altas médicas.

⁴⁸⁴ La Sentencia de 24 de mayo de 2012 del Juzgado Central Contencioso-administrativo nº 5 fue confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2013 (Recurso 118/2013) que desestimó sendos Recursos de Apelación que interpusieron el Abogado del Estado y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social. El recurso contencioso fue interpuesto por la Confederación Intersindical Galega y mediante el mismo se pretendía la anulación de la fijación del complemento de productividad a percibir por los inspectores médicos del I.N.S.S. en base al otorgar 4 puntos en la puntuación del Índice General de Productividad a la intervención de éstos que al menos el 15 por ciento de las altas médicas se deba a la recuperación de la capacidad

1.2. El Instituto Nacional de la Salud (INSALUD)⁴⁸⁵

Las referencias al ya desaparecido Instituto Nacional de la Salud (INSALUD) hay que dirigir las actualmente a las entidades gestoras de la asistencia sanitaria que operan en las Comunidades Autónomas, bajo la dirección de la correspondiente Consejería, así como, en su caso, al Instituto de Gestión Sanitaria (INGESA). No obstante, vale la pena aún recordar algunos datos relativos al antiguo INSALUD, por la relevancia que en su momento tuvo esta entidad para la gestión de las situaciones de incapacidad temporal.

También sucesor, dentro de su parcela, del antiguo INP, el **INSALUD** fue creado igualmente por el R.D.-ley 36/1978, y tenía reguladas su estructura y competencias por el R.D.1855/1979, correspondiéndole, según su artículo 1.a), "...el desarrollo y ejecución de las funciones y actividades precisas para hacer efectivos los servicios y garantizar las prestaciones sanitarias del sistema de la Seguridad Social, así como las relativas a medicina preventiva, promoción de la salud individual, medicina de comunidad y asistencia sanitaria...". Intervenía necesariamente junto con el I.N.S.S. en la contingencia de IT, no solamente por las funciones referidas, sino también⁴⁸⁶ desde una perspectiva formal, puesto que a sus facultativos les correspondía la expedición de los partes de baja, confirmación y alta, hilos conductores de todo el proceso de IT⁴⁸⁷, a

laboral; la suspensión de la prestación por inasistencia injustificada a reconocimiento médico o por propuesta de incapacidad permanente. La Sentencia, que califica expresamente la función de los inspectores como no asistencial, reconoce la legalidad de ajustar la productividad al logro de unos determinados objetivos, pero no que tales objetivos dependan de una actividad valorativa, en este caso de los inspectores del I.N.S.S. en su función de control de los procesos de I. T. Así lo expresa gráficamente el Fundamento de Derecho Noveno in fine de la Sentencia de la Audiencia Nacional: "...Una cosa es que se fije como objetivo para realizar la valoración de la productividad que se revisen un número determinado de casos de I. T, y se haga la correspondiente propuesta teniendo en cuenta la situación del trabajador, y otra que el objetivo consista en que esas propuestas hayan de tener un resultado concreto en un determinado porcentaje de casos previamente determinado por la Administración..."

⁴⁸⁵ Por R.D. 840/2002, de 2 de agosto (B.O.E. 3 de agosto), el INSALUD pasa a denominarse Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, conservando la naturaleza, personalidad y régimen jurídico de aquél, gestionando las prestaciones sanitarias en Ceuta y Melilla, para conseguir, conforme lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 14/86, General de Sanidad, mediante acuerdos con las CC..AA el pleno e integrado funcionamiento de los servicios sanitarios.

⁴⁸⁶ García Ninet, J.I. "La Incapacidad...". (VV. AA). AEDTSS La Incapacidad ..., óp. cit. pag.111.

⁴⁸⁷ Ver Capítulo Sexto.2.

tenor de lo establecido en el R.D. 625/2014, la Orden ESS/1187/2015 aprobada para su desarrollo, y los artículos 17 y siguientes de la O.M. de 13 de octubre de 1967.

El ya citado R.D. 2609/1982 y fundamentalmente el RD 1300/1995, desarrollado éste por la O.M. de 18 de enero de 1996 (B.O.E. 26-1), precisaba la competencia del INSALUD en este terreno, "...cualquiera que sea la Entidad Gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate...". Concretamente, le atribuían facultades para:

--Determinar la imposibilidad para el trabajo y la necesidad de continuar precisando asistencia sanitaria a efectos de que se pueda reconocer el derecho a la prórroga de la I.T.

--Determinar la existencia de síntomas de enfermedad profesional que, sin constituir I.T., aconsejen el traslado del trabajador a otro puesto de trabajo exento de riesgo o su baja en la empresa cuando el traslado no fuera posible.

--Resolver las reclamaciones que se promuevan por los beneficiarios de la asistencia sanitaria contra las decisiones en las que se haya calificado de no razonable la negativa de aquéllos a seguir los tratamientos que les hubieran indicado los facultativos que los asisten.

--Emitir cuantos dictámenes médicos le sean solicitados por las Entidades Gestoras en relación con materias análogas o conexas con las contenidas en el número anterior...".

A partir del 1 de enero de 2002, con la aprobación de la ley 21/2001 y la transferencia sanitaria realizada a las Comunidades Autónomas, se llevó a cabo el proceso de desaparición del INSALUD, correspondiendo a aquéllas el ejercicio de las competencias en materia sanitaria⁴⁸⁸. De este modo, las funciones médicas de los facultativos del INSALUD serían realizadas por los facultativos de los Servicios de

⁴⁸⁸ Las transferencias en materia de sanidad se han producido a las Comunidades Autónomas: a través de las siguientes normas: Cataluña, mediante R.D. 1517/81, de 8 de julio. Andalucía, por R.D. 400/84, de 22 de febrero. País Vasco, a través del R.D. 1536/87, de 6 de noviembre. Comunidad Valenciana, con el R.D. 1612/87, de 27 de noviembre. Galicia, por el R.D. 1679/90, de 28 de diciembre. Navarra, a medio del R.D. 1680/90, de 28 de diciembre. Canarias, por medio del R.D. 446/1994, de 11 de marzo. Murcia, por el R.D. 1474/2001, de 27 de diciembre. Extremadura, a través del R.D.1477/2001, de 27 de diciembre. Cantabria, por el R.D.1472/2001, de 27 de diciembre. La Rioja, en virtud del R.D. 1473/2001, de 27 de diciembre. Aragón, por el R.D.1475/2001, de 27 de diciembre. Castilla-La Mancha, mediante el R.D.1476/2001, de 27 de diciembre. Illes Balears, a medio del R.D. 1478/2001, de 27 de diciembre-Madrid, a través del R.D.1479/2001, de 27 de diciembre. Castilla-León, mediante R.D.1480/2001, de 27 de diciembre. Asturias, a través del R.D.1471/2001, de 27 de diciembre.

Salud de aquéllas, en las mismas condiciones que con relación a la Entidad Gestora estudiada. De acuerdo con ello, la ley 35/2010 introdujo un tercer párrafo a la disposición adicional cuadragésima del T.R.L.G.S.S/1994, recogido en el número 3 del actual artículo 71 T.R.L.G.S.S/2015⁴⁸⁹, de acuerdo con el cual la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud autonómicos puede solicitar a la Dirección Provincial del I.N.S.S todos los datos médicos que obren en su poder al objeto de ejercitar sus competencias de control en los procesos de I.T., transmisión de datos de la que se ocupan específicamente el R.D. 625/2014 y su Orden de desarrollo ESS/1187/2015.

1.3. La Tesorería General de la Seguridad Social

Si bien no tiene la naturaleza jurídica de Entidad Gestora de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) es un Servicio Común de la Seguridad Social creado por la Disposición Adicional segunda del Real Decreto-ley 36/1978 como instrumento de racionalización y simplificación financiera de la Seguridad Social. El R.D. 2318/1978 desarrolla su constitución y funciones.

La precitada Disposición Adicional segunda del Real Decreto-ley 36/1978 y el artículo 74 del T.R.L.G.S.S/2015 la dotan de personalidad jurídica y, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única⁴⁹⁰, regidores de nuestro sistema de Seguridad Social, en ella se unifican los recursos financieros del sistema de la Seguridad Social. Tiene a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las atenciones generales y de los Servicios de recaudación de derecho y pago de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social. Su estructura y competencias se regulan en el R.D. 1314/1984, en cuyo artículo 1.1.e) específicamente se atribuye a la Tesorería "...la ordenación de los pagos de las obligaciones de la Seguridad Social y la distribución en el tiempo y en el territorio de las disponibilidades dinerarias para satisfacer puntualmente dichas obligaciones y evitar los desajustes financieros...". Mediante la Resolución de 12 de junio de 2012 (B.O.E. 28 de junio) de la Tesorería General de la Seguridad Social, se regula la delegación de competencias en sus órganos centrales y

⁴⁸⁹ Este artículo extiende la colaboración informativa en materia de prestaciones a las Administraciones Públicas relacionadas con las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, haciendo referencia expresa a los Ministerios de Hacienda y Justicia, así como al Instituto Nacional de Estadística.

⁴⁹⁰ Artículos 38, 39, 42 y 43 del T.R.L.G.S.S./1994.

provinciales y en otros servicios comunes de la Seguridad Social

El R.D.1391/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gestión financiera de la Seguridad Social, desarrollado por la O.M. de 22 de febrero de 1996 establece en sus artículos 15 a 25 los procesos especiales de pagos por la Tesorería General de la Seguridad Social, entre los que se encuentran los pagos de prestaciones de la Seguridad Social y pagos a Mutuas, así como una referencia a los pagos delegados de prestaciones⁴⁹¹. Es, por consiguiente, la Tesorería General de la Seguridad Social la que lleva a efecto el pago de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social, y concretamente en lo que se refiere a la contingencia objeto de estudio, la IT, la que procede al abono de la prestación económica en los casos en que, como se ha indicado, es la Entidad Gestora, esto es, al I.N.S.S., la responsable de la satisfacción directa de aquélla.

1.4. La Gerencia de Informática

Para finalizar con el organigrama del Sistema de la Seguridad Social en lo que se refiere a su vertiente estrictamente pública, es preciso referirse a la Gerencia de Informática. Su estructura orgánica fue desarrollada por la O.M. de 1 de febrero de 1985 (B.O.E. 18-2), modificada por la O.M. de 9 de abril de 1986 (B.O.E. 22-4). Por O.M. de 17 de enero de 1996 (B.O.E. 25-1), se reguló el control de accesos al sistema informático de la Seguridad Social, definiendo su artículo 1.2 el sistema de información de la Seguridad Social como "... el conjunto de datos, procedimientos y tratamientos informáticos relativos a las personas físicas y jurídicas comprendidas en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social...".

Como indica la Exposición de Motivos de la precitada O.M., el sistema informático y las bases de datos de la Seguridad Social "...constituyen un elemento básico para la gestión del sistema de la Seguridad Social..." por lo que, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la Ley 5/1992, de 29 de octubre, relativa al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, "...a través del sistema informático de la Seguridad Social se pueden realizar funciones que...faciliten elaboraciones específicas y

⁴⁹¹ Artículo 20 de la O.M. de 22 de febrero de 1996.

concretas de gestión..".

Por lo que se refiere específicamente a la contingencia protegida de I.T., a través de la recepción⁴⁹² de los datos procedentes de las Direcciones Provinciales del I.N.S.S., la Gerencia de Informática interviene en el control administrativo de las situaciones de I.T. de acuerdo con las previsiones del R.D. 625/2014 y la Orden EESS/1187/2015.

2.- Convenios entre INSS y Comunidades Autónomas para seguimiento y control de la incapacidad temporal

Como ya dijimos, un aspecto particular de la gestión de las situaciones de I.T es la colaboración de las entidades gestoras y de las Comunidades Autónomas con fines de evaluación y seguimiento de dicha contingencia mediante los oportunos convenios bilaterales. Estos convenios nacen de la intersección de tres elementos. Primero, de la competencia de los Servicios Públicos de Salud de las Comunidades Autónomas en la gestión de la asistencia sanitaria de la IT, al haberse producido la transferencia de las competencias en materia sanitaria a las mismas como hemos estudiado. Segundo, de la ya repetida preocupación de la Administración Pública en otorgarle relevancia a la atención del control de la I.T para evitar su utilización fraudulenta. Y tercero, de la introducción de un nuevo sistema de financiación autonómica a partir de la aprobación de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre. La previsión de tales convenios la contenía el artículo 8 del R.D. 575/1997 y actualmente es el artículo 10.1 del R.D. 625/2014 el que se refiere a los mismos.

La Ley 21/2001, al establecer un nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, establece dos Fondos, uno “de cohesión sanitaria” y otro denominado “Programa ahorro en I.T.”, destinado a la mejora y control de las prestaciones de I.T. A partir de su creación, dicho Fondo, establecido para financiar la adopción de programas y medidas dirigidas al control de gasto relativo a la Incapacidad Temporal y a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social por contingencias comunes, ha estado dotado en todos los ejercicios presupuestarios con cuantías que cada año han sido actualizadas con el incremento derivado de la evolución

⁴⁹² El procedimiento administrativo se estudia en el Capítulo Décimo.

prevista del índice de precios al consumo. En este orden de cosas, el Presupuesto del INSS para 2009⁴⁹³ incluyó un crédito destinado a dotar el citado Fondo con 300.6767.000 euros para todas las Comunidades Autónomas (excepto Navarra y País Vasco) e INGESA. Para los ejercicios siguientes la previsión establecida fue la de dotar el mencionado Fondo con las cuantías resultantes respectivamente de aplicar lo aprobado en el año anterior más los incrementos que el Gobierno establezca en función del índice de precios al consumo; dotación que, en todo caso, para su reparto, resulta aprobada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año⁴⁹⁴.

El Fondo se distribuye en virtud de Convenios firmados entre el INSS y las Comunidades Autónomas de naturaleza administrativa⁴⁹⁵, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4.1c) de la Ley 30/2007 y en el artículo 6 de la Ley 30/1992, en función de su población protegida a efectos de asistencia sanitaria, de conformidad con los datos oficiales facilitados por el Ministerio de Sanidad y Consumo. En los Convenios se fijan dos tipos de objetivos: el primero responde a una mayor eficacia en la gestión de la IT a través del grado de cumplimiento del Programa de Actividades, que a efectos de la fijación del crédito se pondera hasta un 70 por ciento, mientras que el 30 por ciento restante corresponde al grado de cumplimiento de los objetivos de racionalización del gasto. Durante el primer trimestre de cada año, el INSS realiza un anticipo a cuenta, en un pago único, del Fondo correspondiente a cada ejercicio, procediéndose, con carácter previo a la liquidación del crédito correspondiente del año anterior en proporción al grado de cumplimiento del objetivo de ejecución del Programa de Actividades, y de Racionalización del gasto, de forma independiente. Si no se ha superado el 25 por

⁴⁹³ Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2009. Capítulo IV.58. Pág.221.

⁴⁹⁴ Para 2010, 306,69 millones. Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2010. Capítulo IV.58. pág. 226. Para 2011, 334 millones. Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2011. Capítulo IV.60. pág.229. Para 2012, 332,14 millones. Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2010. Capítulo IV.58.pág. 226. Para 2013,317,92 millones. Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2013. Capítulo IV.61. pág.239. Para 2014, 324,27 millones. Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2014. Capítulo IV.62. pág.242. Para 2015, 317,92 millones. Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2015. Capítulo IV.72. pág.232. Para 2016, 356,72 millones. Informe económico financiero del Presupuesto de la Seguridad Social 2016. Capítulo IV.72. pág.233.

⁴⁹⁵ Los Convenios son firmados por el Secretario de Estado de la Seguridad Social, el Director General del INSS en representación del Estado, y el Consejero de Sanidad o equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

ciento del objetivo referido al Programa de Actividades, la Comunidad Autónoma devolverá o compensará el 75 por ciento del Fondo anticipado correspondiente a ese objetivo. Igualmente, si no ha superado el 25 por ciento de los objetivos de racionalización del gasto, devolverá o compensará el 75 por ciento del Fondo anticipado correspondiente a ese Programa.

Entre los Programas de Actividades se señalan las siguientes áreas de actuación:

- Informatización y transmisión por vía telemática al INSS de los partes de IT en plazo y con código de diagnóstico⁴⁹⁶
- Emisión desde el Servicio Público de Salud de los informes médicos individualizados sobre procesos de IT, establecidos reglamentariamente y aplicación de duraciones estándar⁴⁹⁷
- Tramitación y contestación motivada y en plazo, por el Servicio Público de Salud de las propuestas y de las intenciones de alta
- Tratamiento de las disconformidades formuladas por los asegurados
- Formación de los agentes intervinientes en los procesos de IT
- Otras actividades, como acceso a historiales clínicos, realización de pruebas complementarias, colaboración, etc.

Para la valoración de la distribución del 70 por ciento del crédito de participación a cada una, se asigna un porcentaje a cada actuación dentro de las referidas áreas⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Hace referencia a la codificación de la dolencia causante de la baja por I.T.

⁴⁹⁷ Sobre los criterios de duración fijados con carácter orientativo para las dolencias originadoras de la I. T.

⁴⁹⁸ En el caso de Asturias, por ejemplo, los fondos se distribuyen en los siguientes capítulos: A. Informatización y transmisión por vía telemática al INSS de los partes de IT en plazo y con código de diagnóstico: 20% A.1 Informatización y transmisión por vía telemática al INSS de los partes de IT: 5%A-2 Transmisión en plazo de los partes de IT: 5%A-3 Cumplimentación del código de diagnóstico correcto en los partes de IT: 10%.B. Emisión de informes médicos y aplicación de duraciones estándar: 14%.B.1 Emisión de los informes de control de la incapacidad establecidos en el Artículo 1 puntos 3 y 5, del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril: 10%.B.2 Aplicación de duraciones estándar de los procesos de IT: 4% C. Gestión de propuestas y de intenciones de alta, y gestión de disconformidades: 18%.C.1 Propuestas de alta: 8%. C.2 Intenciones de alta: 8%. C.3 Gestión de disconformidades reguladas en el artículo 128 1. a) del TRLGSS, según la nueva redacción dada en el artículo 1, punto 1 a) de la Ley 40/2007 de 4 de diciembre: 2%. D. Formación e información: 9%. D.1 Formación en IT. 8%. D.2 Otras acciones formativas: 1%. E. Otras actividades: 9%. E.1 Acceso a historiales clínicos: 4%. E.2 Pruebas complementarias: 3%. E.3 Implicación de las unidades de gestión:

A este respecto, en las Leyes 22/2013, 36/2014 y 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, 2015 y 2016 respectivamente, se han aprobado sendas Disposiciones Adicionales Sexta y Quinta, de igual redacción, de forma que en los Convenios de Colaboración con las Comunidades Autónomas “...podrá preverse el anticipo de hasta la cuantía total del importe previsto en el respectivo convenio para la financiación de las actuaciones a desarrollar...”, estableciéndose con carácter previo a la firma de los Convenios, la autorización del Consejo de Ministros, propuesta elevada por el titular del Ministerio de Empleo y Seguridad social, previo informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

En la exposición de motivos del R.D. 625/2014 se hace referencia a los Convenios, indicando que como quiera que las nuevas tecnologías permiten el intercambio de datos médicos para el control de la I.T. así como el acceso por vía telemática de los inspectores adscritos al I.N.S.S. a la documentación clínica que poseen los servicios de salud acerca de los trabajadores, “...se hace necesario adaptar también determinados aspectos del control de la prestación económica de I.T. a las nuevas herramientas de las administraciones públicas, en la era de las comunicaciones por vía electrónica...”, objetivo perseguido precisamente por esta norma.

Hasta la fecha se han firmado los siguientes Convenios: Andalucía, 17 de julio de 2006 (B.O.E 11 de octubre), renovado el 2 de junio de 2010 (B.O.E 26 de agosto) y el 10 de setiembre de 2013 (B.O.E. 26 de setiembre); Castilla-León, 11 de abril de 2007 (B.O.E 21 de junio); Madrid el 8 de enero de 2009 (Boletín de la Comunidad de 16 de abril) y 30 de mayo de 2013 (B.O.E. 17 de junio); Aragón, 8 de enero de 2009 (Boletín Oficial de Aragón de 17 de marzo), renovado el 2 de junio de 2010 (B.O.E 10 de julio) y 29 de mayo de 2013 (B.O.E. 14 de junio); Extremadura, 8 de enero de 2009 (Diario oficial de 10 de junio) y 30 de mayo de 2013 (B.O.E. 14 de junio); Canarias, 8 de enero de 2009 (BOE de 16 de marzo), renovado el 29 de junio de 2010 (B.O.E 26 de agosto) y 25 de junio de 2013 (B.O.E 3 de julio); Murcia, 8 de enero de 2009 (B.O.E 16 de marzo) y 22 de setiembre de 2010 (B.O.E. 4 de octubre); Cantabria, 9 de marzo de 2009 (Boletín de 4 de setiembre) y 30 de mayo de 2013 (B.O.E. 14 de junio); Comunidad Valenciana, 23 de marzo de 2009 (Diario Oficial de 10 de junio) y 25 de junio de 2013 (B.O.E. 3 de julio); Asturias, 2 de abril de 2009 (BOPA de 26 de agosto y BOE 5 de junio) y 23 de

julio de 2013 (B.O.E. 12 de agosto); Cataluña, 16 de abril de 2009 (B.O.E 29 de abril); 23 de julio de 2013 (B.O.E. 12 de agosto) y 8 de abril de 2016 (B.O.E. 26 de abril) ; Baleares, 31 de mayo de 2010) (B.O.E. 9 de junio de 2010); Castilla-La Mancha, 29 de junio de 2010 (B.O.E 26 de agosto) y 23 de junio de 2013 (B.O.E 12 de agosto); Galicia, 26 de junio de 2010 (B.O.E 10 de julio) y 25 de junio de 2013 (B.O.E. 3 de julio); Navarra, 22 de mayo de 2012 (B.O.E 12 de julio) y 23 de julio de 2013 (B.O.E. 12 de agosto); La Rioja, 2 de junio de 2010 (B.O.E 10 de julio) y 30 de mayo de 2013 (B.O.E. 14 de junio); País Vasco, 28 de junio de 2012 (B.O.E 9 de agosto) y 10 de setiembre de 2013 (B.O.E. 26 de setiembre). Se trata de convenios, en principio de duración cuatrienal, y a cuya finalización se renuevan por períodos sucesivos.

3.- Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social

Con independencia de las Entidades gestoras de la Seguridad Social, los artículos 80 a 101 T.R.L.G.S.S/2015 regulan la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social por parte de las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, conocidas habitualmente como “Mutuas”⁴⁹⁹ o, a veces, todavía como “mutuas patronales”. El régimen jurídico de estas particulares asociaciones de empresarios ha sido objeto de numerosos cambios desde hace tiempo, y en los últimos años experimentó una profunda reforma a través de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, incorporada a la LGSS de 1994. Hoy en día su regulación se encuentra en el capítulo correspondiente del Título I del TLGSS/2015.

Según el primero de aquellos artículos del TRLGSS/15, las mutuas se definen como asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio

⁴⁹⁹ El cambio de nombre y regulación ha venido determinado por la ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, denominación de las originalmente llamadas Mutuas Patronales. Artículos 202 a 207 del T.R.L.G.S.S./1974 desarrollado por R.D. 1509/1976, de 21 de mayo. Ver Almansa Pastor, J.M. Derecho de la ...op.cit. págs. 13 y ss. La Disposición adicional primera de la ley 35/2014, de 26 de diciembre remite a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social todas las referencias a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el Registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en esta ley. A pesar de su naturaleza privada, el número 4 del precitado artículo 80 T.R.L.G.S.S/2015 afirma que forman parte del sector público estatal de carácter administrativo de conformidad con la naturaleza pública de las funciones que realizan y de los recursos económicos que gestionan.

Según el número 2 del mismo artículo 80 T.R.L.G.S.S/2015, el objeto de la colaboración de las Mutuas con el Ministerio de Empleo y Seguridad social consistirá en las siguientes actividades:

- a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.
- b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- c) La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- d) La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia.
- e) La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
- f) Las demás actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

El artículo 83 T.R.L.G.S.S/2015 regula la opción de los empresarios por la cobertura de las contingencias profesionales y en su caso por la gestión de las prestaciones económicas derivadas de contingencias comunes a favor de una Mutua. Deberá formalizarse mediante el denominado convenio de asociación. El procedimiento para ello, así como su contenido y efectos tiene su desarrollo reglamentario a la fecha a través del R.D. 1993/1995. La opción tiene vigencia de un año y puede prorrogarse por

sucesivos períodos anuales. A este respecto se plantea el tema de la responsabilidad en el abono del subsidio económico iniciado con la cobertura de una Mutua, optando el empresario por la expresada cobertura mediante otra Mutua distinta. ¿Ha de mantener la primera el pago que venía realizando o será la segunda Mutua que el empresario ha elegido la que asumir a su cargo el importe del subsidio?

El T.S. ha sentado jurisprudencia considerando que ha de ser la nueva Mutua la que corra con el abono del subsidio ya que se ha hecho cargo del pago de la prestación económica de todos los trabajadores, incluidos los que ya se encontraban en situación de I. T.⁵⁰⁰.

Otro problema se plantea al producirse la extinción contractual de la relación laboral de un trabajador en situación de I.T. ¿Debe la Mutua continuar el abono del subsidio en tanto se mantenga la situación de baja de aquél? La situación está resuelta por el artículo 283 T.R.L.G.S.S/2015, que determina que el trabajador seguirá percibiendo el subsidio de I. T., si bien lo percibirá en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo a la que tuviese derecho, pero no en la cantidad con que lo venía recibiendo a cargo de la Mutua, y así hasta el momento en que se produzca el alta de la situación de I.T.; momento en el que comenzará a percibir la prestación contributiva o el subsidio por desempleo si hubiera lugar a ello. La Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo se hará cargo de las cotizaciones a la Seguridad Social, abonando tanto la aportación empresarial como la del trabajador según el párrafo segundo del número 1 de ese artículo. Si la baja de I.T. procediera de contingencias profesionales, igualmente continuará con la percepción de la prestación económica de I T en la cuantía que correspondiente a la prestación por desempleo, pero en este caso, el tiempo que permaneció en I.T. no se descontará de la extensión de la prestación de desempleo que hubiese generado, de forma que, extinguida la I. T comenzaría a percibir la prestación de desempleo *ex novo*, si hubiese generado derecho a la misma, sea a nivel contributivo como a nivel asistencia. Pero en este caso, no existirán cotizaciones ni por parte de la Entidad Gestora del desempleo ni por parte de la empresa puesto que la relación laboral

⁵⁰⁰ Sentencias de 27 de febrero de 2001. Recurso 1225/2000; de 20 de mayo de 2001. Recurso 4092/2000 y 25 de junio de 2003. Recurso 128/2002.

se había extinguido⁵⁰¹.

La intervención de las Mutuas se había venido considerando como un residuo del principio de responsabilidad directa de los empresarios en esta materia de accidentes, origen del nacimiento de aquéllas⁵⁰², pero a partir del año 1995 ese concepto cambia al ampliarse las funciones que se les encomiendan pues de una parte la Ley 42/1994 estableció la posibilidad para las empresas de optar por que la cobertura de la prestación económica de I.T. derivada de contingencias comunes se lleve a cabo por la misma Mutua con la que hubiera concertado la cobertura de las contingencias profesionales. Y estableció la posibilidad de que tanto los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social como los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario, pudieran optar por acogerse a la cobertura de la I.T. formalizando necesariamente esta protección con una Mutua⁵⁰³. De otra, la Ley 31/1995 les encomendó las funciones de los servicios de prevención para las empresas a ellas asociadas⁵⁰⁴. Además, la Ley 32/2010 les encomendó la gestión de las prestaciones por cese de actividad de los trabajadores autónomos, así como la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁵⁰⁵. De esta manera la acción de las Mutuas se ve potenciada de forma que su intervención se considera relevante en la lucha contra el fraude en las prestaciones de I. T a través del control del absentismo laboral⁵⁰⁶.

⁵⁰¹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 12 de julio de 2006 (Sala General) Recurso 7700/2006; Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J de les Illes Balears de 16 de marzo de 2011. Recurso 22/2011; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 14 de julio de 2008. Recurso 1433/2008.

⁵⁰² García Murcia J. y Román Vaca, E." Nuevas pautas en la regulación...óp. cit. pág. 250.

⁵⁰³ R.D.2110/1994, de 28 de octubre, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de los Regímenes especiales de trabajadores por cuenta propia, agrario y empleados de hogar.

⁵⁰⁴ Mediante el R.D 688/2005 se reguló su intervención como servicios de prevención ajenos para lo cual deberían constituir una sociedad de prevención ad hoc o en su caso asumir esas funciones a través de una organización específica e independiente de las actividades de colaboración con la gestión de la Seguridad Social, para lo cual deberían reformar sus estatutos con acuerdo de la Junta General.

⁵⁰⁵ Desarrollada por el R.D.1148/2011.

⁵⁰⁶ Antes del reconocimiento expreso del número 4 del artículo 80 de las Mutuas como parte del sector público estatal de carácter administrativo, la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción social había regulado la formulación de Reclamación Previa frente a las altas emitidas por las Mutuas y el R.D. 625/2014 contempló la instrumentación mediante acuerdos de la cooperación y gestión de la I. T entre Mutuas y Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas

Con respecto a la intervención de las Mutuas, y particularmente en su competencia para proceder a la extinción del subsidio de I.T. a su cargo o bajo su control, los tribunales ya se habían pronunciado en el sentido de reconocer que tal facultad extintiva no excedía de sus competencias (por revestir un carácter sancionador) sino que se encontraba dentro de lo que constituía la dinámica ordinaria de la prestación⁵⁰⁷.

El extenso artículo 82 T.R.L.G.S.S/2015 recoge las competencias de las Mutuas, que se condensan en lo siguiente: en primer lugar, la declaración, denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción del derecho a la prestación económica; en segundo lugar, la formulación de propuestas de alta médica a la Inspección Médica de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y en caso de desestimación por parte de éstos, al I.N.S.S, sobre la base de los partes médicos e informes emitidos así como de la información obtenida de las actuaciones de control y seguimiento de la propia Mutua de las que se derivase la consideración de que el trabajador no está impedido para el trabajo. El desarrollo reglamentario de estas competencias lo contienen los RR.DD 1430/2009 y 625/2014⁵⁰⁸.

En tanto no se desarrollen las previsiones de la Ley 35/2014⁵⁰⁹, continúa vigente el Reglamento aprobado por el R.D. 1993/1995 sobre colaboración de las Mutuas, cuyos artículos 61, 68 y 69 a 74 concretan la referencia a la gestión de las prestaciones de I.T. derivadas de contingencias profesionales y comunes, respectivamente por parte de estas entidades. En el artículo 2 de esta norma, independientemente de aludir al objeto de "...colaborar...en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales del personal a su servicio...", se recoge expresamente la posibilidad de "...asumir la cobertura de la prestación económica por I.T. derivada de contingencias comunes del personal al servicio de los empresarios asociados, así como del subsidio por I.T. del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia ó autónomos y de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario de la

⁵⁰⁷ En ese sentido, Sentencias de la Sala de lo social del T.S. de 5 de octubre de 2006.Recurso 2966/2005 y 15 de marzo de 2007. Recurso 374/2006.

⁵⁰⁸ Lo estudiaremos al abordar la tramitación administrativa.

⁵⁰⁹ La Disposición final quinta de la ley 35/2014, de 26 de diciembre, faculta al Gobierno para que en el plazo de seis meses apruebe cuentas normas reglamentarias sean precisas para el desarrollo de la ley.

Seguridad Social...⁵¹⁰.

La extensión de la habilitación a las Mutuas para intervenir en la gestión de la contingencia protegida de I. T derivada de contingencias comunes se ha querido ver como un paso hacia su privatización⁵¹¹, lo que pensamos que no ha de ser entendido en sentido regresivo alguno sino como una implicación de las partes interesadas en su atención en directa relación con el ya apuntado principio de facultar a los sujetos responsables de la satisfacción de las prestaciones de I.T. para adquirir responsabilidades igualmente en su control e incluso decisión sobre su concesión, mantenimiento o extinción⁵¹².

De todas maneras, desde una perspectiva puramente práctica, la labor de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social en el control de las situaciones de I.T. es más efectiva precisamente por su especialidad, lo que les lleva a la realización de pruebas, análisis, dictámenes especializados sin necesidad de acudir a los medios públicos del Sistema Nacional de Salud, compensando los correspondientes gastos que ello conlleva con la agilidad de obtención de los resultados. Esta actuación y coste habían venido reconocidos por la ley 35/2010, introduciendo en el T.R.L.G.S.S/1994 una Disposición Adicional quincuagésima primera que, a su vez, ha sido incorporada por el artículo 82.4 d) párrafo segundo T.R.L.G.S.S/2015 que recoge la posibilidad de un resarcimiento posterior a cargo de los Servicios de Salud o las Entidades Gestoras de la Seguridad Social del coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral por contingencias comunes de los trabajadores derivados de los acuerdos institucionales antes referidos.

De este modo, a esa agilidad y efectividad en la obtención de los resultados de las

⁵¹⁰ La Ley 18/2007 los incorpora el RETA creando un sistema especial.

⁵¹¹ García Ninet, J.I.- "La Incapacidad Temporal" VV. AA (AEDTSS) La Incapacidad... óp. cit.pág.112.

⁵¹² En este sentido el Real Decreto ley 6/2000, de 23 de junio que recogía la posibilidad de emisión del alta laboral por los facultativos de las Mutuas en condiciones semejantes a las establecidas para los profesionales médicos asociados del I.N.S.S., aunque su aplicación práctica se remitió a un desarrollo reglamentario inexistente hasta la fecha. De otra parte, ni la Ley 35/2014 ni por supuesto el T.R.L.G.S.S/2015 han contemplado esa facultad, siempre reclamada por las Mutuas.

pruebas médicas requeridas, se suman los objetivos de modernizar su funcionamiento y gestión “... para reforzar los niveles de transparencia y eficacia, (y) contribuyendo en mayor medida a la lucha contra el absentismo laboral injustificado y a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social...”, como expresa la Exposición de Motivos de la ley 35/2014, de 26 de diciembre.

Con independencia del control de la I.T. como objeto principal de su actuación que es objeto del estudio, ya ha sido citada la posibilidad introducida de bonificar las cuotas empresariales como consecuencia de la aplicación de medidas que contribuyan a la reducción de los costes de las prestaciones de I.T. a través de los excedentes de las Mutuas⁵¹³.

4.- Las fórmulas de colaboración empresarial

A tenor del artículo 102 T.R.L.G.S.S/2015, las empresas, individualmente y en relación con su propio personal, colaborarán en la gestión de la Seguridad Social. Esta colaboración forma parte de la propia historia de la evolución del sistema de protección pues los primeros mecanismos de protección de los trabajadores frente a los riesgos derivados de la prestación de servicios por cuenta ajena consistían en la asunción de los mismos por las empresas primero directamente, y después a través de entidades corporativas, mutualistas o compañías de seguros⁵¹⁴. Esta colaboración, por otra parte, es diferente a la obligación impuesta a las empresas por el actual artículo 173.1 párrafo T.R.L.G.S.S/2015 de abonar la prestación económica de IT durante los días 4º a 15º cuando se derive de contingencias comunes, cuestión a la que ya nos hemos referido⁵¹⁵.

Con respecto a la colaboración empresarial en la gestión de la IT, se ha señalado⁵¹⁶ que se trata de una colaboración de los empresarios y no de las empresas por cuanto, a diferencia de la cotización, en ella no participan los trabajadores de éstas. Esta

⁵¹³ Ver Capítulo Sexto

⁵¹⁴ González del Rey Rodríguez, I. La colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social. Cuadernos Laborales. Edersa. Madrid.1999. págs. 13 y ss.

⁵¹⁵ Capítulo Segundo.

⁵¹⁶ Ídem, pág. 63

colaboración, que puede prestar obligatoria o voluntariamente, no afecta a la titularidad pública de la gestión⁵¹⁷. Entramos a continuación en el análisis de las distintas clases de colaboración de las empresas en la gestión de la incapacidad temporal en el ámbito de la seguridad social.

4.1 Colaboración obligatoria⁵¹⁸

Consiste, según el artículo 102.1 c) T.R.L.G.S.S/2015, en pagar a los trabajadores de la empresa, a cargo de la entidad gestora obligada, las prestaciones económicas de I.T. así como las demás que puedan determinarse reglamentariamente. Esta es la fórmula de colaboración que se conoce como pago delegado de la prestación económica de I.T. Su desarrollo se encuentra en el artículo 6 de la O.M. de 13 de octubre de 1967 y los artículos 16 y siguientes de la O.M. de 25 de noviembre de 1966.

Tales prestaciones económicas de I.T. en pago delegado se abonan por la empresa, tanto por contingencias comunes como profesionales, en la cuantía estudiada⁵¹⁹ por mensualidades vencidas, junto con el pago de retribuciones que se efectúe en el mes inmediatamente siguiente, documentándose el pago en la nómina o recibo de salarios del trabajador en situación de I.T., de forma que sirve además como recibo de la percepción de sus haberes⁵²⁰. Como se ha apuntado⁵²¹, se trata de un mecanismo de facilitación y agilización del pago del subsidio a los trabajadores al servicio de la empresa que realiza su abono por imposición legal, extendiéndose a la vigencia de la relación laboral del trabajador afectado por la contingencia protegida. No obstante, en virtud de lo preceptuado por el artículo 16.2 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, las empresas que cuenten con menos de 10 trabajadores y lleven más de seis meses consecutivos pagando a alguno de ellos el subsidio económico de I.T., podrán trasladar

⁵¹⁷ *Ibidem*, pág. 76

⁵¹⁸ De acuerdo con la Disposición adicional segunda de la Orden ESS/1187/2015 el pago de la I. T de trabajadores en situación de jubilación parcial estará excluido de la colaboración obligatoria pues necesariamente habrá de llevarse a cabo a través de pago directo.

⁵¹⁹ Ver Capítulo Tercero.

⁵²⁰ En el recibo oficial de salarios aprobado en el anexo de la Orden ESS 2098/2014, de 6 de noviembre (B.O.E 11-11) figura expresamente la referencia a las “prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social” en el número 2 del apartado I, “devengos”.

⁵²¹ González del Rey Rodríguez, I.- La colaboración... op.cit. pág. 123 y ss.

la obligación de su abono (pago directo) al I.N.S.S. previa solicitud formulada al menos con quince días de antelación a la producción de sus efectos, que tendrá lugar a partir del comienzo del mes natural siguiente.

La responsabilidad en el pago del subsidio es del I.N.S.S. o Mutua colaboradora en su caso; de modo que la empresa asume el pago delegado de la prestación económica en su materialización formal al trabajador, descontando su cuantía en el abono de las cuotas de Seguridad Social de la empresa correspondientes al mismo mes, según lo dispuesto en el artículo 20 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966. Por ello, en caso de insolvencia empresarial el abono de la prestación será a cargo del I.N.S.S.⁵²².

4.2 Colaboración voluntaria

La colaboración voluntaria está prevista en el artículo 102.1 a), b) y d) T.R.L.G.S.S/2015, desarrollado por la O.M. de 25 de noviembre de 1966⁵²³. Dentro de ella se pueden distinguir a su vez distintas posibilidades.

Una de ellas es la colaboración voluntaria respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Desarrollada por los artículos 4 a 6 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, viene a consistir en la asunción, a cargo de la propia empresa, de las prestaciones económicas por I.T. derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesionales, y las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el subsidio correspondiente durante tal situación. Para ello las empresas han de solicitar y obtener autorización conforme el procedimiento común que se analizará, para conseguir la autorización de colaboración voluntaria --artículos 12 a 15 de la O.M. precitada—y han de reunir las condiciones siguientes:

a) Tener más de 250⁵²⁴ trabajadores fijos afiliados y en alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

⁵²² Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 2 de julio de 2003. Recurso 3499/2002, que cita las de 4 de junio de 2000; del Pleno de 15 de mayo de 2001; 17 de setiembre de 2001 y 23 de enero y 24 de febrero de 2003.

⁵²³ En la redacción dada por la O.M. de 18 de enero de 1993 (B.O.E. 20-1) y por la de 20 de abril de 1998 (B.O.E. 8-5).

⁵²⁴ El número de trabajadores exigidos era de 500 hasta la Orden de 16 de enero de 1992 (B.O.E. 21 -1)

- b) Poseer instalaciones sanitarias propias que sean suficientemente eficaces por reunir la amplitud y nivel adecuados para prestar la asistencia sanitaria que corresponde a la I.T. derivada de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales exceptuando, en su caso, la hospitalización quirúrgica.
- c) Observar un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación social.

Excepcionalmente, el nº 2 del artículo 4 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966 determina que, no obstante, lo expresado, podrán ser autorizadas para llevar a cabo este tipo de colaboración las empresas que teniendo a su servicio más de 100 trabajadores fijos y en alta, posean centros sanitarios adecuados a los que se refiere la letra b) anterior, por tener la empresa la finalidad, exclusiva ó no, de prestar asistencia sanitaria.

Los empresarios que se acojan a esta forma de colaboración voluntaria deberán, por consiguiente, prestar a su cargo la asistencia sanitaria correspondiente a la situación de I.T. derivada de contingencias profesionales, así como pagar directamente y a su cargo la prestación económica correspondiente--artículo 15--; además, según la redacción dada por la precitada O.M. de 20 de abril de 1998:deberán destinar los posibles excedentes económicos resultantes de la colaboración a la constitución de una reserva denominada “de estabilización”, que se dotará hasta alcanzar la cuantía equivalente al 15% de las cotizaciones afectadas a la colaboración obtenidas durante el ejercicio, cuya finalidad exclusiva será atender los posibles resultados negativos futuros que pudieran derivarse del ejercicio de la colaboración. Tendrán que dar cuenta a los representantes legales de los trabajadores, semestralmente al menos, de la aplicación de las cantidades deducidas de la cuota de Seguridad Social para el ejercicio de la colaboración. Habrán de llevar en su contabilidad una cuenta que recoja todas las operaciones relativas a la colaboración.

En contrapartida, según el artículo 6 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, retendrán y por lo tanto dejarán de pagar la cuota correspondiente a las prestaciones sanitarias y económicas por aquéllos asumidas, debiendo ingresar en concepto de "Aportación al sostenimiento de los Servicios Comunes y Sociales de la Seguridad Social y de la contribución a los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional ",la cantidad que resulte de aplicar el coeficiente que cada año fije

el ahora Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sobre la parte de cuota correspondiente a Invalidez, Muerte y Supervivencia, teniendo en cuenta como criterio de fijación la relación media general existente entre los porcentajes establecidos en las tarifas que se encuentren en vigor para estas situaciones y para la restante acción protectora por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Para 2015, este coeficiente será el 31,30 por ciento a tenor del artículo 25.2 de la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, de desarrollo de las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre.

Otra modalidad es la colaboración voluntaria respecto de las contingencias comunes. Según lo preceptuado por el artículo 77.1 b) y d) del T.R.L.G.S.S/1994 en relación con el 8 a), b) y c) de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, esta otra colaboración consistirá en lo siguiente:

- a) Prestar a su cargo la asistencia sanitaria a sus trabajadores y familiares beneficiarios por enfermedad común y accidente no laboral.
- b) Pagar directamente y a su cargo la prestación económica debida a sus trabajadores por I.T. derivada de tales contingencias, sin que pueda ceder, transmitir o asegurar la gestión de cobertura de la prestación con otra persona o entidad, cualesquiera que sean la naturaleza de éstas y la modalidad o título utilizado.

Para ello, las empresas han de reunir --artículo 7-- las condiciones establecidas en el artículo 4 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, ya apuntadas para la colaboración voluntaria respecto de las contingencias profesionales. Esto es, han de contar con más de 500 trabajadores fijos afiliados y en alta en el Régimen General, han de poseer instalaciones sanitarias propias que sean lo suficientemente eficaces por reunir la amplitud y nivel adecuados para prestar la asistencia sanitaria que corresponde la I.T., y han de observar un correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas de la legislación social. Además, por imposición de la letra c) de ese precepto, han de "...llevar a cabo en todo caso dicha asistencia por personal sanitario que preste servicios a la Seguridad Social; la designación de este personal se efectuará, en cada caso a propuesta de la empresa de que se trate, con la preceptiva intervención del Comité de la misma y respetando siempre el derecho individual de elección de facultativos que se

establece en el artículo 112 de la Ley General de la Seguridad Social⁵²⁵...". Por excepción, cuando se trate de empresas que tuvieran por finalidad, exclusiva o no, prestar asistencia sanitaria, podrán ser autorizadas, previos los informes procedentes y en las condiciones que se determinen, para que su propio personal sanitario intervenga en la asistencia de sus trabajadores y familiares beneficiarios.

Las empresas, como consecuencia de la asunción de este tipo de colaboración voluntaria con relación a las contingencias comunes, están obligadas—artículo 8— cumplir las siguientes exigencias:

:

- a) Prestar a su cargo la asistencia sanitaria por enfermedad común y accidente no laboral a sus trabajadores y familiares beneficiarios.
- b) Pagar directamente y a su cargo la prestación económica debida a sus trabajadores por I.T. derivada de estas contingencias, sin que pueda ceder, transmitir o asegurar la gestión de cobertura de la prestación con otra apersona o entidad, cualesquiera que sean la naturaleza de éstas y la modalidad o título utilizado.
- c) Destinar los posibles excedentes económicos resultantes de la colaboración a la constitución de una reserva denominada “De estabilización” que se dotará hasta alcanzar la cuantía equivalente al 25 por ciento de las compensaciones obtenidas por el ejercicio de la colaboración durante el ejercicio, cuya finalidad exclusiva será atender los posibles resultados negativos futuros que pudieran derivarse del ejercicio de la colaboración. Una vez cubierta la mencionada reserva, el resto de los excedentes que, en su caso, se hubieran generado, se aplicarán a la mejora de las prestaciones objeto de la colaboración que se satisfagan en el ejercicio siguiente y en su caso, sucesivos a aquél en que se generaron los mismos.
- d) Dar cuenta, semestralmente al menos, al Comité de Empresa, de la aplicación de las cantidades recibidas para el ejercicio de la colaboración⁵²⁶.
- e) Llevar en su contabilidad una cuenta que recoja todas las operaciones relativas a la colaboración.

⁵²⁵ Se refiere al T.R.L.G.S S./1974 que había sido declarado vigente por el R.D. Legislativo 1/1994, y cuya vigencia continúa sensu contrario al no figurar en la disposición derogatoria única del T.R.L.G.S.S/2015.

⁵²⁶ Competencia añadida y específica a sumar a las recogidas en el artículo 64. T.R.E.T/2015 como propia de los Comités de Empresa.

Este tipo de colaboración voluntaria--artículo 9-- dará derecho a las empresas a reducir la cuota mediante la aplicación del coeficiente que anualmente fije el hoy Ministerio de Empleo y Seguridad Social⁵²⁷.

Las normas comunes a estos dos tipos de colaboración voluntaria estudiadas se contienen en la Sección 3ª de los artículos 10 a 15 de la citada O.M.de 25 de noviembre de 1966⁵²⁸, de forma que la cuantía y extensión de las mismas han de ser idénticas⁵²⁹ al menos a la establecida con carácter general en su cobertura con carácter reglamentario por las Entidades Gestoras públicas de acuerdo con el artículo 12. Para su desempeño, ambas clases de colaboración deberán ser solicitadas por las empresas a la hoy Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social a través de la Delegación del Gobierno (asumiendo las competencias de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social), que resolverá previo informe de la Inspección de Trabajo, Inspección de Servicios Sanitarios y de las entidades gestoras, inscribiéndose dichas autorizaciones en un Registro al efecto de la Dirección General.

Del mismo modo que en el caso de la solicitud inicial de colaboración voluntaria, las empresas que hubiesen sido autorizadas podrán renunciar, temporal o definitivamente, a la colaboración voluntaria, mediante solicitud motivada a la referida Dirección General de Ordenación, acompañando informe del órgano de representación de los trabajadores; solicitud que deberá ser presentada--artículo 14.5--antes del 30 de setiembre del ejercicio anterior a aquel en que deba tener efectividad. De otra parte, y a tenor de los artículos 14.4., 5 y 6 de la O.M. precitada, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de oficio o a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, la Tesorería General o las Entidades Gestoras, podrá acordar la suspensión temporal o retirada definitiva de las autorizaciones concedidas cuando considere acreditado que han dejado de concurrir las condiciones exigidas para la concesión de la colaboración o en su caso que no se lleva a cabo correctamente la modalidad de colaboración de que se trate.

⁵²⁷ Este artículo es mera transcripción del 77.1 b) del T.R.L.G.S.S/1994. En su desarrollo, la antes citada Orden ESS/86/2015, de 30 de enero fijó para el año 2015 el coeficiente reductor aplicable a las empresas autorizadas a colaborar voluntariamente en la gestión en el 0,045.

⁵²⁸ En la nueva redacción dada por la O.M. de 20 de abril de 1998 (B.O.E. 8-5-1998) precitada.

⁵²⁹ González del Rey Rodríguez, I. La colaboración... óp. cit. pág. 184

Asimismo, los representantes legales de los trabajadores son competentes para promover la actuación de las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social y la de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, a estos efectos, siempre que la consideren necesaria. Las Resoluciones de la Dirección General podrán ser objeto de recurso de alzada ante el Ministro de Empleo y Seguridad Social, a tenor del artículo 114 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Adoptado el acuerdo de suspensión o cese en la colaboración, el nº 6 del artículo 14 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966 determina que la empresa, en el plazo de tres meses, deberá proceder a la liquidación de las operaciones relativas a la colaboración, ingresando en la Tesorería General de la Seguridad Social los excedentes que en su caso resulten, actuando en las mismas, o vigilándolas, los funcionarios que se hubieran designado a tal efecto en la Resolución de la Dirección General de Ordenación.

Otra modalidad es la colaboración voluntaria consistente en el abono de las prestaciones económicas de I.T. derivadas de enfermedad común o accidente no laboral. Este tipo de colaboración voluntaria está desarrollada en la Sección 4ª, artículos 15 *bis* a 15 *quater* de la O.M. de 25 de noviembre de 1966⁵³⁰. Viene a consistir en la asunción por las empresas del pago de la prestación económica de I.T. derivada de enfermedad común o accidente no laboral, lo que supone la íntegra⁵³¹ asunción de su abono por parte de las empresas, con respecto a todos sus trabajadores, sin posibilidad de transmisión o aseguramiento y que en paralelo con lo estudiado para la colaboración voluntaria analizada anteriormente, dará lugar a la aplicación de un coeficiente reductor en las cuotas a ingresar en la Seguridad Social. Para el año 2016 como hemos apuntado, el artículo 20 de la Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, fija este coeficiente en el 0,045.

Al igual que para el resto de las autorizadas fórmulas de colaboración voluntaria, las empresas se obligan a pagar directamente y a su cargo las prestaciones económicas debidas por I.T. a sus trabajadores derivadas de enfermedad común o accidente no laboral y a destinar los posibles excedentes económicos resultantes de la colaboración a la constitución de una reserva denominada “ de estabilización”, que se dotará hasta

⁵³⁰ En la redacción dada por la O.M. de 18 de enero de 1993 (B.O.E. 20-1-1993).

⁵³¹ González del Rey Rodríguez, I.-La colaboración...óp. cit., pág. 198 y ss.

alcanzar la cuantía equivalente al 25% de las cotizaciones afectadas a la colaboración obtenidas durante el ejercicio, cuya finalidad exclusiva será atender los posibles resultados negativos futuros que pudieran derivarse del ejercicio de la colaboración. Una vez cubierta la mencionada reserva, el resto de los excedentes que, en su caso, se hubieran generado, se aplicarán a la mejora de las prestaciones objeto de la colaboración que se satisfagan en el ejercicio siguiente, y en su caso ejercicios sucesivos, a aquel en el que fueron generados los mismos. Del mismo modo, las empresas han de llevar en su contabilidad una cuenta que recoja todas las operaciones relativas a la colaboración, así como a desarrollar la gestión de forma directa, sin que puedan ceder, transmitir o asegurar la misma con otra persona o entidad, cualesquiera que sean la naturaleza de éstas y la modalidad o título utilizado, debiendo, dar cuenta, semestralmente al menos, a los representantes de los trabajadores, de aquellas cantidades, según el artículo 15 *ter* 1) y c).

Como se puede apreciar, esta fórmula de colaboración voluntaria asumiendo el pago de la prestación económica por I.T. derivada de enfermedad común o accidente no laboral, no supone, sin embargo, la colaboración en la asistencia sanitaria que sigue siendo responsabilidad de las Entidades Gestoras o Mutuas colaboradoras en su caso.

Las empresas que deseen elegir esta fórmula de colaboración, deberán efectuar la oportuna opción en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social donde solicite la apertura de su cuenta de cotización, o en su defecto, en la que tenga su domicilio, antes del 1 de octubre de cada año, relacionando todos los códigos de cuenta de cotización correspondientes a la empresa,⁵³² causando efectos dicha opción el 1 de enero del ejercicio siguiente. El mismo procedimiento habrán de seguir las empresas que, teniendo concedida esta opción, deseen renunciar a ella.

Con independencia de las vías analizadas de colaboración de las empresas en la gestión de la I.T., existe un programa en las Inspecciones Médicas de los Servicios de Salud de contestaciones a las empresas que se pongan en contacto con aquéllas con el fin de obtener información—no de carácter médico o clínico— sobre el seguimiento que se realiza al trabajador/es de las mismas en situación de I.T.; posibilidad regulada en la

⁵³² Ver artículos 10 a 15 del R.D.84/96, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

O.M. de 21 de marzo de 1974 y que en teoría supone la obtención de aquélla en un plazo no superior a quince días, pero que la experiencia práctica nos viene a mostrar su inutilidad por falta cierta de tales respuestas.

Finalmente, ¿qué sucede en estos supuestos de colaboración voluntaria cuando se produce la extinción del contrato del trabajador y continúa éste en situación de I. T.? ¿Debe la empresa continuar el abono del subsidio? Esta situación tiene una respuesta paralela a la dada en el epígrafe anterior al tratar las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social. Así, la solución está contemplada por el artículo 283 T.R.L.G.S.S/2015: que determina que el trabajador, producida la extinción de su contrato encontrándose en situación de I. T derivada de contingencias comunes, seguirá percibiendo el subsidio de I. T., si bien lo percibirá en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo a la que tuviese derecho, pero no en la cantidad con que lo venía recibiendo a cargo de la empresa auto aseguradora, y así hasta el momento en que se produzca el alta de la situación de I.T.; momento en el que comenzará a percibir la prestación contributiva o el subsidio por desempleo si hubiera lugar a ello. La Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo se hará cargo de las cotizaciones a la Seguridad Social, abonando tanto la aportación empresarial como la del trabajador según el párrafo segundo del número 1 de ese artículo.

Si la baja de I.T. procediera de contingencias profesionales, igualmente continuará con la percepción de la prestación económica de I T en la cuantía que correspondiente a la prestación por desempleo, pero en este caso, el tiempo que permaneció en I.T. no se descontará de la extensión de la prestación de desempleo que hubiese generado, de forma que, extinguida la I. T comenzaría a percibir la prestación de desempleo *ex novo*, si hubiese generado derecho a la misma, sea a nivel contributivo como a nivel asistencia. Pero en este caso, no existirán cotizaciones ni por parte de la Entidad Gestora del desempleo ni por parte de la empresa puesto que la relación laboral se había extinguido⁵³³.

⁵³³ Toscani Jiménez, D., "Gestión y responsables del pago de la prestación de incapacidad temporal". Capital Humano nº 212 (Julio/agosto 2007). págs. 146 y 147. Cita la Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 18 de noviembre de 1997 dictada en Sala General. Recurso 4086/1996; y de 16 de mayo de 2000. Recurso 3517/1999 y 14 de junio de 2002. Recurso 654/2001, aplicable a la regulación previa a la intercomunicación entre I. T y prestación

Respecto a la colaboración voluntaria consistente en la prestación de asistencia sanitaria, tanto a trabajador como familiares beneficiarios, es preciso tener en cuenta de una parte, que sigue vigente el artículo 112 del T.R.L.G.S.S/1974 que reconoce el derecho de elección de facultativos y de otra que el derecho de libre elección es un principio reconocido por la Ley 41/2002. Además de los derechos reconocidos en los artículos 4, 5 y siguientes de la Ley 16/2003, que relacionan los correspondientes a los ciudadanos en el conjunto del Sistema Nacional de Salud y la atención de los servicios sanitarios. Sobre esta base, la dispensación de la asistencia sanitaria ha de correr en paralelo con lo expresado para las prestaciones económicas, de forma que la empresa colaboradora continuaría haciéndose cargo de las prestaciones de asistencia sanitaria hasta la extinción de la situación protegida de I. T., sin perjuicio de la opción del trabajador por los servicios sanitarios públicos.

4.- Responsabilidad frente a las prestaciones

Hemos estudiado hasta ahora la intervención de Entidades Gestoras y colaboradoras en el reconocimiento, control y pago de las prestaciones de I. T. en lo que puede calificarse como procedimiento común del devenir de la contingencia protegida estudiada. Pasamos a continuación a examinar los problemas que pueden surgir respecto a las prestaciones económicas de I. T al apartarse de tal vía ordinaria para analizar el sistema de responsabilidad que el Régimen General de la Seguridad establece para garantía de la cobertura del subsidio económico de IT.

El artículo 167 T.R.L.G.S.S/2015⁵³⁴ establece la que se puede denominar "vía común" de la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones, en general, dentro del Régimen General de la Seguridad Social y particularmente, con respecto a las de I.T. Dispone concretamente que "...1.- Cuando se haya causado derecho a una prestación por

por desempleo que dio lugar al contenido del artículo 222 T.R.L.G.S.S/1994 que mantiene el actual artículo 283 T.R.L.G.S.S/2015.

⁵³⁴ Se corresponde con los anteriores 126 T.R.L.G.S.S/1994 y 96 T.R.L.G.S.S./1974.

haberse cumplido las condiciones a que se refiere el artículo 165 de la presente ley⁵³⁵ ... la responsabilidad correspondiente se imputará, de acuerdo con sus respectivas competencias, a las Entidades Gestoras, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión, o en su caso a los Servicios Comunes...". Produciéndose, pues, la contingencia que es objeto de protección, las prestaciones que el Régimen General de la Seguridad Social tiene establecidas como vía protectora, serán a cargo del sujeto responsable correspondiente, Entidad gestora, Mutua colaboradora de la Seguridad Social o empresario que colabore en la gestión. Todo ello sobre la base de partida de que el empresario ha cumplido con sus obligaciones legales de afiliar y/o dar de alta al trabajador que se encuentra, en este caso objeto de estudio, en situación de I.T. y ha cotizado por él, a tenor de los artículos 139 y 142 T.R.L.G.S.S./2015; 22,28 y concordantes del R.D. 2064/1995, y 8, 9, 66 y 67 del R.D.1637/1995⁵³⁶.

Pero, ¿qué sucede cuando el empresario ha incumplido todos o alguno de estos deberes y se produce para el trabajador alguno de los hechos causantes de la I.T.? A este respecto los números 2 y 3 del artículo 167 T.R.L.G.S.S./2015 establecen que "...El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas, y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad en cuanto al pago de prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva..." (2), y que "...No obstante lo establecido en el apartado anterior, las Entidades Gestoras, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, o en su caso, los servicios comunes, procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en aquellos casos incluidos en dicho apartado, en los que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios. El indicado pago procederá, aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquéllas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio. Igualmente, las mencionadas Entidades, Mutuas y Servicios comunes asumirán el pago de las prestaciones en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de la

⁵³⁵ Que determina como condiciones generales para causar derecho a las prestaciones del Régimen General las de estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

⁵³⁶ Gala Durán, C. "Responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones de I.T.: Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta y cotización" VV. AA. (AEDTSS) La Incapacidad... óp. cit. págs.502 y 503.

empresa respecto a dicho pago..." (3).

La responsabilidad en el abono de las prestaciones, concretamente las de IT, se limita según el párrafo segundo del número 3 del artículo 267⁵³⁷ en el sentido de que "...en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante...". Por su parte, el párrafo tercero establece que los derechos y acciones a ejercitar por las subrogaciones frente al empresario declarado responsable de prestaciones deberán ejercitarse previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva de aquél, pudiendo utilizar frente al mismo la vía administrativa o judicial que se hubiera seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación. Y el número 4 del mismo artículo preceptúa que corresponderá a la Entidad Gestora competente la declaración en vía administrativa de la responsabilidad en orden a las prestaciones, así como de la entidad que, en su caso, deba anticipar éstas.

Esta redacción recoge la contenida en el derogado artículo 126 T.R.L.G.S.S/1994, dado que, al tener la naturaleza de Texto Refundido, la vigente regulación tampoco pudo llevar a cabo una modificación normativa que dejara solucionado claramente el solucionado el tema de la responsabilidad y abono directo de prestaciones, en virtud de las sucesivas autorizaciones para la elaboración de un Texto Refundido de Seguridad Social, integrando debidamente regularizados, aclarados y armonizados los textos de Seguridad Social contenidos, sucesivamente, en la ley 26/1990, la Ley 22/1992 y la 22/1993. Efectivamente, tanto la determinación de los supuestos de imputación, su alcance y procedimientos para realizarla, con respecto a los empresarios incumplidores de sus obligaciones, como la de aquellos supuestos que dan lugar al pago de las prestaciones, como un anticipo, por Entidades Gestoras, Mutuas o servicios comunes, exigen *ex lege*, y esto es importante precisar, un desarrollo reglamentario que no se ha producido, lo que motiva que la mayoría de la doctrina⁵³⁸ y de la jurisprudencia⁵³⁹

⁵³⁷ Esta limitación había sido introducida por la Ley 24/2001.

⁵³⁸ En contra Ordeig Fos, J.M. "Hacia un régimen público de Seguridad Social. La Responsabilidad: encrucijada de la Jurisprudencia ". Actualidad Laboral 28/95.

⁵³⁹ Entre otras, Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 21 de abril de 1968.R. Aranzadi 2217; de 27 de setiembre de 1986. R. Aranzadi 5185; de 4 de abril de 1987. R. Aranzadi 2339; de 13 de junio de 1990. R. Aranzadi 5070; de 28 de setiembre de 1992. R. Aranzadi 6820; de 20 de octubre de 1992. R. Aranzadi 7659; de 30 de enero

entiendan que han de aplicarse, con valor reglamentario, los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966⁵⁴⁰, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 1645/1972, de 23 de junio, que desarrolló la Ley 24/1972, lo que plantea importantes problemas de aplicación práctica.

La aplicación de los artículos 94 a 96 de la L.S.S/1966 con carácter reglamentario supone la asunción de los principios básicos en aquellos casos determinados para su aplicación a la I.T., de forma que, en primer lugar, cumplidos todos los requisitos y condiciones para la generación de prestaciones de I.T. a favor de un trabajador, la responsabilidad de su atención corresponderá las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social o empresarios que colaboren en la gestión. Estos últimos responderán directamente a las prestaciones cuando haya habido un incumplimiento por su parte, bien se trate de falta de afiliación o alta; falta de ingreso de las cotizaciones a partir de la iniciación del segundo mes siguiente a la fecha en que expire el plazo reglamentario establecido para el pago, así como por la diferencia entre la cantidad total de la prestación causada por el trabajador y la que

de 1993. R. Aranzadi 388; de 22 de abril de 1994. R. Aranzadi 3271; de 28 de abril de 1995. Recurso 3000/1994; de 3 de abril de 1997. Recurso 3864/1995; de 21 de febrero de 2000. Recurso 71/1999; 20 de marzo de 2001. Recurso 594/2000; 5 de abril de 2001; 30 de setiembre de 2002. Recurso 223/2002. Recurso 1838/2000; de 10 de julio de 2007. Recurso 812/2006; 10 de marzo de 2009. Recurso 4016/2007; 14 de junio de 2011. Recurso 1921/2010

⁵⁴⁰ El punto XI del Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, firmado en Madrid el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, CC.OO., CEOE y CEPYME, reconoce expresamente el desfase entre esta regulación y las nuevas realidades sociales, por lo que alude a la necesidad de una reforma en base a los siguientes principios: Mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social. Una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad. La necesidad de preservar el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social. De acuerdo con estos principios, se estima conveniente la adopción de las siguientes medidas:- Adecuar la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones, limitando el anticipo por parte de la Entidad Gestora o Colaboradora exclusivamente hasta la cuantía de dos veces y media el salario mínimo interprofesional.-Proceder al desarrollo normativo oportuno en esta materia, a efectos de dotar de mayor eficacia y agilidad al actual procedimiento declarativo de la responsabilidad empresarial, pudiendo atribuir las competencias necesarias a las Entidades Gestoras, fundamentalmente en relación con las prestaciones que reconoce el sistema de la Seguridad Social.- Condicionar el reintegro por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social del importe de las prestaciones anticipadas por dichas Entidades Colaboradoras a que, con carácter previo a la efectividad de dicho reintegro, se proceda a la declaración administrativa o judicial de insolvencia del empresario declarado responsable.

corresponda asumir a la Seguridad Social por las cuotas efectivamente ingresadas.

En segundo lugar, tratándose de prestaciones derivadas de contingencias profesionales y existiendo la responsabilidad empresarial por los incumplimientos indicados, ante un supuesto de insolvencia empresarial el I.N.S.S. o en su caso la Mutua colaboradora asumirá la obligación de su dispensación (asistencia sanitaria) y satisfacción (abono de subsidio), sin perjuicio de su derecho al reintegro por parte del empresario insolvente.

En tercer lugar, se declara expresamente la vía jurisdiccional social como competente para la resolución de los conflictos que puedan surgir respecto de estas cuestiones de responsabilidad.

Sobre tales bases de aplicación se considera lo siguiente:

A) Ante la ausencia de desarrollo reglamentario del procedimiento de declaración de responsabilidad del empresario incumplidor de sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización en cuanto al pago de prestaciones en situaciones de I.T. de sus trabajadores, ante la inexistencia actual de regulación del procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad ante las prestaciones causadas que prevé el artículo 167.2 T.R.L.G.S.S/2015, para el pago de las prestaciones--con las excepciones que se dirán--ha de acudir al artículo 96 L.S.S./1966,dado que la Entidad Gestora o en su caso Mutua, rechazan su responsabilidad en Resolución fundada, oído--"...siempre que sea posible..." dice el número 1 del artículo 96 L.S.S./1966--el empresario ó empresarios afectados, por lo que el trabajador debe acudir a la vía jurisdiccional social para reclamar frente a éstos, en el plazo de un año desde que la Entidad Gestora le comunique su resolución administrativa firme por la que se le deniega en todo ó en parte la prestación solicitada.

B) Ello a pesar de la redacción inicial del número 3 del artículo 167 T.R.L.G.S.S2015, en el que se dice que "...No obstante lo establecido...las Entidades Gestoras, Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o en su caso los Servicios comunes procederán...al pago de las prestaciones..."; pago de las prestaciones por parte de estas Entidades Gestoras, Mutuas y Servicios Comunes en su caso, en lo que es denominado

como " anticipo de prestaciones", ante incumplimiento empresarial⁵⁴¹ y en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, ante la ya citada carencia de desarrollo reglamentario expreso. Anticipo que también se extenderá al abono de la prestación económica de I.T. derivada de enfermedad común entre los días cuarto a decimoquinto, responsabilidad directa del empleador, en caso de impago por éste, como lo declaró el Tribunal Supremo en Sentencias de 17 de julio de 1997 y de 15 de junio de 1998⁵⁴² dictada esta última en Unificación de doctrina, puesto que, como recoge el Fundamento de Derecho Segundo último párrafo de la misma, "...no habiendo variado esencialmente la naturaleza y objeto de la prestación, que incluso sigue conservando este nombre y carácter, y a falta de disposición legal en sentido contrario, debe permanecer y subsistir el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas para la prestación litigiosa en el régimen público de Seguridad Social para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestaciones por parte del empresario directamente obligado a su pago...", concluyendo que "...En definitiva, el trabajador ha causado derecho a la prestación de I.T. y la responsabilidad de su pago debe imponerse << *ex lege* >> al sujeto obligado, que es el empleador (actual 126.1 T.R.L.G.S.S./1994.), pero ello no impide--a falta de norma expresa en sentido contrario--la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora, sin perjuicio de que ésta se subroga en los derechos del beneficiario (art.126.3 L.S.S.)..."

Lo cual, a nuestro entender, lleva a la aplicación con valor reglamentario de los artículos 94 y 95 L.G.S.S./1966, en virtud de los cuales se llega al resultado de que si el empresario incumple con las obligaciones de afiliación y/o alta del trabajador, y éste solicita la prestación de I.T. por contingencias profesionales, al hallarse en situación de alta de pleno derecho ex artículo 165.4 T.R.L.G.S.S./2015 al no requerirse período previo de cotización⁵⁴³, tendría derecho a la prestación a cargo de aquél ⁵⁴⁴ pero existiendo la obligación de su anticipo a cargo de la Entidad gestora ó Mutua con la que la empresa

⁵⁴¹ Alarcón Caracuel, M.R y González Ortega, S.- Compendio de... óp. cit. págs. 136 y ss.

⁵⁴² RR. Aranzadi 6350 y 5796 respectivamente. Línea continuada por Sentencias 18 de noviembre de 2000. Recurso 1748/1999; 2 de julio de 2003. Recurso 3499/2002; 26 de enero de 2004. Recurso 4535/2002; 1 de junio de 2004. Recurso 4465/2003; 4 de abril de 2005. Recurso 1068/2004, 22 de febrero de 2007. Recurso 1618/2005; 15 de noviembre de 2009. Recurso 2864/2006

⁵⁴³ Artículos 126.2 T.R.L.G.S.S./1994 y 94.2 a) L.G.S.S./1966.

⁵⁴⁴ Gala Durán, C., "Responsabilidad empresarial en orden..." VV. AA (AEDTSS), La Incapacidad..., óp. cit. págs. 509 y ss.

tuviera cubiertas aquéllas ex artículos 126.3 T.R.L.G.S.S./1994 y 95.1.2ª L.S.S./1966, con responsabilidad subsidiaria del I.N.S.S., dado que en él se ha integrado el antiguo Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo.

Como se ha destacado, la jurisprudencia mantiene una posición casi unánime⁵⁴⁵ en declarar el anticipo de las prestaciones por Entidades Gestoras o Mutuas en referencia al principio de automaticidad de las prestaciones precitado,⁵⁴⁶ si bien de todos modos y en nuestra opinión, la referencia al expresado principio de automaticidad de las prestaciones ha de buscarse concretamente en los artículos 94.4 y 95.1.2ª L.S.S./1966, entendiendo que, como sabemos, el trabajador está en situación de alta presunta o de pleno derecho, por lo que la Entidad Gestora o Mutua deberán hacer efectivas las prestaciones económicas de forma directa, sin perjuicio de la acción de reintegro frente al empresario.

C) Si dado el incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta del empresario con respecto al trabajador, le sucediese el sobrevenir de una causa productora de I.T. derivada de contingencias comunes, el trabajador no estaría en situación de alta o asimilada a efectos de prestación económica de I.T., aunque sí a los exclusivos de prestación de asistencia sanitaria de acuerdo con el artículo 166.4 T.R.L.G.S.S./2015. Por consiguiente, ante la falta de desarrollo reglamentario del artículo 167 T.R.L.G.S.S./2015, se estaría ante el supuesto de responsabilidad empresarial, con aplicación del artículo 95.1.3ª L.S.S./1966; esto es, prestaciones económicas de I.T. a abonar por el empresario directamente y a su cargo, sin que quepa el anticipo de las mismas por la Entidad gestora, Mutua o servicio común en su caso (dado que la asunción de responsabilidades por el I.N.S.S. como subrogado en las obligaciones del Fondo de Garantía de Accidentes se produce únicamente en los casos de accidente de trabajo o enfermedad profesional)⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S en unificación de doctrina de 26 de enero de 2004; 16 de febrero de 2005. Recurso 136/2004; de 5 de octubre de 2012. Recurso 3580/2011. Sentencias en contra de las Salas de lo Social de los TT.SS.JJ. del País Vasco de 11 de diciembre de 1992 y de Castilla-León (Valladolid) de 24 de noviembre de 1992.

⁵⁴⁶ Ex artículo 167.3 T.R.L.G.S.S./2015, sucesor del 125.3 T.R.L.G.S.S./94.

⁵⁴⁷ Artículo 94.4 L.S.S./1966.

Cierto es que existe una postura jurisprudencial discrepante, entendiendo de aplicación el principio de automaticidad de las prestaciones para el pago anticipado de las prestaciones de I.T. derivadas de contingencias comunes a cargo de la Entidad gestora o colaboradora en los casos de incumplimiento empresarial de las obligaciones de afiliación y/o alta o cotización⁵⁴⁸, pero el T.S. en unificación de doctrina ya mantuvo en su Sentencia de 22 de abril de 1994 la exclusión de las prestaciones derivadas de contingencias comunes de la aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones⁵⁴⁹. De esta forma esa interpretación restrictiva⁵⁵⁰ supone que tal situación implica que, caso de insolvencia empresarial, el trabajador no percibirá la prestación económica de I.T. derivada de riesgos comunes, quedando desprotegido. La misma consideración merece el hecho de que la afiliación o el alta se haya producido fuera de plazo o tras el inicio de la I.T., de forma que la responsabilidad del pago del subsidio corre exclusivamente a cargo del empresario⁵⁵¹.

D) Si el incumplimiento de la obligación del empresario fuese por falta de cotización, o infra cotización en su caso, la responsabilidad del pago de las prestaciones económicas de I.T. serían a cargo de aquél ex artículo 167.2 T.R.L.G.S.S/2015, sin perjuicio del anticipo de las mismas por parte de la Entidad Gestora o Mutua, al encontrarse el trabajador de alta efectiva (contingencias comunes) o de pleno derecho (contingencias profesionales) en virtud del artículo 167.3 T.R.L.G.S.S/2015, puesto que en caso contrario hablaríamos, no de ausencia o defecto de cotización, sino de falta de afiliación y/o de alta, aplicándose entonces con carácter reglamentario y subsidiario el artículo 95.1.2^a L.G.S.S/1966 con exclusiva responsabilidad empresarial. La Mutua

⁵⁴⁸ De la que son expresión las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias/Las Palmas de 30 de diciembre de 1992; 9 de marzo de 1993 y 30 de junio de 1994; de la Comunidad Valenciana de 9 y 15 de junio de 1993, 9 de diciembre de 1993 y 21 de junio de 1994; y de Asturias de 14 de enero de 1993 y 19 de febrero de 1993. RR. Aranzadi 4705; 1168; 4243; 3070; 5370; 2643; 65 y Tribunales de Asturias Tomo I. 1993. R.432. La línea es mantenida por las Sentencias del T.S. de 22 de enero de 2009. Recurso 3858/200726 de enero de 2004. Recurso 4535/2002; 16 de febrero de 2005. Recurso 136/2004; 8 de junio de 2006. Recurso 871/2005; 2 de julio de 2007. Recurso 686/2006; 22 de enero de 2009. Recurso 3858/2007

⁵⁴⁹ Seguida por, entre otras, Sentencia de 26 de enero de 2004. Recurso 4535/2002; 16 de febrero de 2005. Recurso 136/2004; Sentencia de 20 de noviembre de 2006. Recurso 2975/2005; Sentencia 15 de noviembre de 2009. Recurso 2864/2006

⁵⁵⁰ Gala Durán, C. "Responsabilidad empresarial..." (VV. AA). AEDTSS La Incapacidad...óp. cit., pág. 516.

⁵⁵¹ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 23 de junio de 2003. Recurso 3079/2002; 21 de setiembre de 2005. Recurso 3175/2004; de 11 de julio de 2006. Recurso 1978/2005; de 10 de julio de 2007. Recurso 4168/2006.

colaboradora, a su vez, en los supuestos de contingencias profesionales en que concurran impago de cotizaciones e insolvencia empresarial, puede reclamar al I.N.S.S. el reintegro de las prestaciones económicas anticipadas, siempre que la deuda por cotizaciones corresponda a períodos anteriores a las fechas de los accidentes o enfermedades profesionales producidos⁵⁵².

Por consiguiente, al haber resuelto el T.S. en unificación de doctrina en Sentencia de 20 de octubre de 1992⁵⁵³ la obligación de la Mutuas de anticipar la prestación económica de I.T. derivada de contingencias profesionales, sin perjuicio de la subrogación en los derechos del trabajador frente a la empresa incumplidora, aquélla habrá de extenderse a las comunes cuando éstas hayan sido asumidas por la Mutua en virtud del artículo 80.2 b) T.R.L.G.S.S/2015⁵⁵⁴.

E) Si el empresario no abona la prestación económica de I.T. derivada de una baja del trabajador por contingencias comunes entre los días 4º a 15º, incumpliendo la obligación directa de pago que el Real Decreto ley 5/1992 y la posterior ley 28/1992 imponen, la Entidad Gestora ha de anticipar el pago de la prestación sin perjuicio de que se subroga en los derechos correspondientes al trabajador, tal y como estableció el T.S. en su Sentencia de 15 de junio de 1998 dictada en Casación para Unificación de doctrina⁵⁵⁵ al entender, tal y como estableció el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/94, de 10 de febrero⁵⁵⁶, que el derecho a la Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, que admite dentro de un sistema de protección social pública supuestos de responsabilidad privada siempre que no se altere el régimen de cobertura

⁵⁵² Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 16 de febrero de 2016 (Recurso 737/2014) con cita de las de 26 de enero de 2004 (Recurso 3205/2003); 15 de octubre de 2009 (Recurso 2864/2006); 8 de noviembre de 2006 (Recurso 2392/2005) y 26 de enero de 2004 (Recurso 4535/2002).

⁵⁵³ R. Aranzadi 7659. Línea jurisprudencia seguida unánimemente desde entonces. Entre otras, Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 16 de febrero de 2005. Recurso 136/2004; 2 de julio de 2007. Recurso 686/2006; 22 de enero de 2009. Recurso 3858/2007, que recoge la doctrina aplicable a la responsabilidad subsidiaria de Mutuas e I.N.S.S.

⁵⁵⁴ En el mismo sentido de la Disposición Adicional Undécima del T.R.L.G.S.S/1994 en la redacción dada por el artículo 35 de la ley 42/1994.

⁵⁵⁵ R. Actualidad Laboral 1802/1998. Ponente Sampedro Corral. En el mismo sentido, las Sentencias de la misma Sala de lo Social de 14 de junio de 2000. Recurso 2358/1999; 15 de mayo de 2001. Recurso 3546/1999; 23 y 24 de febrero de 2003. Recurso 1392/2002; 2 de julio de 2003. Recurso 3499/2002; 1 de junio de 2004. Recurso 4465/2003 y 26 de octubre de 2004. Recurso 3482/2003.

⁵⁵⁶ Ver Capítulo Quinto.

pública por lo que “... no habiendo variado esencialmente la naturaleza y objeto de la prestación⁵⁵⁷ que incluso sigue conservando este nombre y carácter, y a falta de disposición legal en sentido contrario, debe permanecer y subsistir el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas para la prestación litigiosa en el régimen público de Seguridad Social para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago...”.

F) La Entidad Gestora habrá igualmente de anticipar la prestación económica de I.T. como responsable subsidiaria en el caso de impago de la misma por parte de empresas que hayan asumido voluntariamente la gestión de la I.T. de sus trabajadores ex artículo 102 T.R.L.G.S.S/2015 desarrollado por la O.M. de 25 de noviembre de 1966, como estableció el T.S. en su Sentencia para Unificación de doctrina de 14 de junio de 2000⁵⁵⁸ ratificada en las de 15 de mayo de 2001 y 8 de noviembre de 2001⁵⁵⁹ empleando el mismo razonamiento expuesto en el número anterior, con cita en esta última Sentencia de la citada de 15 de junio de 1998, entendiéndose, por consiguiente que al no variar sustancialmente el objeto y contenido de la prestación económica de I.T., y a falta de disposición legal expresa, ha de regir el sistema de garantías establecido en un sistema público de Seguridad Social para los casos de impago del empresario directamente obligado.

Es de destacar la diferencia de tratamiento para los supuestos de I.T. derivados de contingencias profesionales y comunes en las circunstancias de falta de afiliación y/o alta del trabajador puesto que, ante una sobrevenida insolvencia de la empresa responsable, el anticipo de prestaciones económicas en virtud del principio de automaticidad de las mismas se hace efectivo, en virtud de la subrogación del I.N.S.S. en las responsabilidades del extinto Fondo de Garantía de Accidentes, para las situaciones de I.T. derivadas de contingencias profesionales exclusivamente, no alcanzando a las procedentes de contingencias comunes. En este sentido, como hemos

⁵⁵⁷ Se refiere al pago del subsidio económico de I.T. por el traslado de la responsabilidad directa al empresario los días 4º a 15º de la baja por contingencias comunes.

⁵⁵⁸ R. Actualidad Laboral 1754/2000.

⁵⁵⁹ RR. Actualidad Laboral 1511/2001 y 257/2002. Continúan la línea jurisprudencial las Sentencias de la misma Sala de lo Social de 26 de enero de 2004. Recurso 4535/2002; 8 de junio de 2006. Recurso 871/2005; 2 de julio de 2007. Recurso 686/2006; 22 de enero de 2009. Recurso 3858/2007.

señalado, se aplican con carácter reglamentario los artículos 94,95 y 96 L.S.S/1966; texto legal en el que, por el momento histórico en que se dicta, aún era incipiente el principio de automaticidad de las prestaciones dentro de un sistema de previsión ⁵⁶⁰,desarrollando el principio de consideración conjunta de las contingencias contenido en el punto II de la Exposición de Motivos de la ley 193/1963, que es contemplado en el artículo 126.3 T.R.L.G.S.S/1974,cuyo sentido es mantenido por el vigente artículo 167.3 T.R.L.G.S.S/2015,pero que, a pesar de que determinados criterios judiciales entienden que ha de ser objeto de reinterpretación a la luz del artículo 41 de la C.E.⁵⁶¹ ,la falta de desarrollo reglamentario actual de ese artículo hace que se consolide el criterio diferenciado de tratamiento en el anticipo de prestaciones según deriven de contingencias comunes o profesionales, mantenido y decidido por la Sentencia de 22 de abril de 1994 del T.S. constituido en Sala General⁵⁶², en base a dos principales argumentaciones:

--Que la determinación reglamentaria de los supuestos en los que el I.N.S.S. ha de proceder al abono directo de las prestaciones es tarea que incumbe, no a los Tribunales, sino al Gobierno que "... ha de ponderar los factores de todo tipo que aconsejen imponer a la Entidad Gestora de la Seguridad Social el anticipo de prestaciones...".

--Que la protección de situaciones en base al mandato del artículo 41 C.E. debe hacerse ponderadamente para no desnaturalizar el carácter contributivo del Régimen General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta las exigencias de financiación y las "...inevitables limitaciones protectoras de dicho régimen de previsión social..."⁵⁶³.

Dicha concepción, además, a nuestro entender, se ve reforzada por la solución jurisprudencial dada al tema del abono por la empresa de la prestación económica de I.T. derivada de contingencias comunes entre los días 4º a 15º,llevada a cabo por la

⁵⁶⁰ Pérez Alonso, M.A. La Incapacidad...óp. cit. pág. 85.

⁵⁶¹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia de 5 de marzo de 1991.- R. Aranzadi social 1987.

⁵⁶² R. Actualidad Laboral 1131/94. La argumentación jurisprudencial se mantiene en esos términos en Sentencias de la Sala de lo Social, entre otras, 14 de junio de 2000. Recurso 2358/1999; 23 de junio de 2003. Recurso 3079/2002; 11 de julio de 2006. Recurso 1978/2005; 10 de julio de 2007. Recurso 4168/2006; 22 de enero de 2009. Recurso 3858/2007.

⁵⁶³ Fundamento de Derecho Segundo.

Sentencia 37/94, del Pleno del Tribunal Constitucional ⁵⁶⁴ en cuanto afecta, en paralelo por consiguiente al tema objeto de estudio del anticipo de prestaciones, asimismo a "... un aspecto parcial de la protección de I.T., y no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a esta contingencia..."⁵⁶⁵.

No obstante, deben ser objeto de atención las razones expresadas en el Voto Particular a la referida Sentencia del T.S. de 22 de abril de 1994⁵⁶⁶, argumentando que no sería correcto interpretar de aplicación con carácter reglamentario los artículos 94 a 96 de la L.G.S.S/1966 pues la remisión de la Disposición Transitoria 2ª del Decreto 1643/1972 no venía referida al anticipo de prestaciones del artículo 17.2 de la ley 24/1972, sino al artículo 17.1--supuestos de fijación de responsabilidad--, para fundamentar la aplicación con carácter absoluto del principio de anticipo de las prestaciones. Sucintamente expresadas, estas razones son las siguientes:

- Negar la automaticidad en el pago de prestaciones supone admitir la existencia de distintos niveles de protección del sistema público de Seguridad Social.
- No existen motivos justificadores de una diferencia de trato.
- La capacidad de la Entidad Gestora de actuar, una vez subrogada en los derechos del beneficiario, para exigir el reintegro a la empresa responsable, es muy superior a la de aquél para la exigencia directa de la responsabilidad.
- La negación del anticipo de las prestaciones supondría transformar la responsabilidad pública en responsabilidad privada en una materia de Seguridad Social derivada del artículo 41 C.E.

Estos argumentos, a nuestro entender, no se ven desvirtuados con firmeza por las razones que avalan la solución contraria.

De todos modos, desaprovechada como hemos apuntado la posibilidad de solventar este tema mediante una adecuada redacción del actual artículo 167 T.R.L.G.S.S/2015, la

⁵⁶⁴ Ver Capítulo Quinto.

⁵⁶⁵ Fundamento de Derecho Cuarto.

⁵⁶⁶ Formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan A. Linares Lorente y al que se adhirieron los Excmos. Sres. D. Leonardo Bris Montes, D. Pablo Cachón Villar y D. Enrique Álvarez Cruz,

solución ha de pasar *lege ferenda*, por un desarrollo reglamentario de este artículo en el que se tienda, en virtud del tradicional principio de consideración conjunta de las prestaciones, a aplicar a todas las contingencias productoras de I.T. la automaticidad en el abono de las prestaciones. Establecer, pues, la responsabilidad subsidiaria de las Entidades Gestoras, sin perjuicio de la subrogación en las acciones de los trabajadores, evitando la real falta de protección de éstos en los supuestos de insolvencia empresarial, llegando al reconocimiento, al menos en esta materia⁵⁶⁷, de la responsabilidad pública como principio general que, con la regulación necesaria de los supuestos de derivación de la responsabilidad hacia el empresario incumplidor y subrogación en las acciones pertinentes de los trabajadores para exigirla, suponga la atención directa de las prestaciones por las Entidades Gestoras.

5.- Concurrencia de responsabilidades administrativa, civil y penal

Por medio de este epígrafe se realiza una referencia a la concurrencia de responsabilidades ex artículos 164 y 168.3 T.R.L.G.S.S./2015 desde la perspectiva de las prestaciones de I.T., en relación con los artículo 14, 15 y concordantes de la Ley de Prevención de riesgos laborales y los desarrollos reglamentarios de la misma, en cuanto establecen el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y la correlativa deuda de seguridad del empleador, que ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de aquéllos⁵⁶⁸.

Conforme al artículo 164 T.R.L.G.S.S./2015, las prestaciones económicas de I.T. con causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán de un 30 a un 50 por ciento cuando la lesión se produzca por “...equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones...”, añadiendo que se puede producir ese incremento además, “...cuando no se hayan observado las medidas generales o

⁵⁶⁷ Ordeig Fos, J.M. “Hacia un régimen...” óp. cit. pág. 36

⁵⁶⁸ Sin perjuicio de apuntar la generalización de los supuestos de responsabilidad solidaria en el Derecho laboral, que refieren Gutiérrez-Solar Calvo, B y Lahera Forteza, J. Compensaciones económicas derivadas de accidentes de trabajo. Problemática y reformas. Comares.Granada,2009_págs.39 y ss.

particulares de seguridad y salud en el trabajo o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador...". Este recargo es directamente impuesto sobre el empresario infractor como se estudiará⁵⁶⁹, no podrá ser objeto de aseguramiento, de forma que se declarará expresamente nulo de pleno derecho cualquier contrato realizado para cubrirla. Será determinado por la Dirección Provincial del I.N.S.S. competente previa tramitación de expediente administrativo sancionador iniciado por la Inspección de Trabajo, que formulará informe –propuesta según determina el artículo 27 del Reglamento de procedimiento sancionador en el orden social, siendo revisable la resolución dictada en vía jurisdiccional social. El sometimiento de la decisión a criterio judicial⁵⁷⁰ "...supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de la gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esa directriz legal...". Ese incremento de las prestaciones económicas de I.T. tiene un carácter sancionador para la empresa incumplidora de sus obligaciones preventivas y su destinatario-beneficiario es el trabajador que ha sufrido el accidente como consecuencia de las carencias en la vigilancia y atención de la protección, lo que conlleva que la empresa debe abonar a su cargo⁵⁷¹ su cuantía al trabajador durante todo el tiempo que permanezca en situación de baja por I.T.

Del establecimiento de la responsabilidad empresarial con carácter cuasi objetivo⁵⁷² se deriva que solamente en los casos de dolo o imprudencia temeraria del trabajador se excluiría aquélla para el empresario, en paralelo con lo establecido en el artículo 156.5 b) T.R.L.G.S.S/2015, si bien con respecto a esta última se viene adoptando un criterio más abierto a efectos de su consideración exoneradora para el empresario, entendiendo que no puede ser exigible una vigilancia empresarial continua en todas las labores desempeñadas por el trabajador, de forma que la formación y experiencia, la capacidad,

⁵⁶⁹ Capítulo Séptimo. 6.

⁵⁷⁰ Sentencia de 19 de enero de 1996. Recurso de Casación para Unificación de doctrina 536/95.

⁵⁷¹ El ingreso de la cantidad que corresponde debe efectuarlo el empresario a la Tesorería General de la Seguridad Social que, a su vez lo abonará al trabajador.

⁵⁷² Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 6 de mayo de 1998 (R.J. 4096/1998); 2 de octubre de 2000 (R.J.9673/2000); 14 de febrero de 2001 (R.J. 2521/2001)

cualificación profesional, categoría profesional y tareas encomendadas han de ser tenidas en cuenta a la hora de delimitar la responsabilidad empresarial⁵⁷³, lo que podría dar pie a plantear la valoración de las desobediencias del trabajador a las instrucciones recibidas como imprudencia temeraria⁵⁷⁴.

Una nueva consecuencia derivada igualmente del carácter sancionador del recargo es la interpretación restrictiva del objeto del mismo, o lo que es lo mismo, éste se impondrá sobre el subsidio económico de I.T. y no sobre los complementos convencionales de prestaciones de I.T., entendiéndose que la referencia a todas las prestaciones económicas que tengan su causa en el accidente de trabajo o en la enfermedad profesional lo es a las que tengan un origen legal, como así lo ha entendido la Sentencia del T.S. de 20 de marzo de 1997⁵⁷⁵ al afirmar que "...esta expresión no supone que este precepto incluya en su ámbito a dichas mejoras voluntarias sino que el mismo afecta a toda la prestación establecida por la ley para tales supuestos...".

El recargo de prestaciones es compatible con las sanciones administrativas que en su caso procedan por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, a tenor de los artículos 11 a 13 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el orden social⁵⁷⁶ así como con las responsabilidades civiles y penales que procedan, pues así explícitamente lo establece el número 3 del artículo 164 T.R.L.G.S.S/2015. Con respecto a estas responsabilidades, el punto y seguido del párrafo primero del número 3 del artículo 168 T.R.L.G.S.S/2015 determina que en los casos en los que la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, sin perjuicio del abono de las prestaciones de Seguridad Social, el trabajador (o sus derechohabientes) podrán exigir civil o criminalmente las

⁵⁷³ Sentencias del T.C. 296/1986, de 21 de enero y Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía(Sevilla) de 9 de octubre de 1992 (R. AS 6571) y 17 de junio de 1993 (R.AS 3103), citadas por Cardenal Barro, M y Hierro Hierro, F. J. El recargo de prestaciones. Criterios determinantes en la fijación del porcentaje aplicable. Ediciones Bomarzo.Albacete.2005.

⁵⁷⁴ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Aragón de 17 Feb. 2009, Recurso. 23/2009; de la Sala de lo Social del T.S.J de Cataluña, de 10 de diciembre de 2007, Recurso 879/2005, de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada), de 5 junio de 2008. Recurso. 105/2008

⁵⁷⁵ Recurso de Casación para Unificación de Doctrina 2730/96.

⁵⁷⁶ En relación con la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y la normativa específica de aplicación.

indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables. Tales indemnizaciones habrán de exigirse ante los órganos jurisdiccionales social, civil y penal respectivamente, ex artículos 1902 y 1903 C.c. y 19 C.P., que si bien no detallan el contenido y extensión de la responsabilidad, tienen una referencia utilizada por nuestros tribunales en el Real Decreto-legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, modificado por la Ley 35/2015. Esta norma contiene un Anexo definidor de un “Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”⁵⁷⁷.

A este respecto es preciso señalar que no existe un criterio uniforme entre las Salas de lo Social y de lo civil del T.S. así como de las Audiencias Provinciales, en primer lugar, sobre la propia competencia judicial, esto es, si han de ser los órganos judiciales civiles o lo sociales quienes han de decidir sobre las cuestiones planteadas en materia de exigencia de responsabilidad. Ciertamente es que la Sala Primera del T.S. en su Sentencia de 15 de enero de 2008⁵⁷⁸ fija la doctrina según la cual en virtud de lo establecido por el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social, pero al tiempo, abre una vía de intervención a los órganos judiciales civiles cuando el daño se deba a violación de normas distintas de aquéllas que regulan el contenido de la relación laboral o coexistan con las responsabilidades laborales pues en este caso los tribunales civiles atraen su competencia al conocimiento del conflicto.⁵⁷⁹ De este modo, tal y como se ha expresado⁵⁸⁰, la

⁵⁷⁷ Sus cuantías se venían revisando anualmente. La Ley 35/2015 modifica el Baremo. Buenaga Ceballos, O. “Seguridad Social y Responsabilidad civil. Algunas reflexiones en torno al artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social”. Actualidad Laboral nº 19.- 6-12 de mayo de 2002.

⁵⁷⁸ R.401. Actualidad Laboral nº 11 de 2008. Ponente Sra. Roca Trías.

⁵⁷⁹ Y para ello en el supuesto decidido por la Sentencia indicada de 15 de enero de 2008 el T.S. ha entendido suficiente razón la extensión de la demanda (esto es, el tratarse de codemandados) a personas que no tenían relación directa con el ilícito laboral (en este caso habían sido también demandados junto con las empresas contratista y subcontratista, “...otras personas que no tienen relación laboral con la víctima del accidente. Se trata del técnico de la obra...y la sociedad ALVIC. SA dueña de la obra...”. Fundamento Jurídico Sexto párrafo primero).

⁵⁸⁰ Iglesias Cabero, M. Actualidad Laboral nº 11/2008, 1ª quincena de junio. “Accidente de trabajo y delimitación jurisdiccional: “...pues basta con que la demanda vaya dirigida frente a los empresarios presuntamente responsables y frente a otras personas o entidades ajenas a la relación laboral para que la competencia fluya de

sentencia deja "...abierta una peligrosa brecha...por la que se vuelva a la posición de partida en el tema de la competencia judicial".

La delimitación de la competencia judicial tiene el trasfondo del planteamiento respecto de si en la fijación de las indemnizaciones civiles⁵⁸¹ han de tenerse en cuenta las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de Seguridad Social, al entender la naturaleza indemnizatoria de las mismas, siendo acumulables sus importes⁵⁸², como suele estimar la jurisdicción civil, o excluidas las cantidades prestacionales reconocidas, como lo hace la social, en base al razonamiento de la posible concurrencia de un enriquecimiento injusto por parte del beneficiario en el segundo caso. Lo que sí puede afirmarse es que la tesis mantenida por la Jurisprudencia sentada por la Sala de lo Social del T.S.,⁵⁸³ de que "...para la determinación de la indemnización de los daños y perjuicios de toda índole derivados de un accidente de trabajo deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social, en especial cuando se deba determinar el importe de la indemnización derivada de los perjuicios afectantes al ámbito profesional o laboral de accidentado..." comenzó a ser tenida en cuenta por la Sala de lo civil del T.S. para alcanzar en definitiva la reparación integral de un daño mediante el complemento indemnizatorio civil de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas, en una compatibilidad de acciones pero no de indemnizaciones⁵⁸⁴. De todas maneras, lo que sí parece razonable es tener en cuenta, en todo caso, el carácter homogéneo de los conceptos cuyas cantidades puedan compensarse⁵⁸⁵.

nuevo, en toda su magnitud, al orden civil de la jurisdicción, lo que sin duda resultará perturbador y creará una auténtica inseguridad jurídica... jurisdiccional".

⁵⁸¹ Gómez, F. "Sentencia del T.S. (Sala 1ª) de 5 de diciembre de 1995. Indemnización civil e indemnización laboral: un intento de reconstrucción". Revista de Derecho Privado. Diciembre 1996.

⁵⁸² Buenaga Ceballos, O. "Seguridad Social y..." óp. cit. Ver Nota 31 que recoge citas de Sentencias de la Sala 1ª del T.S.

⁵⁸³ Sentencia de las Salas de lo Social del T.S. de 17 de febrero de 1999. Y entre otras, Sentencias de 30 de setiembre de 1997. R. Actualidad Laboral 239/98; 2 de febrero de 1998; 10 de diciembre de 1998. R Actualidad Laboral 391/99.

⁵⁸⁴ Buenaga Ceballos, O.- "Seguridad Social y...", óp. cit., pág. 397 con cita de las Sentencias de la Sala Primera del T.S. de 18 de noviembre de 1998 y 21 de julio de 2000.

⁵⁸⁵ Sentencia del T.S. de 17 de julio de 2007: "...en tal supuesto (se refiere a la deducción en la valoración de una indemnización total, del cálculo del capital-coste como cantidad percibida a cuenta por los perjudicados) se actuaría- indebidamente- con dos parámetros absolutamente heterogéneos (el tarifado para determinar el monte íntegro de la indemnización, y el actuarial ordinario para calcular las deducciones), llegándose a una conclusión muy

La aprobación de la L.R.J.S. trata de poner solución al problema de competencia concentrando en el orden jurisdiccional social todas las reclamaciones derivadas de responsabilidad por la producción de accidentes de trabajo, de forma que tal y como expresa la Exposición de Motivos: “...Con esta fórmula se pretende que la jurisdicción social sea competente para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño sufrido por el trabajador en el marco laboral o en conexión directa con el mismo...”, con lo que el orden social se constituye “... en el garante del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, aun cuando no se hayan derivado daños concretos por tales incumplimientos...”; para lo cual expresa que “...Esta asignación de competencias se efectúa con carácter pleno. Por tanto, el artículo 2 b) de la norma determina la atribución a los juzgados y tribunales del orden social de las controversias surgidas en relación con las acciones que puedan ejercitar los trabajadores o sus causahabientes contra el empresario o contra aquéllos a quienes se les atribuya legal, convencional o contractualmente responsabilidad por los daños originados en el ámbito de prestación de servicios, o que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedades profesionales, incluyendo la acción directa contra la aseguradora y sin perjuicio de la acción de repetición que pudiera corresponder ante el orden competente.

Como consecuencia de ello, el artículo 25 de la Ley permite en su número 4, en relación con las reclamaciones sobre contingencias profesionales, la acumulación de todas las pretensiones de resarcimiento de daños y perjuicios derivados de un mismo hecho, incluso sobre mejoras voluntarias, que el trabajador perjudicado o sus causahabientes dirijan contra el empresario o contra terceros que deban responder a resultas del hecho causante, incluidas las entidades aseguradoras; y el artículo 142, dentro del procedimiento de reclamación de prestaciones de Seguridad Social, extiende a las

poco satisfactoria para el trabajador accidentado (de hecho, con tal anómalo cálculo el accidentado difícilmente alcanzaría a percibir indemnización adicional alguna); aparte de que con tal proceder se restaría de un concepto (indemnización por daño corporal y moral) el importe de otro de diferente naturaleza y plena compatibilidad (indemnización por lucro cesante). Porque-ello es claro- si las prestaciones de Seguridad Social son renta sustitutiva del salario, únicamente mantienen homogeneidad conceptual con una posible valoración de los estrictos daños laborales, en términos justificativos de que aquéllas se descuenten de estos últimos...”. Siguiendo esta línea argumental, se pronuncia la Sentencia 94/08 de 7 de febrero de 2008 dictada por el Juzgado de lo social nº 6 de Oviedo en Autos 115/2007.

entidades de aseguramiento de riesgos y mejoras voluntarias y de otras posibles responsabilidades del empresario o de terceros por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, las medidas cautelares y de embargo de bienes en caso de que aquél no aporte los documentos de aseguramiento y los datos de la entidad aseguradora.

De otra parte, la Disposición final quinta de la L.R.J.S. encomienda al Gobierno la elaboración de un sistema de valoración de daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, mediante un sistema específico de baremo de indemnizaciones actualizables anualmente, para la compensación objetiva de dichos daños, en tanto que no se acrediten daños superiores a los así obtenidos, para de esta manera disponer de un instrumento ad hoc de evaluación en el sentido del aplicado como referencia hasta ahora de los accidentes de tráfico.

De esta manera parece verse solventada por vía legislativa la discusión sobre la competencia jurisdiccional en esta materia, sin perjuicio de que los órganos de la jurisdicción civil puedan seguir entendiéndose competentes para conocer sobre demandas que se le presenten en desarrollo de la doctrina mantenida por la Sala Primera del T.S. en la precitada Sentencia de 15 de enero de 2008.

Con independencia de la consideración de las prestaciones económicas de Seguridad Social a efectos indemnizatorios, es necesario señalar finalmente que el párrafo segundo del número 3 del estudiado artículo 168 T.R.L.G.S.S./2015 reconoce expresamente el derecho del INGESA-INSALUD, Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, Mutuas colaboradoras y empresario que colabora en la gestión de la asistencia sanitaria, de reclamar el coste de las prestaciones sanitarias que hubieran satisfecho (en metálico o en especie)⁵⁸⁶ al tercero responsable, para lo cual se les concede expresamente la facultad de ejercitar una acción directa en el procedimiento civil o penal para hacer efectiva la indemnización, e incluso la de promoverlo, al ser considerados como terceros perjudicados.

⁵⁸⁶ No se incluyen los derivados de la atención al causante responsable, en su caso, que sea beneficiario de las prestaciones sanitarias del sistema de Seguridad Social. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Valenciana de 20 de noviembre de 2001. R. Actualidad Laboral 538/2002.

CAPITULO SEXTO

TRAMITACIÓN ADMINISTRATIVA Y PROCESO JUDICIAL EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL

1.- La declaración de incapacidad temporal

El reconocimiento de la situación protegida de IT que da lugar al derecho a percibir el subsidio económico que compensa la ausencia de ingresos del trabajador cuando éste reúne los requisitos exigidos para obtener la protección que el Régimen General de la Seguridad Social dispensa, se produce a partir de la emisión por parte del facultativo competente del parte médico de baja, trámite indispensable para la oficialización de la existencia de esa imposibilidad temporal del trabajador de prestación de sus servicios por cuenta ajena y que conlleva la necesidad de recibir asistencia sanitaria.

Los trámites que han de seguirse para el inicio, continuación y finalización de la situación de IT están recogidos actualmente en el R.D. 625/2014 (norma que deroga el Real Decreto 575/1997) y en la norma que procede a su desarrollo, la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio (B.O.E. 20-6)⁵⁸⁷, que aprueba los modelos de partes de

⁵⁸⁷ El R.D. 5757/1997 fue dictado en desarrollo de la Disposición Adicional Undécima del Real Decreto legislativo 1/1994, que aprueba el T.R.L.G.S.S./1994, capítulo IV, modificado por el R.D.1117/1998, de 5 de junio. El procedimiento de gestión y control que regulaba esta norma estaba pensado para la tramitación mediante partes en papel, aunque ya indicaba la posibilidad de la gestión informatizada en función de su aplicación en las Administraciones Públicas. Aunque la Ley 11/2007 y su desarrollo parcial a través del R.D.1671/2009 introducen el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, con relación a la Seguridad Social los artículos 29 y 30 de la Ley 50/1998 facultó al Ministerio de Trabajo para establecer los supuestos en los que las empresas deberían presentar en soporte informático los partes de baja y alta, así como la obligatoriedad de suministrar los datos de inscripción de empresas, afiliaciones, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores para mantener el derecho a aplicar bonificaciones y reducciones en la cotización. Con anterioridad, la Orden de 3 de abril de 1995 (B.O.E. 7-4), del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reguló la utilización de medios informáticos en la inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas, variaciones de datos de trabajadores, cotización y recaudación, que es conocido como "Sistema RED"--Remisión Electrónica de Documentos--. Esta Orden fue desarrollada por la Resolución de 23 de mayo de 1995 (B.O.E. 7-6), de la Tesorería General de la Seguridad Social. De otra parte, la Orden TAS 2926/2002, de 19 de noviembre (B.O.E 21-11) estableció los modelos para la notificación de accidentes de trabajo y su transmisión por procedimientos electrónicos, en lo que es conocido como "Sistema Delta". Y la Orden TAS 1/2007 reguló el modelo oficial de partes de enfermedades profesionales así como su transmisión por vía electrónica, "Sistema CEEPROSS"--Comunicación de Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social--. La Orden ESS/484/2015, de 26 de marzo (B.O.E 28-3) actualiza la regulación del Sistema Red, derogando la Orden de 1995.

baja, alta y confirmación de la I.T., sin perjuicio de lo regulado en el R.D 1430/2009⁵⁸⁸. Es de aplicación también en este ámbito la O.M. de 13 de octubre de 1967 (excepto los artículos 17, 20.3, .4 y 5, derogados por la Orden de 19 de junio de 1997), así como el R.D. 1430/2009, dictado en desarrollo de la Ley 40/2007, que atiende fundamentalmente a la regulación de la IT una vez cumplidos los 365 días de la duración ordinaria de esta contingencia.

Tal y como expresa su Exposición de Motivos, el Real Decreto 625/2014 fue aprobado para regular aspectos de la gestión y control de la I.T. puesto que las normas contenidas en el R.D. 575/1997 se habían visto muy afectadas por las diversas reformas legales posteriores, tales como las operadas por la propia redacción del artículo 128.1 a) T.R.L.G.S.S/1994⁵⁸⁹; las introducidas por la Ley 35/2010, y la previsión del artículo 78.Uno de la ley 13/1996 sobre la colaboración de las Mutuas de Accidentes con el sistema Nacional de Salud en la gestión de la I.T.; también se había procedido a la suscripción de Convenios de colaboración para el control de la I.T. entre el I.N.S.S. y las Comunidades Autónomas, en virtud de lo prevenido en la disposición adicional undécima del T.R.L.G.S.S/1994. De esta manera⁵⁹⁰, se buscaba a través de las nuevas tecnologías tanto el intercambio de los datos médicos para el control de la I.T. como el acceso por vía telemática de los inspectores médicos adscritos a las Entidades Gestoras a la documentación clínica que poseen los distintos servicios públicos de salud, para lo cual se reguló un procedimiento construido en función de la previsible duración de la situación de baja del trabajador. Así, el artículo 10 del R.D. 625/2014 contempla la

Por medio de la Ley 34/2014, se introduce un nuevo modelo de liquidación directa de cuotas, conocido como "SILTRA" que irá extendiendo su funcionamiento a la remisión de documentos (partes médicos de baja, alta y confirmación), en sustitución del Sistema RED.

⁵⁸⁸ La Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio (B.O.E. 20 -6) por la que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de I.T. en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, deroga expresamente las Ordenes de 6 de abril de 1983 y 19 de junio de 1997 así como la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero, sobre presentación en soporte informático de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta. Su entrada en vigor la fijó la Disposición final cuarta para el "...día primero del sexto mes natural siguiente al de su publicación en el <<Boletín Oficial del Estado>>...", esto es, el 1 de diciembre de 2015.

⁵⁸⁹ Actual 170 T.R.L.G.S.S/2015.

⁵⁹⁰ Que según expresa la indicada Exposición de Motivos: "...han facilitado la transmisión, por vía telemática, de los partes médicos de baja y alta y han coadyuvado a que la cooperación y coordinación necesaria en la gestión de la prestación de incapacidad temporal haya avanzado considerablemente, evitando molestar a un trabajador que tiene quebrantada su salud, y por tanto tiene justificada su ausencia al trabajo...".

cooperación y coordinación en la gestión de la I.T. entre el I.N.S.S, los Servicios Públicos de Salud, las Mutuas y el INGESA en su caso, instrumentándose institucionalmente a través de acuerdos con un posible desarrollo mediante convenio específico, con el objeto de utilizar en común la información relativa a los procesos de I.T. para la eficacia del seguimiento y control de la gestión de estas situaciones⁵⁹¹.

Para la aplicación de sus previsiones, el RD 625/2014 utiliza, entre otros datos, el denominado “código nacional de ocupación” (por ejemplo, en su art.2)⁵⁹². A tal efecto, su Exposición de Motivos quiere poner de relieve que al consignarse en los partes médicos el código nacional de ocupación de los trabajadores que se encuentren en situación de I.T., se posibilitará la comparación de datos a nivel nacional y se aprovechará la experiencia de los profesionales, con lo que se busca dotar a los médicos de atención primaria de un instrumento práctico⁵⁹³ a la hora de fijar la estimación teórica de la duración de la IT fundamentada no sólo en la patología del trabajador sino también su edad, su trabajo y el análisis por expertos de las cifras obtenidas⁵⁹⁴, lo cual, al mismo tiempo, hará que el médico de cabecera pueda realizar el

⁵⁹¹ Más gráficamente la Exposición de Motivos, en este caso de la Orden de desarrollo, Orden ESS/1187/2015 habla expresamente de que “se ahorren trámites burocráticos y se adapte la emisión de los partes a la duración estimada de cada proceso...”. Sin embargo, como se indicará respecto de las contingencias profesionales, se produce una duplicidad de las remisiones de partes médicos a través del sistema RED general y a través de los sistemas especiales DELTA Y CEPROSS a los que nos referiremos.

⁵⁹² El código nacional de ocupaciones conecta con la Clasificación Nacional de Ocupaciones regulada por RD 1591/2010, de 26 de noviembre, y gestionada por el Instituto Nacional de Estadística.

⁵⁹³ En ese sentido la Exposición de Motivos de la Orden de desarrollo precitada lo define como “...tablas de duración óptimas basadas en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador...”.

⁵⁹⁴ Podría pensarse que existe una contradicción con el principio que rige en materia de Incapacidad Permanente al hablar de “enfermos” y no “enfermedades”, al quedar excluida la revisión de la declaración de invalidez de la regulación de la casación para unificación de doctrina, con pronunciamientos expresos de los Tribunales sobre la carencia de interés casación a la determinación del grado de invalidez (Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 23 de junio de 2005. Recurso 3304//2005) al alejarse de pronunciamientos estandarizados (Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 27 de octubre de 2003. Recurso 2647/2002). En ese sentido, múltiples Sentencias de las Salas de lo Social de los TT.SS.JJ. A modo de ejemplo, las de Castilla-León (Burgos) de 10 de abril de 2014. Recurso 224/2014, y de Cantabria de 6 de junio de 2014. Recurso 252/2014. Pero el reconocimiento de la situación de Incapacidad Permanente es una cuestión técnico-jurídica que deviene tras un proceso administrativo en el que la decisión de la Dirección Provincial del I.N.S.S. viene precedida de un informe-propuesta emitido por el E.V.I. Desde la perspectiva de la I. T, es preciso tener en cuenta que la utilización de información comparativa para la obtención de unas tablas de duración óptimas de los procesos de I. T busca favorecer el trabajo de los facultativos a la hora de expedir los partes de baja, confirmación y alta, sin perjuicio de que sean éstos quienes los emitan tras los reconocimientos de

seguimiento al paciente sin condicionarlo como hasta entonces a que acudiera semanalmente para recoger el parte de confirmación expedido por aquél⁵⁹⁵. De otra parte, tanto el trabajador al recoger el parte de baja y en su caso de confirmación, como la empresa, al recibir la copia del mismo entregada por el trabajador, tienen información de la duración estimada del proceso de I.T., de forma que se reducen para el primero las visitas al médico para la recogida de los partes de confirmación, y la segunda puede programar el desarrollo de la actividad al conocer por cuánto tiempo se extenderá la ausencia del trabajador⁵⁹⁶.

En principio, por tanto, la idea base del nuevo procedimiento es disminuir la tramitación burocrática, con independencia de la gravedad de la patología de que se trate, pues parece lógico que sea el médico de familia que atiende al trabajador el que controle el proceso de su I.T.⁵⁹⁷, aunque también se ha señalado que, tras esa apariencia de facilitar los trámites, se esconde un mecanismo de control al facultativo al predeterminarse la fecha de duración de la I.T.⁵⁹⁸.

2.- Tramitación de las prestaciones

La emisión del parte de baja de IT, como se ha señalado, constituye el inicio de la tramitación del procedimiento de cobertura de esta contingencia protegida. El artículo 1 del R.D. 625/2014 determina que el ámbito de aplicación de este reglamento se extiende a los procesos de I.T., cualquiera que sea la contingencia determinante, durante los primeros 365 días. Pero en paralelo con este procedimiento común o general, existen en relación con las contingencias causantes de carácter profesional sendos procedimientos

los trabajadores puesto que la contingencia protegida de I. T como hemos analizado, requiere la imposibilidad transitoria para trabajar, su reconocimiento por los servicios médicos oficiales competentes y el cumplimiento de los requisitos necesarios para beneficiarse de la protección contemplada en el Régimen General de la Seguridad Social. Por tanto, su objetivo es facilitar la labor del médico, no el condicionarle, aunque al respecto, dicho sea, con todo respeto, la práctica profesional le hace dudar a uno...

⁵⁹⁵ “...Frente a un sistema anterior más estandarizado y con periodicidad reglada, el nuevo resulta más flexible y se ajusta mejor a las singularidades de cada trabajador y su patología...” López-Tamés Iglesias, R. Gestión y control de la Incapacidad Temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días. Bomarzo. Albacete. 2016. Págs. 33 y 34.

⁵⁹⁶ Id. pág..38.

⁵⁹⁷ Id. pág. 39.

⁵⁹⁸ Tortuero Plaza, J.L. “Las nuevas reglas de gestión y control de la incapacidad temporal: novedades y puntos críticos del R.D.625/2014”. Revista del Consejo General de Graduados Sociales, número 30. enero 2015.

específicos para la tramitación en los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, regidos por normas anteriores, que continúan vigentes, lo que provoca que se duplique la tramitación administrativa al tener que remitir el parte de baja a tenor del R.D. 625/2014⁵⁹⁹ y, además, tener que cumplir el protocolo derivado de la tramitación de los partes particulares de la contingencia profesional de que se trate⁶⁰⁰. Los procedimientos que se han de seguir en función de la contingencia causante de la <it son en definitiva los que se exponen a continuación.

2.1 Procedimiento de tramitación de los procesos de I.T derivados de contingencias comunes

Conforme el artículo 2.1 del R.D. 625/2014, la emisión del parte médico de baja es el acto administrativo que inicia las actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por I.T. Este parte es confeccionado con arreglo al modelo P9⁶⁰¹ aprobado por la Orden TAS/1187/2015, que permite su gestión informatizada; y en él figura un código identificativo del centro de salud emisor, según el párrafo segundo del número 5 del artículo 2 de la disposición, y será expedido por el médico del Servicio Público de Salud que haya efectuado el reconocimiento al trabajador afectado.

El parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la I.T. para el trabajo habitual (artículo 2.2 R.D. 625/2014), a cuyo efecto el médico requerirá a aquél los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo. Será expedido por duplicado (una copia para el interesado y otra para la empresa), y remitido por vía telemática al I.N.S.S de manera inmediata o en todo caso en el primer día hábil siguiente a su expedición, según el artículo 7 del R.D. 625/2014. El trabajador, a su vez, lo presentará a la empresa en el plazo de tres días contados a partir de su expedición, salvo que se produjese en el mismo la finalización del contrato, en cuyo caso la presentación se producirá ante la Mutua o el I.N.S.S según proceda (artículo 7.1 párrafo segundo de la misma norma). La

⁵⁹⁹ Sistema RED o SILTRA.

⁶⁰⁰ Sistemas DELTA para los accidentes de trabajo y CEEPROS para las enfermedades profesionales.

⁶⁰¹ Sustituyó al modelo conocido con el mismo indicativo, establecido por la O.M. de 18 de setiembre de 1998 y modificado por la Orden TAS 2926/2002, de 19 de noviembre, vigentes hasta el 1 de diciembre de 2015.

empresa, por su parte, remitirá al I.N.S.S en el plazo máximo de tres días hábiles el parte, cumplimentado con los datos que le correspondan, a través del sistema RED⁶⁰². El I.N.S.S. tramitará los partes que le correspondan, y reenviará (artículo 7.3 R.D. 625/2014) de manera inmediata, y en todo caso en el primer día hábil siguiente a su recepción, los partes destinados a las Mutuas, con arreglo a un modelo que permita su gestión informatizada (artículo 2.5 párrafo segundo del mismo Reglamento).

Los partes de baja se extenderán en función del período de duración que estime el médico que los emite (artículo 2.3 del R.D.625/2014 y 2.1 de la Orden ESS/1187/2015), a cuyo efecto se establecen cuatro tipos de procesos:

a) De duración estimada muy corta, inferior a 5 días naturales, para los cuales el facultativo emitirá en el mismo documento el parte de baja y alta, la cual podrá tener la misma fecha de la baja⁶⁰³ u otra dentro de los 3 días naturales siguientes. De esta manera, el parte cumple la doble función de inicio del proceso de IT (baja) y fin del mismo (alta), con lo que trabajador, Entidades Gestoras y empresa conocen la duración de la baja y las fechas de producción de efectos no solo de la baja sino también del alta. Pero ello sin perjuicio de que el trabajador pueda solicitar la revisión médica de su estado el día en que se ha fijado el alta y el médico emita parte de confirmación de la baja por entender que no ha recuperado la capacidad laboral, quedando sin efecto el alta prevista.

En este primer parte de confirmación, de extenderse por el facultativo, se indicará el diagnóstico, la nueva duración estimada y el tipo de proceso, así como la fecha de la siguiente revisión médica (artículo 3.2 párrafo segundo de la Orden ESS/1187/2015).

b) De duración estimada corta, comprendida entre 5 y 30 días naturales, en los que el facultativo extenderá el parte de baja y señalará, dentro de los 7 días naturales siguientes, la fecha para la revisión médica del proceso; momento en el que se extenderá el parte de alta o en su caso, el de confirmación de la baja. A partir de ese primer parte, los sucesivos partes de confirmación, de ser necesarios, se emitirán con una diferencia

⁶⁰² Remisión Electrónica de Datos, como sabemos o SILTRA en su caso.

⁶⁰³ El extender el mismo día el parte de baja y de alta parece responder a la situación clínica del trabajador que precisó acudir al médico, pero su situación no precisa la extensión de la duración de la baja. Estaríamos ante los casos de la “asistencia médica sin baja” por parte de las Mutuas colaboradoras para las contingencias profesionales.

no superior a 14 días naturales.

c) De duración estimada media, comprendida presumiblemente entre 31 días y 60 días naturales. Al igual que en el caso anterior, el facultativo extenderá el parte de baja y señalará fecha de revisión médica dentro de los 7 días naturales siguientes. En la fecha de la revisión, se extenderá el correspondiente parte de alta o en su caso, de confirmación de la baja que, sucesivamente se emitirán con una diferencia no superior a 28 días naturales entre sí. Para los procesos de duración superior a 30 días naturales (artículo 4) cuya gestión corresponda al Servicio Público de Salud, el segundo parte de confirmación de la baja irá acompañado de un informe médico complementario extendido por el facultativo que haya extendido el parte anterior, en el cual se recogerán las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas realizadas en su caso, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del operario. Dichos informes complementarios se actualizarán cada dos partes de confirmación posteriores.

d) De duración estimada larga, de 61 o más días naturales, en cuyo supuesto el facultativo del Servicio Público de Salud o de la Mutua emitirá el parte de baja en el que fijará la fecha prevista de revisión médica, que en ningún caso excederá en más de 14 días naturales desde la fecha de la baja, expidiendo entonces el parte de alta o el correspondiente de confirmación de la baja. En este caso, tras el primer parte de confirmación se emitirán los partes sucesivos que sean necesarios con una diferencia que no puede superar los 35 días naturales entre sí.

En los procesos de duración inferior a la inicialmente prevista y que sobrepasen el período estimado, se requerirá por parte del facultativo la emisión de un informe médico complementario, que deberá expedirse junto con el parte de confirmación que haya sido extendido una vez superados los 30 días naturales de baja. También para estos procesos (artículo 4.2 del R.D. 625/2014) trimestralmente, a contar desde la fecha de inicio de la baja, la inspección médica o el facultativo bajo la supervisión de ésta, expedirá un informe de control de la incapacidad en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad temporal del trabajador.

Según el artículo 4.4 R.D. 625/2014, siempre que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico, se emitirá un parte de confirmación que recogerá la duración estimada por el médico que lo emite, expidiéndose los siguientes partes de confirmación en función de la nueva duración estimada. Por supuesto, con independencia de la duración estimada del proceso, el facultativo expedirá el alta médica por curación o mejoría que permite realizar el trabajo habitual, cuando considere que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral, o por propuesta de incapacidad permanente o por inicio de una situación de maternidad, de acuerdo con el artículo 4.2 párrafo segundo de la Orden ESS/1187/2015.

Los artículos 8 y 9 del R.D. 625/2014 regulan el seguimiento y control de las situaciones de I.T., incluyendo los requerimientos a trabajadores para pasar reconocimientos médicos, tanto por parte de los inspectores médicos de las Entidades Gestoras como de las Mutuas cuando tengan competencia por tratarse de contingencias comunes cuya gestión le corresponde, estableciendo un procedimiento para la citación a reconocimiento médico que incluye la descripción detallada de un proceso en el que, al poder finalizar con la extinción de la prestación económica del trabajador en caso de incomparecencia, se garantice al trabajador el conocimiento de las medidas de control y las consecuencias de su incumplimiento⁶⁰⁴. De este modo, la citación a reconocimiento deberá producirse con una antelación mínima de cuatro días hábiles, y en la misma se le informará de que, de no acudir, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica⁶⁰⁵, debiendo justificar el trabajador en el plazo de 10 días hábiles siguientes la causa de la inasistencia. De no hacerlo así, se procederá a la extinción del subsidio, con efectos desde el día en que se hubiera acordado la suspensión; si el trabajador justificara antes de la fecha del reconocimiento, o en el mismo día, las razones que le impidieron comparecer, podrá fijarse una fecha posterior para su realización. Y si justifica su incomparecencia dentro de los precitados 10 días hábiles, el I.N.S.S o la Mutua, en su caso, dictarán Resolución o Acuerdo, respectivamente, dejando sin efecto

⁶⁰⁴ Hemos estudiado los supuestos de suspensión y extinción de la prestación por estos motivos al analizar la duración de la I. T.

⁶⁰⁵ Aunque ni el R.D. 625/2015 ni la Orden ESS/1187/2015 no se refieren a la forma de llevar a cabo la citación, lo que propicia en la práctica las citas mediante llamada telefónica, compartimos el criterio de López-Tamés Iglesias, R. de que las notificaciones ha de efectuarse “por los conductos adecuados para ello. Por ejemplo, el correo certificado con acuse de recibo, los telegramas o los burofaxes...” Gestión y control de la Incapacidad Temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días. Bomarzo. Albacete. 2016. pág. 102

la suspensión cautelar y reanudando el pago del subsidio.

El médico del Servicio Público de Salud, cuando expida el último parte médico de confirmación antes del agotamiento del plazo de 365 días naturales, dejará de emitir partes a partir de entonces y comunicará al interesado, en el acto del reconocimiento médico, que, agotado el plazo referido, el control del proceso de I.T. pasa a ser competencia del I.N.S.S., de acuerdo con lo prevenido en el artículo 170.2 del T.R.L.G.S.S/2015. Naturalmente, sin perjuicio de que se le siga prestando asistencia sanitaria.

El proceso de I.T. finaliza, de acuerdo con el artículo 5.1 R.D. 625/2014, con la emisión de parte médico de alta, tras el reconocimiento médico del trabajador por el correspondiente facultativo del Servicio Público de Salud, que deberá contener la causa del alta médica, el código de diagnóstico definitivo y la fecha de la baja inicial. El alta extingue el proceso de I.T. del trabajador con efectos del día siguientes al de su emisión (párrafo tercero del número 1 del ante citado artículo 5), sin perjuicio de que el Servicio Público de Salud siga prestando, en su caso, la asistencia sanitaria que se considere conveniente al trabajador; dicha alta se comunicará a las Mutuas en caso de trabajadores protegidos por las mismas, en la misma forma y plazos que prevé el artículo 2.5 para las bajas.

El facultativo que expida el parte de alta, de acuerdo con el artículo 7.1, y en paralelo con los partes de baja médica y confirmación, entregará al trabajador dos copias del mismo, una para él y otra con destino a la empresa. En el plazo de 24 horas, el trabajador entregará a la empresa la copia a ella destinada, debiendo ésta remitir al I.N.S.S en el plazo máximo de 3 días hábiles el parte cumplimentado con los datos que a ella le correspondan, a través del sistema RED o SILTRA en su caso. El párrafo segundo del número 2 de este artículo recuerda que el incumplimiento de esta obligación podrá constituir una infracción tipificada en el artículo 21.6 de la L.I.S.O.S. El Servicio Público de Salud remitirá el parte del alta al I.N.S.S por vía telemática de manera inmediata, y en todo caso en el primer día hábil siguiente a su expedición.

El alta médica podrá ser extendida también por los inspectores médicos del Servicio Público de Salud o del I.N.S.S. tras el reconocimiento médico del trabajador afectado

(párrafo segundo del n° 1 del artículo 5 R.D. 625/2014). De otra parte, en los procesos de I.T. derivados de contingencias comunes cuya gestión corresponda a una Mutua, el artículo 6 de la norma estudiada contempla la facultad de los servicios médicos de ésta, “a la vista de los partes médicos de baja o de confirmación de la baja, de los informes complementarios o de las actuaciones de control y seguimiento que desarrolle...”, de formular propuestas motivadas de alta médica dirigidas a las unidades de inspección médica del Servicio Público de Salud, por entender que un trabajador puede no estar impedido para el trabajo, acompañándolas de los informes y pruebas que en su caso se hubiesen realizado, lo que igualmente se comunicará al trabajador para su conocimiento. La Inspección Médica habrá de pronunciarse, esto es, o bien confirmar la baja o bien admitir la propuesta, emitiendo entonces el correspondiente parte de alta médica, en el plazo de los 5 días siguientes. Cuando la propuesta no fuese resuelta y notificada en el plazo precitado, la Mutua podrá solicitar el alta al I.N.S.S., que habrá de resolver en el plazo de los 4 días siguientes a la recepción de aquélla.

2.2 Procedimiento de tramitación en los supuestos de accidente de trabajo

Como indicamos anteriormente, en la tramitación de partes de accidente de trabajo existe un procedimiento específico regulado en los artículos 20 a 22 de la O.M. de 13 de octubre de 1967, que permanecen vigentes, así como la obligatoriedad de su remisión por vía telemática⁶⁰⁶ de acuerdo con la vigente Orden ESS/484/2015 y según los modelos unificados por la Orden ESS/1187/2015. Conforme al mismo, la empresa, tratándose de un accidente laboral, debe extender el "parte de asistencia sanitaria por accidente de trabajo" (artículo 20 de la O.M. de 13 de octubre de 1967) por triplicado ejemplar: uno como comprobante para el trabajador accidentado, y los otros dos, que éste deberá presentar, para el facultativo o el centro sanitario que haya de prestarle la asistencia. Uno de ellos servirá para justificar la prestación de la misma, y en su caso, para la percepción de los correspondientes honorarios; el otro ejemplar acompañará al cargo que deba formularse a la Entidad Gestora o Mutua colaboradora de la Seguridad Social, en el que se comprenderá la totalidad de los gastos suplidos por asistencia sanitaria. Si por la urgencia del caso (artículo 20.2 párrafo segundo) no pudiera cumplimentarse dicho parte por la empresa, ésta lo hará llegar posteriormente con

⁶⁰⁶ Impuesta por la Orden TAS 2926/2002.

carácter inmediato y por duplicado a poder del facultativo o centro que haya atendido al accidentado, y conservará el tercer ejemplar como comprobante.

En el plazo máximo de cinco días hábiles desde la fecha del accidente que produjo la baja médica, la empresa cumplimentará el "Parte de Accidente de trabajo", y la remisión de los mismos se producirá a través del precitado Programa Delt@, siempre que haya motivado la ausencia del accidentado del lugar de trabajo al menos un día (salvedad hecha del día en que ocurrió el accidente), previa baja médica⁶⁰⁷. Este parte, original y cuatro copias, lo remitirá la empresa a la aseguradora de los riesgos profesionales que, a su vez, devolverá uno al trabajador y otro a la empresa, y dentro del plazo de diez días hábiles desde la recepción presentará ante la Dirección Provincial de Trabajo otras dos copias, una para la Dirección General de Informática y Estadística y otra para la autoridad laboral, que dará traslado de la misma a la Inspección de Trabajo.

Tras la recepción de los partes, la Mutua colaboradora con la Seguridad Social resolverá por escrito reconociendo el derecho a la prestación económica, pudiendo igualmente por escrito, y motivadamente, denegarlo o suspenderlo (artículo 87.2 R.D.1993/1995). Es decir, en este caso y a diferencia de la automaticidad del reconocimiento del derecho a las prestaciones por I.T. derivadas de contingencias comunes, con la expedición del parte de baja por el facultativo del Servicio Público de Salud, en los casos de contingencias profesionales, es la Mutua colaboradora la que reconoce o deniega el derecho a las prestaciones económicas tras la presentación del correspondiente parte de accidente por la empresa, que actúa como solicitud motivada, y la expedición por el facultativo del parte de baja médica, comunicándoselo a la empresa y al beneficiario.

A su vez, los partes médicos de alta y baja por accidentes de trabajo e expedirán por cuadruplicado ejemplar⁶⁰⁸ por el facultativo correspondiente, y deberán precisar necesariamente, en el ejemplar original destinado a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano equivalente del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma competente, el diagnóstico, la descripción de la limitación en la capacidad funcional que motiva la I.T. y la duración probable del proceso; de los restantes

⁶⁰⁷ La transmisión de la baja debe realizarse igualmente a través del sistema RED al I.N.S.S., produciéndose por tanto una duplicación de la comunicación.

⁶⁰⁸ Modelo P/9 de la Orden ESS/1187/2015 a partir del 1 de diciembre de 2015 P 9/11 anterior

ejemplares, uno será para el Servicio Público de Salud competente de la Comunidad Autónoma, conteniendo los mismos datos remitidos a la Inspección, y los otros dos para su presentación en la empresa, la cual cumplimentará los apartados pertinentes que a ella y al trabajador conciernen y remitirá la copia, sellada y firmada, en el plazo de cinco días al I.N.S.S., utilizando (dice el número 2 del artículo 6 de la O.M. de 19 de junio de 1997) “...cualquiera medio que permita dejar constancia del hecho de la comunicación...”. El Servicio Público de Salud correspondiente, de otra parte, remitirá a la entidad gestora la copia a ella destinada, también en el plazo de cinco días a partir de la expedición del parte de baja, en la que igualmente deberán constar los datos reseñados en el ejemplar original.

Los partes médicos de confirmación de la baja por accidente de trabajo⁶⁰⁹ se expedirán a los siete días, por cuadruplicado ejemplar. El original del parte, en el que deberán constar necesariamente el diagnóstico y la descripción de la limitación en la capacidad funcional que motiva la I.T., la fecha de expedición, la continuación en esa situación y la duración probable del proceso patológico, irá destinado a la Inspección de Servicios Sanitarios u órgano correspondiente del respectivo Servicio de Salud. Al trabajador se le entregarán dos ejemplares, debiendo proceder del mismo modo que con el parte de baja, esto es, conservar una copia y entregar otra a la empresa, dentro de los tres días siguientes. La empresa, por su parte, procederá de la misma manera con el ejemplar correspondiente, y respetando los mismos plazos que para el parte de baja (artículo 7.2). El Servicio Público de Salud deberá remitir a la Entidad Gestora, en el plazo de cinco días, el ejemplar a ella destinado en el que, al igual que con el parte de baja, deberá contener el diagnóstico, y la descripción de la limitación de la capacidad funcional que motiva, en la fecha de la emisión del parte de confirmación, la continuación en la situación de I.T.

El parte de alta, que pone fin al proceso de I.T., se extenderá en el modelo P 9/⁶¹⁰, en los mismos términos y con idénticos requisitos que para el alta por contingencias comunes recoge el artículo 3 de la Orden ESS/1187/2015, debiendo presentar el trabajador la copia destinada a la empresa dentro de las veinticuatro horas siguientes a su expedición.

⁶⁰⁹ Modelo actual P.9/1. El anterior P 9/5 estuvo vigente hasta 1 de diciembre de 2015. Ver nota anterior.

⁶¹⁰ Anterior P 9/11 hasta el 30 de noviembre de 2015.

Igualmente, y en paralelo con lo referido para los partes de baja y confirmación, se remitirá el parte de alta a través de vía telemática al I.N.S.S., en todo caso, en el primer día hábil siguiente a su expedición (artículo 9 de la precitada Orden).

Las empresas, además, y con independencia de los anteriores deberes, tienen la obligación de cumplimentar mensualmente las relaciones de accidentes de trabajo sin baja médica (artículo 3.b), en los cinco primeros días hábiles del mes siguiente al que se refieren los datos mediante los modelos y con la tramitación que establece la Orden TAS 2926/2002, a través del Sistema Delt@ de remisión por vía electrónica; la Entidad gestora, a su vez, deberá remitir mensualmente (artículo 3.c) la relación de altas o fallecimientos de accidentados a la Dirección General de Informática antes del día 10 del mes siguiente al de referencia de los datos.

Según el artículo 6 de la O.M. de 16 de diciembre de 1987, con respecto a aquellos accidentes ocurridos en el centro de trabajo o por desplazamiento en jornada de trabajo que provoquen el fallecimiento del trabajador, que sean considerados como graves o muy graves, o en los que el accidente haya afectado a más de 4 trabajadores, pertenezcan o no en su totalidad a la plantilla de la empresa, el empresario, además de cumplimentar el correspondiente parte de accidente de trabajo, notificará este hecho por telegrama u otro medio de comunicación análogo a la autoridad laboral de la provincia donde haya ocurrido el accidente en el plazo máximo de veinticuatro horas. En la comunicación deberá constar la razón social, domicilio y teléfono de la empresa, nombre del accidentado y dirección completa del lugar donde ocurrió el accidente, así como una breve descripción del mismo. Recibida ésta, la autoridad laboral dará traslado de la comunicación a la correspondiente Unidad Provincial de la Inspección de Trabajo a fin de que preceptivamente se practique la consiguiente información en la empresa sobre la forma en que ha ocurrido el accidente, causas del mismo y circunstancias que en él concurran.

2.3 Tramitación en los supuestos de enfermedad profesional

Por lo que a la enfermedad profesional se refiere, el modelo oficial de "Parte de

Enfermedad Profesional" actualmente en vigor⁶¹¹ se contiene en la Orden TAS 1/2007, que, además, dicta normas para su transmisión por vía electrónica creando el correspondiente fichero de datos personales. Por esta Orden, que constituye el desarrollo del R.D. 1299/2006, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, se concreta el establecimiento de la aplicación informática denominada CEPROSS (Comunicación de enfermedades profesionales de la Seguridad Social)⁶¹², de forma que el "Parte de enfermedad profesional" se elaborará y transmitirá totalmente por medios electrónicos, sin perjuicio de su posible impresión en soporte papel, como determina su artículo 2, en los casos "...en que se considere necesario, y concretamente cuando lo soliciten el trabajador y el empresario, este último con las limitaciones que procedan..."⁶¹³.

Es la Entidad Gestora, o la Mutua colaboradora de la Seguridad Social que asuma la protección de las contingencias profesionales en su caso, la obligada a elaborar y tramitar el parte de enfermedad profesional, sin perjuicio del deber de las empresas de facilitar la información que les sea requerida por aquéllas. Así, los servicios médicos de empresa colaboradores en la gestión de las contingencias profesionales deberán dar traslado en el plazo de tres días hábiles a la Entidad Gestora o Mutua correspondiente del diagnóstico de las enfermedades profesionales de sus trabajadores. En el mismo han de constar no solamente los datos de la empresa y trabajador sino también la indicación de las empresas con riesgo profesional y actividad de las mismas donde el trabajador hubiere prestado sus servicios con anterioridad, trabajo que realizaba al producirse el diagnóstico de la enfermedad profesional y trabajos realizados anteriormente, salario que percibía y determinación de los trabajos que se consideren causantes de la enfermedad profesional, clase y datos médicos asistenciales de la misma.

En el artículo 6 de la Orden TAS 1/2007 se fija el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha del diagnóstico de la enfermedad profesional para la comunicación inicial del

⁶¹¹ Desde el 1 de enero de 2007. Sustituye al utilizado hasta 31 de diciembre de 2006 que fue aprobado por Resolución de 6 de marzo de 1973 (B.O.E. de 22-3), y el procedimiento para su tramitación era el mismo que el que establecen las OO.MM de 13 de octubre de 1967 y 6 de abril de 1983 para los accidentes de trabajo.

⁶¹² De cuya administración es responsable la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social

⁶¹³ Al mismo tiempo deberá cursarse el parte P.9 a través del sistema RED o SILTRA en su caso, al igual que sucede con los accidentes de trabajo.

parte, si bien la empresa deberá transmitir en el de cinco días hábiles siguientes a aquélla los datos expresados en la Orden, así como la información que le sea solicitada por la Mutua o Entidad Gestora para completar el parte, y de cinco días hábiles siguientes para la comunicación de la finalización del proceso.

3.- El agotamiento de la vía administrativa previa

A tenor de la letra o) del artículo 2 de la Ley 36/2011⁶¹⁴, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social (en adelante L.R.J.S.), los órganos de la jurisdicción social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, extendiéndose a las prestaciones de Seguridad Social, así como a la imputación de responsabilidades a empresarios o terceros respecto de aquéllas en los casos legalmente establecidos. Por consiguiente, no existe duda alguna acerca de la competencia de los órganos judiciales del orden social para entender de los casos que puedan plantearse con relación a las prestaciones derivadas de la contingencia de I.T., y también, en su caso, en relación con los complementos de tales prestaciones.

Partiendo de esa competencia, antes de iniciar la vía jurisdiccional es preciso, como en todos los procedimientos administrativos, agotar la vía administrativa previa, que en este caso nos obliga no sólo a referirnos a los artículos 71 y concordantes sino también a los aspectos del procedimiento de prestaciones de Seguridad Social desarrollado en los artículos 140 a 147 de la L.R.J.S.⁶¹⁵, con especial incidencia en la contingencia de I.T. A su tenor es preciso distinguir entre el procedimiento especial de alta, aplicable al caso de que ésta sea emitida por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social antes del transcurso del plazo máximo de duración de la I.T. de 365 días, el procedimiento de disconformidad del trabajador ante su alta médica transcurrido el plazo máximo de duración ordinaria de la I.T. de 365 días meses cuya competencia es exclusiva del

⁶¹⁴ Esta Ley que entró en vigor el 11 de diciembre de 2011--Disposición final séptima-- deroga el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral--en adelante L.P.L.--De acuerdo con el tenor literal del artículo 2 de la misma, los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de los litigios que se planteen en materia de Seguridad Social--b)--así como de los surgidos en aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social “...siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o Convenio Colectivo...”--c)--.

⁶¹⁵ Anteriores 139 a 145 bis de la Ley de Procedimiento Laboral.

I.N.S.S., y, finalmente, la formulación de reclamación previa cuando se trate de supuestos de prestaciones, en este caso de prestaciones económicas de I. T o de impugnación de altas médicas cuando proceda.

3.1. Procedimiento especial de revisión del alta

Sobre la base de que la cobertura de las contingencias profesionales se ha realizado con una Mutua colaboradora con la Seguridad Social⁶¹⁶, la emisión del parte de alta por ésta, antes del cumplimiento de la duración máxima de 365 días, ha de darse con carácter ordinario, bien por curación del trabajador o bien, en todo caso, por mejoría que permita trabajar⁶¹⁷. Frente al alta médica, el interesado podrá iniciar el procedimiento administrativo especial de revisión de dicha alta de acuerdo con lo prevenido en el artículo 4 del R.D. 1430/2009, ante la Entidad Gestora, I.N.S.S. o Instituto Social de la Marina, en su caso. Para ello, en el plazo de 10 días hábiles siguientes a la notificación del alta médica presentará la solicitud mediante el impreso disponible en la página web⁶¹⁸ de la entidad, acompañando el historial médico previo relacionado con el proceso de I.T. o en su caso copia de la solicitud de dicho historial a la entidad colaboradora. Igualmente comunicará el interesado el inicio del procedimiento a la empresa el mismo día de la solicitud o en el siguiente día hábil. El inicio de este expediente, cuya tramitación ha de considerarse preferente por la Entidad Gestora con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible, suspende los efectos del alta médica emitida, entendiéndose prorrogada la situación de I.T. derivada de contingencia profesional, y manteniéndose el abono de la prestación, sin perjuicio de que posteriormente pueda considerarse indebidamente percibida.

⁶¹⁶ Aunque pueden mantener el concierto con el I.N.S.S. para la cobertura de contingencias profesionales las empresas que así lo tuvieron antes de 1998.

⁶¹⁷ En caso contrario, por formulación de propuesta de incapacidad. Ciertamente, también de acuerdo con el artículo 175.1 a) y 2 T.R.L.G.S.S./2015 podría darse un alta por actuación fraudulenta del trabajador para la obtención o conservación de la prestación, por prestación de servicios por cuenta propia o ajena y por abandono o rechazo del tratamiento indicado. E igualmente, conforme el número 3 de ese mismo artículo, la incomparecencia del beneficiario a las convocatorias realizadas por la Mutua con el fin de comprobar su estado, dará lugar a la suspensión cautelar, dando inicio a un procedimiento administrativo con el fin de dilucidar si ha existido una causa razonable para la ausencia, a lo que después nos referiremos.

⁶¹⁸ www.seg-social.es

El I.N.S.S., o en su caso el Instituto Social de la Marina, comunicará a la Mutua colaboradora el inicio del procedimiento especial de revisión para que aporte los antecedentes relacionados con el proceso de I.T. en el plazo improrrogable de 4 días hábiles, y a la empresa en el de 2 días hábiles. A su vez, cuando el interesado solicite una baja médica derivada de contingencias comunes y se reconociera la existencia de un proceso previo de I.T. derivado de contingencia profesional en el que se hubiera emitido un alta médica, el Servicio de Salud deberá informar al interesado sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento especial de revisión en el plazo de los 10 días hábiles siguientes al de notificación del alta médica, comunicando además a la Entidad Gestora competente con carácter inmediato, la existencia de dos procesos distintos de I.T. que pudieran estar relacionados. En estos casos se iniciará el abono de la prestación de I.T. por contingencias comunes hasta la resolución del procedimiento, sin perjuicio del reintegro por parte de la Mutua a la Entidad Gestora en el caso de que el alta expedida por ella no produzca efecto, y con el abono al interesado de la diferencia a su favor. La Mutua podrá pronunciarse reconociendo la improcedencia del alta emitida, en cuyo caso se producirá el archivo del expediente; en otro caso, el Director Provincial competente dictará la resolución que corresponda, previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades (E.V.I.), en el plazo máximo de 15 días hábiles desde la aportación de la documentación por parte de la entidad colaboradora, y contendrá, según el número 7 del artículo 4 del R.D.1430/2009, alguno de los siguientes pronunciamientos:

--Confirmación del alta médica, emitida por la Mutua colaboradora y declaración de la extinción del proceso de I.T. En este supuesto, el trabajador deberá reintegrar las prestaciones percibidas durante el procedimiento especial de revisión del alta⁶¹⁹.

--Mantenimiento de la situación de I.T. derivada de contingencia profesional, por

⁶¹⁹ A diferencia de lo que sucede en la disconformidad con el alta, en cuyo caso se considera prorrogada la situación de I.T. aunque se desestime la impugnación. Según López-Tamés Iglesias, R. *Gestión y control de la Incapacidad Temporal...* óp. cit. pág. 68, este “castigo” al trabajador que no obtiene la anulación del alta emitida por la Mutua es desproporcionado y no tiene base legal suficiente pues como afirma, “...la disposición adicional decimonovena de la Ley 40/2007 sólo habilitaba para regular el procedimiento administrativo, pero este procedimiento, el que así se dispuso, no puede sancionar por su utilización sin éxito, lo que exigiría una ley...”. El actual artículo 170.4 T.R.L.G.S.S./2015 se refiere solamente al desarrollo reglamentario del procedimiento administrativa de revisión de las altas expedidas por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, pero sin referencia expresa al reintegro de la cuantía percibida durante el tiempo a que se extiende la revisión.

considerar que el trabajador continúa con dolencias que le impiden trabajar.

--Determinación de la contingencia común o profesional de la que derive la I.T., cuando coincidan procesos intercurrentes en el mismo período de tiempo, y por tanto existan distintas bajas médicas, fijando igualmente los efectos que correspondan en el proceso de I.T. como consecuencia de la determinación de la contingencia causante.

--Declaración sin efectos del alta médica por considerarla prematura, cuando el interesado hubiera recuperado la capacidad laboral durante la tramitación del procedimiento, determinando la Resolución la nueva fecha de efectos del alta médica y la consiguiente extinción del proceso de I.T.

De acuerdo con el número 12 del artículo 4 de este R.D.1430/2009, la Resolución del expediente de revisión de las altas médicas expedidas por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tendrá los efectos atribuidos a la Resolución de una Reclamación Previa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71.6 párrafo segundo de la L.R.J.S., de forma que es directamente impugnabile ante los Juzgado de lo Social en el plazo de 20 días hábiles.

3.2. La manifestación de disconformidad con el alta

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 170.2 párrafo segundo TR.L.G.S.S/2015, el trabajador, ante el agotamiento del plazo de duración de la I.T. de 365 días y la estimación de la Dirección Provincial del I.N.S.S., a instancias del E.V.I. competente, de la recuperación de su capacidad laboral mediante Resolución expresa, puede manifestar su disconformidad con ella ante el servicio de Inspección del Servicio de Salud competente de la Comunidad Autónoma de que se trate, en el plazo máximo de cuatro días naturales⁶²⁰. La Inspección podrá discrepar con el alta formulada o confirmarla expresa o tácitamente, de forma que ésta no producirá plenos efectos hasta transcurridos once días naturales siguientes a la emisión de la misma, con lo que se da una situación de prórroga tácita de la I.T. a cargo, económicamente hablando, de la

⁶²⁰ La brevedad del plazo, ya que se trata de días naturales y la experiencia práctica que muestra que los partes de alta se emiten los viernes con efectos del sábado con lo que se inutilizan dos días, muestran la escasa importancia que el legislador concede a estas disconformidades y la indefensión que provocan al trabajador. En este sentido, López Insúa, B. del Mar. El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Comares. Granada.2016. pág. 120.

Entidad Gestora. En este caso, a diferencia del procedimiento de revisión de alta emitida por Mutua colaboradora, la confirmación del alta por la Inspección del Servicio Público de Salud no dará lugar al reintegro de la prestación percibida durante esta prórroga de once días naturales. Es preciso destacar que la jurisprudencia del T.S. ha matizado que procede abonar el subsidio hasta el momento de la notificación de la Resolución administrativa, sin que pueda perjudicarle la demora en la comunicación de la misma⁶²¹.

El desarrollo reglamentario llevado a cabo por el R.D 1430/2009 disipa las dudas que pudieran haber surgido con el texto de los antiguos artículo 131 bis T.R.L.G.S.S/1994 y 71 L.P.L., y puede entenderse en consecuencia que este trámite de manifestación de disconformidad vendría a sustituir a la preceptiva Reclamación Previa como agotamiento de la vía administrativa antes de iniciar la vía judicial correspondiente; siquiera sea *sensu contrario*, por remitir a la Entidad Gestora I.N.S.S las reclamaciones formuladas por los interesados ante altas emitidas por las Mutuas colaboradoras de la Seguridad social. Así, atribuye a la Resolución dictada por aquélla el valor de la resolución de una Reclamación Previa⁶²², estableciendo la norma reglamentaria el carácter preceptivo del informe previo del E.V.I. Naturalmente, la Resolución dictada por la Entidad Gestora en un procedimiento competencia *ab initio* de ella (y no de una Mutua) es susceptible de Reclamación Previa ante ella misma para agotar la vía administrativa.

Con todo, con la aprobación de la L.R.J.S. se eximen de Reclamación Previa (artículos 71 y 140) los procesos, que introduce precisamente esa Ley, de impugnación de altas médicas emitidas por las Entidades Gestoras competentes, siempre y cuando se trate de altas al agotarse el plazo de duración de 365 días de la prestación económica de I.T., puesto que la competencia para su emisión es exclusiva de tales Entidades ex artículo 170.2 T.R.L.G.S.S/2015. Pero solamente en estos casos, y no, por consiguiente, en las situaciones de altas producidas antes del cumplimiento del precitado plazo, que precisarán Reclamación Previa, excepto, a su vez, en la hipótesis ya estudiada de supuestos de contingencias profesionales competencia de Mutua colaboradora que hayan sido objeto de impugnación mediante el procedimiento especial de revisión de

⁶²¹ Sentencias del T.S. de 18 de enero de 2012. Recurso 715/2011, y de 2 de diciembre de 2014. Recurso 573/2014.

⁶²² Artículo 8 nº 12 del R.D. 1430/2009.

alta, en cuyo caso la Resolución de la Entidad Gestora es directamente recurrible ante la jurisdicción social por concederle los efectos resolutorios de una Reclamación Previa.

3.3. La reclamación previa

De acuerdo con lo establecido en el artículo 71 de la L.R.J.S.⁶²³, deben distinguirse dos supuestos diferentes para las reclamaciones previas en materia de Seguridad Social: las que tienen por objeto las prestaciones en general (su denegación o discusión sobre su cuantía) y las impugnaciones de altas médicas. La regulación de estas últimas es introducida por vez primera por la vigente L.R.J.S.⁶²⁴ De esta manera, con arreglo al primero de los supuestos --prestaciones en general-- para formular demanda ante los Juzgados de lo Social será necesario interponer Reclamación Previa ante la Entidad Gestora o frente al órgano competente que hubiera dictado la resolución expresa de la

⁶²³ Con anterioridad a la L.R.J.S., y a tenor de los artículos 69 y siguientes de la L.P.L., procedía la formulación de Reclamación Previa a la vía jurisdiccional social en aquellas reclamaciones derivadas de materias de Seguridad Social siempre que el responsable directo sea una entidad gestora, así como cuando aquélla corresponda a una Mutua de Accidentes en cuyo caso procede el agotamiento de la vía administrativa previa mediante revisión ante la Entidad Gestora (no ante la Mutua que carece de la consideración de entidad pública) cuya resolución será considerada dictada con los efectos atribuidos a la resolución expresa de una reclamación previa, a tenor del artículo 4.8 de la norma reglamentaria dictada en materia de prestaciones de I.T., por lo que son de aplicación a los supuestos que se concreten en cuestiones derivadas de tales contingencias las normas recogidas en el artículo 71 de la L.P.L. A este respecto, el precitado artículo 71 L.P.L. distingue dos situaciones. A saber: Si la entidad gestora hubiera dictado resolución o acuerdo inicial, en cuyo caso el interesado deberá interponer la Reclamación Previa en el plazo de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación del acuerdo. Si no existe acuerdo o resolución inicial, el interesado podrá solicitar que se dicte por la entidad correspondiente, solicitud que tendrá *ex lege* el valor de reclamación previa denegada la reclamación por silencio administrativo. Transcurrido el plazo de 45 días hábiles sin dictado de acuerdo o resolución, a tenor del número 4 del indicado artículo 71 L.P.L., la Reclamación Previa se entiende desestimada por silencio administrativo negativo. A partir de ese momento, esto es, considerada desestimada en vía administrativa la petición realizada expresa o tácitamente, se distinguen igualmente dos situaciones: Resuelta expresamente la Reclamación Previa, el interesado deberá formular Demanda ante el Juzgado de lo Social en el plazo de 30 días hábiles siguientes a la fecha de la desestimación. A partir de ese momento, esto es, considerada desestimada en vía administrativa la petición realizada expresa o tácitamente, se distinguen igualmente dos situaciones:--Desestimada tácitamente por silencio administrativo en virtud del precitado artículo 71 de la L.P.L. en su número 4; esto es, transcurridos 45 días hábiles desde la interposición de la Reclamación Previa, el interesado deberá formular demanda en vía jurisdiccional social en el plazo de los 30 días hábiles siguientes a la producción del acto presunto desestimatorio.

⁶²⁴ En conexión con lo dispuesto por el actual artículo 170 T.R.L.G.S.S./2015 (anterior artículo 128 T.R.L.G.S.S./1994 en la redacción dada por la ley 40/2007), y el R.D. 1430/2009.

petición inicial del solicitante en el plazo de 30 días hábiles desde su notificación, o, en su caso, dentro de los mismos 30 días hábiles desde la fecha en que deba entenderse denegada por silencio administrativo⁶²⁵.

Si la Resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social, la Reclamación previa se formulará ante la propia Mutua en el mismo plazo, si tuviera atribuida competencia para resolver, o en otro caso ante el órgano correspondiente de la Entidad Gestora. Tanto la Entidad Gestora como la Mutua colaboradora deberán contestar expresamente en el plazo de 45 días hábiles, entendiéndose denegada la Reclamación Previa por silencio administrativo de no hacerlo así, debiendo ser formulada la demanda en el plazo de 30 días hábiles a contar desde la fecha de la notificación de la resolución denegatoria expresa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo.

En el segundo de los supuestos --los procedimientos de impugnación de altas--, hay que distinguir a su vez, y en primer lugar, el caso de las impugnaciones de altas médicas emitidas por los órganos competentes de las Entidades Gestoras al agotarse el plazo de duración de 365 días de la I.T., que están exceptuados de Reclamación Previa, en cuyo caso la demanda deberá presentarse en el plazo de 20 días hábiles desde la adquisición de plenos efectos del alta o desde la notificación del alta definitiva acordada por la Entidad Gestora. En segundo lugar, las situaciones correspondientes a las impugnaciones que el artículo 71.2 párrafo segundo L.R.J.S. denomina “procedimientos de altas médicas no exentos de reclamación previa”⁶²⁶, en cuyo caso la Reclamación Previa se interpondrá en el plazo de 11 días desde la notificación de la Resolución. La contestación deberá producirse en el plazo de 7 días hábiles, entendiéndose desestimada aquélla por silencio administrativo una vez cumplido este plazo. La demanda, a su vez, ha de interponerse en el plazo de 20 días hábiles a contar desde la fecha de la notificación de la resolución desestimatoria si es expresa, o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo, una vez transcurrido en ante citado plazo

⁶²⁵ Según los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social establecidos por el R.D. 286/2003, de 7 de marzo.

⁶²⁶ Estarán incluidas las impugnaciones de altas médicas producidas con anterioridad al agotamiento del plazo máximo de duración ordinaria de la I.T. de 365 días emitidas por Entidades Gestoras o por entidades colaboradoras, tanto en supuestos de contingencias comunes como profesionales.

de 7 días hábiles.

En tercer lugar, habría que añadir un supuesto de actuación indirecta: el alta emitida por una Mutua colaboradora con la Seguridad Social en un proceso de I.T. derivado de contingencias profesionales que no hubiera sido objeto de recurso a través del procedimiento especial de revisión. El alta puede ser impugnada a través de Reclamación Previa ante la propia Mutua que cursó el alta, en el plazo de 11 días hábiles, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 71.2 párrafo segundo de la L.R.J.S.; ésta deberá decidir sobre la misma en el plazo de 7 días hábiles, conforme determina el párrafo segundo del número 5 del mismo artículo, entendiéndose desestimada la Reclamación por efecto de silencio administrativo una vez transcurrido dicho plazo. La Resolución desestimatoria, expresa o tácita, de la Reclamación Previa, podrá ser objeto de demanda ante la jurisdicción social en el plazo de 20 días hábiles, como preceptúa el párrafo segundo del número 6 del repetido artículo 71 de la L.R.J.S.

La diferencia entre el procedimiento especial de revisión estudiado anteriormente y este otro a través de Reclamación Previa, estriba en que, en este último, no se mantiene la situación de I.T. presunta, sino que el alta produce los efectos ordinarios de la misma desde su fecha; esto es, la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo y por tanto la extinción de la prestación económica de I.T.

4.- El enjuiciamiento de asuntos en materia de incapacidad temporal

Más allá de su tramitación administrativa, la materia de seguridad social y, en particular, la materia relativa a la protección de la contingencia de I.T., puede provocar la puesta en marcha de procesos jurisdiccionales, normalmente para atender las quejas de los interesados frente a las entidades gestoras o colaboradoras de la seguridad social y, sobre todo, para la reclamación de prestaciones (sin perjuicio de algunas otras vicisitudes ligadas a la seguridad social, o a la protección por desempleo, que también pudieran llegar a los tribunales)⁶²⁷. El Capítulo VI del Título II del Libro II de la

⁶²⁷ Compartimos la reflexión de Márquez Prieto, A. Capítulo VI. “De las prestaciones de Seguridad Social” en Monereo Pérez, J.L. (Director); González de Patto, R. M^a y Triguero Martínez, L.A. (coordinadores). Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico jurídico y sistemático. óp. cit. pág. 748 acerca de que el enjuiciamiento en materia de Seguridad Social ha de mantener un difícil equilibrio “...entre la tutela de dos bienes jurídicos diversos: el

L.R.J.S (artículos 140 a 147)⁶²⁸ contiene las normas especiales del proceso que denomina de “Prestaciones de la Seguridad Social”⁶²⁹, dedicando una referencia especial en el número 2 del artículo 140 al proceso de impugnación de altas médicas⁶³⁰.

interés general que ha de caracterizar la actuación de los entes gestores de la Seguridad Social y el interés particular del beneficiario, parte débil, a favor del cual el ordenamiento jurídico-social, incluida su vertiente procesal, debe desplegar su protección...”. Desgraciadamente la práctica nos demuestra cada vez más que el desequilibrio se produce a favor de la interpretación del presunto interés general por los entes gestores.

⁶²⁸ El Capítulo VII de la anterior L.P.L., artículos 139 a 145, establecía las normas específicas del proceso de Seguridad Social en la vía jurisdiccional social. Una peculiaridad específica del proceso de Seguridad Social derivado de accidentes de trabajo o enfermedad profesional se contenía en el artículo 142 L.P.L. según el cual, en la demanda, había de constar el nombre de la entidad gestora o Mutua de Accidentes que cubra el riesgo o si lo desconociera el actor, será requerido por el Juez al empresario demandado para que lo aporte; si no lo hiciera así, oyendo a la Tesorería General de la Seguridad Social y atendiendo a las circunstancias concurrentes, el Juez acordará el embargo de bienes del empresario para asegurar el resultado del juicio. Asimismo, el nº 2 del mismo artículo determinaba que el Juez reclamará, previamente a la celebración del juicio, informe de la Inspección de Trabajo relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que realizaba el accidentado, salario que percibía y base de cotización, informe que deberá ser expedido en el plazo máximo de diez días.

⁶²⁹ Sobre la Ley Reguladora de la Jurisdicción social en general, y este proceso, procedimiento especial en particular, ver Carberí Llobregat, J., El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, Civitas, Thomson Reuters, Madrid. 2011; Gullón Rodríguez, J. (Director) Ley Reguladora de la Jurisdicción social, El Derecho, Madrid, 2012; Rodríguez Pastor, G y Alfonso Mellado, C.L.(Directores), La nueva Ley de la Jurisdicción Social, Bomarzo, Albacete. 2012; Sempere Navarro, A.V (coordinador), Comentarios a la Ley de la Jurisdicción social, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2013.; Monerero Pérez, J.L. (Director); González de Patto, R. M^a y Triguero Martínez, L.A (coordinadores), Ley de la Jurisdicción social. Estudio técnico-jurídico y sistemático, Comares, Granada 2013.

⁶³⁰ Cabría plantearse si es aplicable en este ámbito el artículo 101 de la LRJS que introduce el denominado “proceso monitorio”, que realmente y en paralelo con el proceso civil del mismo nombre, está concebido para las reclamaciones frente a empresarios que no se encuentren en concurso, referidas a cantidades vencidas, exigibles y de cuantía determinada, derivadas de la relación laboral, inferiores a 6.000€, cuando conste la posibilidad de notificación a través de los medios previstos en los artículos 56 y 57 de la misma norma. A pesar de la defectuosa redacción, la respuesta más razonable parece ser la exclusión de las reclamaciones que se interpongan contra las Entidades Gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social de este particular proceso. Además, estimamos que no resultaría de aplicación práctica para la reclamación de estas prestaciones puesto que, ordinariamente, la discusión sobre tales cuestiones se inicia precisamente debatiendo bien el origen profesional o no de las mismas, bien la cuantía y su cálculo o, en su caso, la extensión de la prestación, de ahí que no se cumplirían los requisitos antedichos de deudas vencidas, exigibles y de cuantía determinada para el inicio del proceso monitorio. Sólo en relación con las mejoras de prestaciones de I.T a cargo de la empresa podría tener sentido esta vía jurisdiccional.

Dentro de los que la L.R.J.S. denomina procesos de “Prestaciones de Seguridad Social” cabe distinguir, por lo pronto, entre el proceso de reclamación de prestaciones (que a fin de cuentas suele tener por objeto la impugnación de decisiones denegatorias de las correspondientes entidades gestoras o colaboradoras), que indudablemente presenta una dimensión más general, y diversas especialidades procesales para circunstancias o pretensiones más concretas, como la impugnación de altas médicas, los procesos por accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los procesos de determinación de contingencias, falta de medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional e impugnaciones de prestaciones por desempleo a realizar por la Entidad Gestora de las mismas. Se exponen en este momento los aspectos comunes a todos estos procesos de seguridad social (general y especiales), con especial atención, lógicamente, a las peculiaridades que afectan a las prestaciones de I.T.

Sentado esto, refiriéndonos a la legitimación activa para la formalización de una reclamación en materia de I.T., evidentemente la ostenta el trabajador ex artículo 17.1 L.R.J.S, puesto que éste es el beneficiario en todo caso de las prestaciones de I.T. según define el artículo 136 en relación con los 169 y 172, todos ellos del T.R.L.G.S.S/2015, así como también lo está cuando el objeto de la reclamación derivase de mejoras a cargo de la empresa introducidas por vía convencional ó contractual.

El empresario, por su parte, no ostenta legitimación directa para la reclamación de una situación de I.T. por uno de sus trabajadores, dado que ese es un derecho subjetivo de cada uno de ellos, en el marco de una relación jurídica de Seguridad Social⁶³¹. Sí se le reconoce, no obstante, en determinados pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia, legitimación para la impugnación de una alta médica a uno de sus trabajadores por estimarla indebida pero no existe jurisprudencia unificadora del T.S. al efecto⁶³².

⁶³¹ Sentencia del T.C 207/1989.Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 22 de abril de 1998. Recurso 3557/1997. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 2 de setiembre de 1994.-R. Aranzadi social 3474.

⁶³² Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 23 de setiembre de 1996. Recurso 1895/1994 y de 12 de junio de 2014. Recurso de Suplicación 4824/2014; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada) de 1 de julio de 2003. Recurso 3632/2002.; de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de 11 de diciembre de 2012. Recurso 2743/2012. Cuenta con un Voto Particular en contra que cita, al entenderlas aplicables al razonamiento que emplea, las Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 14 y 20 de noviembre de 1992. Recursos 2446 y 2500/1991; de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 24 de julio de 1992.- R. Aranzadi social 4070; de la Sala

Igualmente, se le reconoce legitimación activa para intervención adhesiva, así como ante la existencia de interés empresarial en la materia por poder derivarse para la empresa una responsabilidad directa o indirecta⁶³³ e incluso para pretender la revisión de un grado reconocido de incapacidad hacia otro menor⁶³⁴.

También cuenta la empresa con legitimación para reclamar al trabajador un abono de prestaciones económicas de I.T. indebidamente realizado como consecuencia de su colaboración voluntaria en el pago directo de aquéllas ex artículos 2, 5 y 89 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, por inexactitud de la declaración del propio trabajador acreditando que tiene cubierto el período de cotización exigido⁶³⁵. La Entidad Gestora I.N.S.S., y las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en su caso, poseen legitimación activa frente a las empresas en los casos de abonos indebidos de prestaciones económicas de I.T. en pago delegado en el régimen de colaboración obligatoria establecida en el artículo 16 de la O.M. de 25 de noviembre de 1966, así como frente a los trabajadores cuando el abono indebido sea debido a inexactitud de la declaración formulada por el trabajador para acreditar que tiene cubierto el período de cotización exigido, según establece el artículo 18 in fine de la misma O.M., sin perjuicio de la revisión de oficio de la Entidad Gestora⁶³⁶.

de lo Social del T.S.J. de Asturias de 31 de mayo de 1996 (Sentencia 1778/1996). La argumentación para fundar su legitimación se basa en que no se está tratando solamente de una relación de seguridad social de efectos exclusivos para el trabajador "...sino que es evidente su proyección laboral pues tiene que reincorporar a un trabajador sin aptitud laboral de acuerdo con el informe de los servicios médicos de su empresa..." Ver Sánchez-Urán Azaña, Y. "Extinción del subsidio de I.T.: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente. (Comentario a la Sentencia TSJ de Cataluña de 15 de febrero de 1999)". Aranzadi Social Vol. I.1999, y De la Puebla Pinilla, A. "El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo". Actualidad Laboral nº 1,1ª quincena de junio de 2008. En el actual proceso de impugnación de altas médicas no cabe Recurso de Suplicación.

⁶³³ Sentencias del T.S de 30 de enero de 2012 y 4 de abril de 2011 (Recursos de casación para unificación de doctrina 2720/2010 y 556/2010), siguiendo las dictadas el 14 y el 20 de octubre de 1992 (Recursos para unificación de doctrina 2500/1992 y 2446/1991).

⁶³⁴ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 14 y 20 de octubre de 1992. Recursos de casación para unificación de doctrina 2500/1991 y 2446/1991. Ver Goerlich Peset, J.M., Derecho procesal laboral, Tirant lo Blanch. Valencia. 2010. Pág. 285.

⁶³⁵ Modelo P.9 aprobado por la O.M. de 18 de setiembre de 1998. El actual modelo diseñado por la Orden ESS/1187/2015 no contiene tal declaración.

⁶³⁶ Vicente Palacio, A., El reintegro de prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs.46 y ss.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, es obvia la poseída por el I.N.S.S. en su calidad de Entidad Gestora de las prestaciones de I.T.⁶³⁷ en virtud de lo establecido por el R.D.2583/1996 así como en su caso las Mutuas en tanto la cobertura de las contingencias profesionales se haya formalizado con ellas⁶³⁸. Existen discrepancias⁶³⁹ sin embargo, acerca de la legitimación, tanto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria-INSALUD y/o Servicios autonómicos de Salud en las Comunidades Autónomas con estas competencias transferidas, como de la Tesorería General de la Seguridad Social, apuntándose al respecto y con relación a aquél, su competencia en lo referente a la emisión por sus facultativos de los partes de baja, confirmación y alta de la situación de I.T., así como en la dispensación de la asistencia sanitaria correspondiente ⁶⁴⁰, y en lo que se refiere a la Tesorería⁶⁴¹, al tratarse de un Servicio Común de la Seguridad Social al que le compete “...la administración financiera del sistema en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única...”. Pese a ello, distinguiendo lo que es competencia de Tesorería y Gestión sanitaria de lo que constituye gestión y responsabilidad en la dispensación de las prestaciones previstas por el sistema de Seguridad Social, cuya encomienda está atribuida, procesalmente hablando, al I.N.S.S., entendemos que, a efectos prácticos, no sería oponible una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario en una demanda derivada de prestaciones de I.T. al no ser codemandados aquel otro ente gestor y ese Servicio común, salvo, con respecto a la Tesorería, en los casos de prestaciones de I.T. derivadas de contingencias profesionales en cuanto heredero del anterior Fondo de Accidentes de Trabajo como veremos, tratándose en todo caso de defectos subsanables mediante ampliación de demanda ya sea a propia instancia del actor o a requerimiento del órgano jurisdiccional.

Consciente de estos problemas de legitimación, la letra a) del número 3 del artículo 140

⁶³⁷ Ver Capítulo Quinto.

⁶³⁸ Artículo 140 L.R.J.S.

⁶³⁹ Pérez Alonso, M.A., La Incapacidad Temporal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 100. El artículo 140.3 a) L.R.J.S. establece que no será necesario demandar al Servicio Público de Salud, salvo cuando se impugne el alta médica emitida por los servicios médicos del mismo.

⁶⁴⁰ Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto,

⁶⁴¹ La L.R.J.S no contempla el carácter de codemandado de la Tesorería en los procesos de prestaciones de Seguridad Social.

L.R.J.S. en el proceso de impugnación de altas médicas, establece que la demanda se dirigirá exclusivamente contra la Entidad Gestora o en su caso colaboradora, y no frente al Servicio de Salud, salvo que se impugne precisamente el alta emitida por los Servicios médicos de éste, ni tampoco frente a la empresa, excepto cuando se cuestione la contingencia. De todas maneras, siempre pensando desde la perspectiva de la práctica procesal, los problemas de legitimación pasiva tienen la simple solución de codemandar tanto a Entidades Gestoras, Servicio común, entidades colaboradoras y empresa para, una vez en el acto del juicio, ex artículo 82.2 L R.J.S., desistir en su caso de la demanda formulada frente a aquéllos demandados carentes de legitimación. De otra parte, sí ostenta legitimación pasiva el Instituto de Gestión Sanitaria-INSALUD o Servicio de Salud competente frente a una reclamación en la que se recurre lo que es entendido por el actor como un alta o baja indebida extendida por el facultativo integrado en aquéllos.

Deberá ser demandada la Mutua colaboradora con la Seguridad Social cuando la protección de contingencias profesionales o la gestión de la prestación económica de I.T. derivada de contingencias comunes haya sido concertada por la empresa con aquélla, según lo prevenido en la Ley 35/2014, previa formulación, como hemos indicado de solicitud de revisión de alta médica ante la Entidad Gestora que decidirá previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, como determina el número 6 del artículo 4 del R.D. 1430/2009. Y en estos supuestos, con relación a las contingencias derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales han de ser igualmente codemandados el I.N.S.S. en virtud de la absorción de las competencias del antiguo Fondo de Accidentes de Trabajo en virtud del Real Decreto-ley 36/1978, y la Tesorería General de la Seguridad Social como Servicio común encargado de la gestión de la función reaseguradora de accidentes de trabajo, a tenor del artículo 74 T.R.L.G.S.S./2015 y 1.k) del R.D. 1314/1984.

Para los supuestos de contingencias comunes, ante el impago de la prestación económica de I.T. por la empresa en régimen de pago delegado, deberán ser codemandados el I.N.S.S. o la Mutua colaboradora en caso de tener concertada la gestión de las prestaciones económicas, aun en el supuesto de la responsabilidad directa del empleador del pago del subsidio entre los días cuarto a decimoquinto desde la

producción de la baja, pues como ya estableció el T.S.⁶⁴²: “...debe permanecer y subsistir el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas para la prestación litigiosa en el régimen público de Seguridad Social para los supuestos de incumplimiento de la obligación de abono de prestaciones por parte del empresario directamente obligado a su pago...”, lo que, en su momento pudiera llevar a una condena de abono de cantidad al I.N.S.S. o a la Mutua, que, evidentemente, han de ser llamados al proceso, pues esta segunda respondería del pago del subsidio a partir del decimosexto día⁶⁴³. En todo caso el artículo 141 L.R.J.S. reconoce la legitimación de las Entidades Gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social para personarse y ser tenidas por parte, indicando específicamente “con plenitud de posibilidades de alegación y defensa, incluida la de interponer el recurso o remedio procesal que pudiera proceder...”, en todos los pleitos en materia de prestaciones de Seguridad Social en los pudieran tener interés por razón del ejercicio de sus competencias.

Distinguidos los supuestos de actuación en vía administrativa, se analizarán en particular los dos tipos de procesos ahora recogidos con la denominación común de Prestaciones de Seguridad Social que afectan a la I.T. como contingencia protegida, distinguiendo de una parte, las impugnaciones de denegación de la concesión de prestaciones propiamente dichas, y de otra, las reclamaciones frente a la expedición de altas médicas. El resto de especialidades que se identificaron más arriba no requieren un análisis particularizado en este contexto, en parte porque no conectan directamente con el objeto de nuestro estudio, y en parte porque no revisten entidad suficiente, desde la perspectiva específica de la I.T., como para una exposición más monográfica.

Tampoco se va a hablar de forma detenida del proceso de revisión de actos declarativos de derechos regulado en el art.146 LRJS, que podría aplicarse desde luego a cuestiones relativas a la I.T. pero que no ofrece en este terreno ninguna particularidad digna de relieve. Baste con decir que el artículo 146 L.R.J.S. exige, a tales efectos, que se accione a través de demanda ante el Juzgado de lo Social competente, dirigiéndose

⁶⁴² Sentencia dictada en unificación de doctrina el 15 de junio de 1998. R. Aranzadi 5796. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 15 de noviembre de 2009. ROJ 6973/2009. Sentencias de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 2 de noviembre de 2010. Recurso 5230/2009; de Asturias de 18 de febrero de 2011. Recurso 3027/2010; de Andalucía (Málaga) de 11 de diciembre de 2014. Recurso 1379/2014.

⁶⁴³ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Sevilla) de 20 de febrero de 2014. Recurso 235/2013.

frente al beneficiario del derecho reconocido (como expresión particular del principio de restricción de la auto tutela administrativa, excluida por la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1992). Y ello--número 3--dentro del plazo de prescripción de cuatro años⁶⁴⁴. Exceptúa el número 2 del mismo artículo tanto la rectificación de errores de hecho o aritméticos, así como las revisiones que estén motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario, que hayan motivado la declaración de derechos revisada⁶⁴⁵. En estos casos, pues, sí es posible la revisión en vía administrativa como una práctica de la gestión de las prestaciones de oficio⁶⁴⁶ sin necesidad de acudir, por tanto, a la demanda en vía jurisdiccional social. Sin perjuicio del recurso del beneficiario, en vía administrativa primero y jurisdiccional después y en su caso, frente a la referida revisión.

4.1. Procesos de impugnación de resoluciones denegatorias de prestaciones

Dentro de los procesos de seguridad social que pueden tener relevancia para la protección de la contingencia de la I.T. habría que referirse en primer término al de impugnación de resoluciones denegatorias de la prestación. Como para el resto de prestaciones, en el caso de la I.T. este proceso tiene por objeto obtener una sentencia favorable consistente en el reconocimiento de las prestaciones de I.T. o en el ajuste de su cuantía. Como ya vimos, y como es norma general para los procesos de prestaciones, según el artículo 140 L.R.J.S., la admisión de la demanda requiere la acreditación de agotamiento de la vía administrativa por lo que ha de aportarse junto a ella la Resolución expresa de la desestimación de la Reclamación Previa o la justificación de su formulación, caso de entenderse producida una desestimación tácita por silencio administrativo. En otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia⁶⁴⁷ ha de disponer la subsanación de tal omisión por el plazo de cuatro días, admitiéndose

⁶⁴⁴ Eran cinco años los fijados en el número 3 del artículo 145 L.P.L.

⁶⁴⁵ Además de las revisiones de actos en materia de protección por desempleo y cese de actividad e trabajadores autónomos.

⁶⁴⁶ Vicente Palacio, A. El reintegro de... óp. cit., págs. 46 y ss., y 245 y ss.

⁶⁴⁷ Secretario judicial en su denominación anterior.

entonces, si procede, la demanda⁶⁴⁸.

Admitida la demanda, por el Juzgado se reclamará a la Entidad Gestora u organismo gestor o Entidad colaboradora la remisión del expediente o de las actuaciones administrativas practicadas⁶⁴⁹, que deberá enviarse completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice documental. Esta reclamación del expediente que ya constaba en la derogada L.P.L., se ve complementada por lo dispuesto en el número 2 del mismo artículo 143 de la actual L.R.J.S en el sentido de verse requerido o proceder de oficio a remitir igualmente al Juzgado de lo social informe sobre si tiene conocimiento de la existencia de otras demandas en las que se deduzcan pretensiones relacionadas con el mismo acto, a los efectos de posibilitar su acumulación, igualmente de oficio o a instancia de parte. En vista del expediente, el número 3 del referido artículo establece que el Tribunal dispondrá el emplazamiento de las personas que pudieran ostentar un interés legítimo o pudieran verse afectadas por el proceso para que puedan comparecer en el acto del juicio.

Aportado el expediente o las actuaciones administrativas, puntualiza el número 4 de este artículo 143 L.R.J.S. que, en el proceso, las partes no podrá aducir hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, excepto que se trate de hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad. Y el artículo 144 precisa las consecuencias de la falta de remisión del repetido expediente, de forma que sin perjuicio de la reiteración de la petición por el Secretario por vía urgente y la notificación en su caso al director de la Entidad Gestora u organismo gestor a efectos de posible exigencia de responsabilidades disciplinarias, si al demandante le conviniera la aportación del expediente a sus propios fines, podrá solicitar la suspensión del juicio para que se reitere la orden de remisión del mismo en un nuevo plazo de diez días, con apercibimiento de imposición de apremios pecuniarios y multas coercitivas⁶⁵⁰. Si llegada la fecha del nuevo señalamiento no se hubiera remitido el expediente, el número 3 del artículo 144 L.R.J.S. establece que el juez podrá tener por probados los hechos alegados por el demandante cuya prueba fuera de difícil o imposible demostración por medios

⁶⁴⁸ En otro caso, dice el punto y seguido final del nº 2 del artículo 140, el Secretario dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se decida sobre la admisión de la demanda.

⁶⁴⁹ "...En original o copia, en soporte escrito o preferentemente informático..."

⁶⁵⁰ Artículo 75.3 en relación con el 241.2 y 3 LR.J.S.

distintos de las actuaciones administrativas no aportadas.

El artículo 142 LR.J.S. mantiene la medida contemplada en el artículo 141 de la anterior L.P.L. relativa a las demandas por accidentes de trabajo y enfermedad profesional, esto es, que deberán incluir el nombre de la Entidad Gestora o Mutua colaboradora con la Seguridad Social en su caso con que la empresa hubiera concertado la cobertura de tales contingencias profesionales, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia, antes del señalamiento del juicio, requerir al empresario demandado la aportación de documento acreditativo de la cobertura del riesgo, en el plazo de cuatro días, y si no lo hiciera, previa audiencia a la Tesorería General de la Seguridad Social y en atención a las circunstancias que concurran, el juez acordará el embargo de bienes del empresario y cuantas medidas cautelares se consideren necesarias para asegurar el resultado del juicio.

Introduce el número 2 del artículo 142 L.R.J.S. otra novedad en relación con los procesos para la determinación de contingencia o decidir sobre la falta de las medidas de seguridad en accidentes de trabajo y enfermedad profesional, haciéndola extensible a “...los demás supuestos que se estime necesario...”, de forma que la resolución que admita a trámite la demanda dispondrá interesar a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, si no figurase ya documentación en el expediente o en autos, la emisión de informe⁶⁵¹ relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente o enfermedad, el trabajo que realizaba el accidentado o enfermo, salario que percibía y base de cotización, disponiendo la expedición del mismo en el plazo máximo de diez días, y recogiendo su último párrafo la encomienda al Letrado de la Administración de Justicia de su reiteración al menos cinco días antes a la celebración del juicio si dicho informe no hubiera tenido entrada en los autos.

⁶⁵¹ Su omisión puede dar lugar a la nulidad de la Sentencia, cuando sea imprescindible apunta García Ortega, J “Los procesos sobre prestaciones de Seguridad Social” en Rodríguez Pastor, G.E. y Alfonso Mellado, L.A (Directores) La nueva Ley de la Jurisdicción social, Bomarzo. Albacete. 2013, pág. 251, con cita de Río Salmerón, B. “Impugnación de los actos de gestión de la Seguridad Social” en VV.AA. Seguridad Social. Manual de Formación. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002, pág. 462.

4.2. Procesos de impugnación de altas médicas

El artículo 140 L.R.J.S dispone una especialidad en los procesos de prestaciones de Seguridad social en relación con la impugnación de alta médica, en los que es preciso diferenciar aquéllos exentos de Reclamación Previa, esto es, cuando se trata de impugnaciones de altas emitidas por las Entidades Gestoras u organismo gestor al agotarse el plazo de la duración ordinaria de la prestación económica de I.T. de 365 días, y el resto de impugnaciones de altas médicas, ya sean emitidas por Entidades Gestoras, Servicios Públicos de Salud o por Mutua colaboradora con la Seguridad Social, con anterioridad al agotamiento del referido plazo⁶⁵².

Antes de entrar en las particularidades de este proceso, conviene analizar la posibilidad de la solicitud de aplicación de una medida cautelar en relación con la situación del trabajador tras la emisión del alta médica. Producida la extinción de la I.T. el trabajador debe reincorporarse a su puesto de trabajo, pues aun cuando entendiera que no está apto para reanudar su prestación de servicios, la interposición de la demanda frente a la referida alta no produce la suspensión de sus efectos. Por eso, con independencia de las vías de actuación planteadas, en vía jurisdiccional la doctrina apunta la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del alta como petición expresa en la propia demanda formulada frente al alta médica⁶⁵³. Por suspensión de los efectos del alta hemos de entender la no reincorporación del trabajador a su puesto laboral, en base a la no recuperación de la salud de éste, de modo que su ausencia al trabajo no pudiera ser sancionada por la empresa como un despido disciplinario. Naturalmente, la suspensión no significaría continuar con el cobro de la prestación económica de I.T.

Esta medida cautelar de suspensión tiene su fundamento en el artículo 79 de la L.R.J.S, que, a su vez, en lo no previsto en la misma, al tratarse de la impugnación de un acto administrativo en materia de Seguridad Social, se remite a lo dispuesto por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en

⁶⁵² Se trata más bien de una modalidad procesal, como señala Márquez Prieto, A. "Capítulo VI. De las prestaciones de Seguridad Social" en Monereo Pérez, J.L. (Director); González de Patto, R. M^a y Triguero Martínez, L.A. (coordinadores). *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico jurídico y sistemático*. óp. cit. pág. 756.

⁶⁵³ Toscani Giménez, D. y Alegre Nueno, M. "Alta médica emitida por el INSS en procesos de IT de larga duración: puntos críticos. Aranzadi Social. Julio 2008.

adelante L.R.J.C-A), concretamente a sus artículos 129 a 136. La única referencia expresa de la L.R.J.S a estos supuestos se refiere a la exención de prestación de garantía, caución o garantía por parte del trabajador para obtener, en su caso, la aprobación judicial de la medida. La solicitud habrá de formularse mediante *Otrosí* en el escrito de demanda, y según el artículo 130 de la L.R.J.C.-A, sólo podrá acordarla el juez cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder la finalidad legítima a la acción judicial, lo que sucede en el presente caso cuando el trabajador deba reincorporarse a su puesto sin que se haya producido su sanación, y valorando los intereses en conflicto, es decir, los contrapuestos de trabajador --que considera que no está restablecido, Entidad Gestora --emisora del alta médica--, de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social --que puede ser la pagadora del subsidio de I.T.--, y también de la empresa --que requiere los servicios del trabajador--, lo que quiere decir que ha de ser llamada al juicio como codemandada la empresa, que, en principio, no tendría legitimación pasiva en el proceso. El trabajador demandante deberá ofrecer un principio de prueba acreditativo de su no recuperación, para lo cual acompañará informe médico *ad hoc* --normalmente de la sanidad privada--, pudiendo ofrecer prueba pericial, que consistirá ordinariamente en la ratificación de aquél por el médico firmante.

Algunos autores⁶⁵⁴ se refieren a la posibilidad de solicitar a los efectos de esta medida cautelar “...un reconocimiento médico por el médico forense, solicitud que podrá instarse como medio de prueba anticipada, al amparo del artículo 78 LPL⁶⁵⁵...”, lo que en opinión de quien esto escribe no sería posible, pues difiere del sentido buscado a la anticipación y aseguramiento de la prueba que prescribe el artículo 78 de la vigente L.R.J.S. (el mismo de la ley adjetiva anterior), sobre todo al pretender obtener, en su caso, una resolución de suspensión del alta en base a una prueba cuya valoración debería tener sus efectos respecto de la impugnación del alta, que se estaría anticipando a la vista oral, pero que por consiguiente no podría tener virtualidad en la pieza de suspensión que no ha de condicionar el resultado del proceso principal; esto es, de seguirse el razonamiento propuesto de prueba anticipada, el informe forense debería ser valorado por el juez tanto en la resolución de la suspensión como en la decisión de la impugnación. Cosa diferente sería contemplar la posibilidad de que ese “principio de

⁶⁵⁴ Toscani y Alegre, *Ibidem*, pág. 90.

⁶⁵⁵ Actual 79 de la L.R.J.S.

prueba”, que ha de darse en la petición de la medida cautelar, se pretendiera articular, no a través de informe directamente aportado por el litigante, sino a medio de petición de informe forense en virtud de lo preceptuado en el artículo 93.2 L.R.J.S., aunque presumimos que, de llevar a cabo tal solicitud, no se obtendría del juez esa intervención forense pues, como veremos más adelante, los jueces de lo social no son proclives a contar con la intervención del médico forense⁶⁵⁶; pensando además en que se perdería la agilidad necesaria en la tramitación de la medida cautelar. El incidente cautelar, según el artículo 131 L.R.J.S., se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria en un plazo que no ha de exceder de diez días, y se resuelve mediante auto dictado dentro de los cinco días siguientes, permaneciendo en vigor la suspensión, de adoptarse como medida cautelar, hasta el dictado de la sentencia que ponga fin al proceso de impugnación del alta y que no es susceptible de recurso.

Los procesos de impugnación de altas en la L.R.J.S. tienen la consideración de urgentes, dándoles una tramitación preferente. En ellos la demanda se dirigirá exclusivamente contra la Entidad Gestora o en su caso colaboradora, pero no será preciso codemandar al Servicio Público de Salud, excepto cuando el alta proceda de los Servicios médicos de éste; ni tampoco a la empresa salvo cuando se discuta sobre el origen común o profesional de la contingencia protegida⁶⁵⁷. Por este carácter urgente y preferente, no cabe la acumulación de otras acciones, ni siquiera (expresamente lo refiere la letra d) del número 3 del artículo 140 L.R.J.S.) a la reclamación de diferencias en el abono del subsidio de I.T., si bien con la particularidad que se indicará a efectos de la Sentencia.

La vista oral ha de señalarse en el plazo de cinco días siguientes a la admisión de la demanda, y la Sentencia se dictará en el plazo de tres días, no pudiendo ser objeto de Recurso de Suplicación. Sus efectos se limitan al alta impugnada, que no condicionará diferentes procesos que pudieran concurrir, ejemplificando el párrafo final de la letra c) del artículo 140 L.R.J.S en lo relativo a cuestionar el origen de la contingencia, la base reguladora, las prestaciones derivadas o cualquier otro extremo, indica, si bien si la

⁶⁵⁶ Con la excepción, en su caso, de tratarse de un litigante que haya obtenido el beneficio de asistencia gratuita

⁶⁵⁷ Galiana Moreno, J. Mª “Capítulo VI. De las prestaciones de la Seguridad Social” en Sempere Navarro, A.V (Coordinador). Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social. Thomson. Reuters. Aranzadi. Navarra. 2013. Pág.804 habla de la existencia de *litis* consorcio pasivo necesario entre empresa y Entidad Gestora cuando el trabajador impugnante alega la imposibilidad de reintegrarse por continuar en situación de I.T.

Sentencia es estimatoria de la demanda; esto es, con reconocimiento de que el alta extendida y que ha sido objeto de impugnación es indebida, la resolución dispondrá la reposición del beneficiario en la prestación económica de I.T. que hubiera venido percibiendo en tanto no concurra causa de extinción de la misma.

Se trata de un procedimiento de cognición limitada⁶⁵⁸. ¿Cuál es el objeto de este proceso, o expresado de otra forma, qué ha de ser probado en los procesos de impugnación de altas médicas? Hay que partir de lo establecido por los artículos 170 y 174 T.R.L.G.S.S/2015, y hay que tener en cuenta que el alta médica y, por consiguiente, la extinción del subsidio económico de I.T., se producen (con independencia del reconocimiento de pensión de jubilación) por alguna de las causas siguientes:

- Por transcurso del plazo máximo de 365 días.
- Por curación o mejoría cierta que permita trabajar.
- Por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de Incapacidad permanente
- Por haberse producido una incomparecencia injustificada a la convocatoria de exámenes médicos convocados por la gestora o la entidad colaboradora.

Siendo así, la impugnación del alta ha de ir dirigida a la anulación de la misma por inexistencia o error en la apreciación de la circunstancia concreta que motivó ésta⁶⁵⁹ a

⁶⁵⁸ La Sentencia decidirá sobre la anulación del alta, en su caso, y sólo podrá disponer, como cuestión máxima, la reposición del beneficiario en la prestación que hubiera venido percibiendo. Toscani Giménez, D; Alegre Nuevo, M y Valenciano Sal, A. El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El Derecho. Madrid. 2012. Págs. 327 y 328. La limitación la señala Márquez Prieto, A. "Capítulo VI. De las Prestaciones de Seguridad Social". Monereo Pérez, J.L. (Director), González de Patto, R.Mª, y Triguero Martínez, L.A. Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, óp. cit. pág. 757 en una triple vertiente: cerrando la posibilidad del Recurso de Suplicación (aunque lo matizaremos más adelante); restringiendo los efectos de la Sentencia a la fecha del alta médica impugnada, e impidiendo la acumulación de otras acciones.

⁶⁵⁹ Como apunta Márquez Prieto, A "Capítulo VI. De las prestaciones de Seguridad Social" en Monereo Pérez, J.L. (Director); González de Patto, R. Mª y Triguero Martínez, L.A. (coordinadores). Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico jurídico y sistemático. óp. cit. pág. 770, con expresión de las Sentencias 41/1989 del T.C. y de la Sala de lo Social del T.S. de 28 de junio de 1994 (R. Aranzadi 6319/1994), el criterio de congruencia, respecto a los hechos, ha de conllevar que no han de considerarse hechos nuevas circunstancias que de una forma u otra hayan estado presentes en la tramitación de la fase administrativa. Respecto a la fundamentación jurídica, con cita de la Sentencia del T.C. 15/1990, la congruencia no debe limitarse al contenido de la Reclamación Previa, sino que ha de

través del medio de prueba idóneo. Así, si analizamos cada una de las causas en concreto se llega al siguiente resultado:

A) El transcurso de los 365 días motiva el alta médica, supone desde la perspectiva formal la cesación en la emisión de los partes de confirmación, pero como indicábamos anteriormente, no ha de conllevar jurídicamente la extinción de la prestación económica de I.T. sino que ha de ir enlazada con las alternativas que el 174.3 T.R.L.G.S./S/2015 contempla para esta situación: reconocer la situación de prórroga expresa por 180 días más; iniciar un expediente de Incapacidad Permanente o emisión de alta médica por curación o incomparecencia injustificada a las revisiones médicas. De este modo, la emisión de alta médica ha de ir conectada con uno de los supuestos expresado pues no cabe entender una causa de extinción de la situación de I.T. y por consiguiente de su subsidio económico por el simple transcurso del tiempo si no está motivada por el concurso de una de las otras circunstancias⁶⁶⁰.

B) Si el alta del trabajador se produce por curación o mejoría que permite la reanudación de la prestación de servicios, en este caso con independencia del tiempo transcurrido desde el inicio de la I.T., la impugnación de aquella vendrá dada por la demostración de que no se ha producido aún, en el momento de la emisión del alta, la curación y por tanto lo procedente será reconocer la prórroga de la situación de I.T. por 180 días más si existe la presunción que durante ésta pudiera producirse la curación, o en su caso y de no ser así, le correspondería al I.N.S.S iniciar un procedimiento de Incapacidad Permanente. Estas serán, por tanto, las peticiones del “Suplico” de la Demanda, la anulación del alta emitida con el reconocimiento de la prórroga expresa y/o la determinación de iniciar un expediente de Incapacidad Permanente, y en ese sentido habrán de dirigirse las pruebas documentales y /o periciales médicas a practicar en la vista oral: probar en primer lugar la inexistencia de curación o mejoría, continuando la necesidad de asistencia médica y farmacológica, y en segundo lugar, la procedencia bien de una prórroga expresa en la situación de I.T., bien la de iniciar un expediente de Incapacidad Permanente por imposibilidad de curación, cronificación o consolidación de las dolencias presuntamente incapacitantes.

extenderse al conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso, incluyendo la petición inicial y el resto de los datos aportados por el expediente administrativo correspondiente.

⁶⁶⁰ Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Oviedo de 22 de abril de 2014, dictada en Autos 321/14.

C) La emisión de un alta con o sin declaración de Incapacidad Permanente, igualmente con independencia del período transcurrido de I.T., requiere según nuestro criterio, y de acuerdo con el razonamiento argumentado en la letra A) para el transcurso de la duración máxima de 365 días, la tramitación de un expediente de Incapacidad Permanente, por lo que el alta ha de producirse con propuesta de inicio de tal expediente, sin la posibilidad ya referida críticamente de la evaluación y “desestimación tácita” por parte de la entidad gestora tras evaluación del E.V.I.⁶⁶¹. En este caso, la impugnación judicial de la Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S desestimando la declaración de Incapacidad Permanente ha de ir dirigida a solicitar precisamente tal reconocimiento, en el grado que se estime oportuno⁶⁶². La prueba documental y pericial médicas, por tanto, deberán acreditar los padecimientos, presumiblemente definitivos o cronificados del trabajador que lleven al convencimiento del juzgador de las limitaciones o impedimento del trabajador en el desempeño de un trabajo.

D) La demanda judicial frente a la emisión de un alta por incomparecencia injustificada a una revisión médica programada por la Entidad Gestora o colaboradora, solicitará que se anule el alta porque no se haya dado una citación; o ésta no contuviese la indicación explícita acerca de los efectos ya estudiados que motivarían la incomparecencia, o se acredite debidamente que el trabajador no la hubiera recibido, le hubiere llegado con un margen temporal inferior a 4 días hábiles; o porque sobre la existencia cierta de la ausencia al reconocimiento, se esgrima una razón de suficiente entidad, impeditiva de la concurrencia del trabajador a la cita médica programada⁶⁶³. La prueba en este caso

⁶⁶¹ En relación con la anterior L.P.L. que permitía el Recurso de Suplicación en los procesos de impugnación de altas médicas, la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 18 de octubre de 2010. Recurso de Suplicación 1790/201 afirmaba: “...De las opciones restantes, la más conforme con el cuadro morbosos del demandante es la que dispone el alta médica para el inicio de un expediente de incapacidad permanente, toda vez que la sentencia de instancia considera definitiva la situación patológica y esta es también la opinión del trabajador...”.

⁶⁶² Solicitud que admite peticiones subsidiarias, p.ej., reconocimiento de una situación de Incapacidad Permanente Absoluta y subsidiariamente de total para la profesión habitual.

⁶⁶³ Así la Sentencia de 16 de setiembre de 2014 dictada por la Sala de lo Social del T.S.J del País Vasco. Recurso 1553/2014 estima que ha existido un uso abusivo de la facultad extintiva por parte de la Mutua al haberse dado ciertamente una confusión en la fecha de la citación, pero encontrarse la situación de I. T del trabajador contrastada por la existencia de una intervención quirúrgica programada. La Sentencia de 18 de junio de 2014 de la Sala de lo

será, bien negativa, negando la recepción de la citación o ajuste de la misma a los términos reglamentarios, y trasladando la carga de la prueba de la misma a la Entidad Gestora o colaboradora; bien positiva, acreditando la causa obstaculizadora de la asistencia del trabajador a la revisión, y que merezca la calificación de razonable en el punto razonable de un equilibrio entre la insuficiencia de la simple petición de disculpas⁶⁶⁴ y la razonabilidad de una inasistencia⁶⁶⁵ por motivos familiares, pasando por las vías intermedias y ordinarias⁶⁶⁶ en los que la valoración subjetiva de la Entidad Gestora o de la Mutua ha de verse constreñida por la interpretación de la conducta del trabajador en orden a mostrar su disponibilidad a la realización de la revisión o la diligencia en comunicar la imposibilidad de la asistencia como indicios de su buena fe.

Al respecto del Recurso de Suplicación, es preciso interpretar de forma restrictiva la imposibilidad de recurrir impuesta por la letra c) del número 3 del artículo 140 L.R.J.S; esto es, no cabrá formularlo cuando la impugnación se dirija exclusivamente a un alta emitida por el organismo competente⁶⁶⁷. Pero si cabe el Recurso de Suplicación frente a una anulación de nueva baja⁶⁶⁸ emitida por tratarse no de un supuesto de impugnación de alta, sino que tendría cabida en el proceso de resolución denegatoria de prestaciones que, como se ha indicado, sí es susceptible de Recurso de Suplicación⁶⁶⁹.

Social del T.S.J de la Comunidad Valenciana estima acreditada la justificación de la inasistencia por aportar certificado médico del médico de cabecera explicando que "... como consecuencia de la enfermedad psíquica que padecía, a la fecha de la incomparecencia, y de la medicación que tomaba para su tratamiento sufría dificultades de atención, de concentración, ansiedad elevada, animo bajo, dificultad para las actividades habituales, lo que motivó que tuviera despistes en sus citas médicas.". La Sentencia de 27 de abril de 2012 de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia. Recurso 2021/2011, estima justificada la inasistencia a control de la Mutua por coincidencia con revisión ante el Servicio Público de Salud donde se informó al trabajador que no era necesario que acudiese a la citación de la Mutua colaboradora.

⁶⁶⁴ Olvido de la citación. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía de 30 de setiembre de 2009. Recurso 1328/2009.

⁶⁶⁵ Fallecimiento del cónyuge

⁶⁶⁶ Desde el verse involucrado en un accidente o retraso del transporte público

⁶⁶⁷ "...Es fácil colegir que la exclusión no afecta a otras cuestiones vinculadas a la incapacidad temporal y cuyo acceso a la Suplicación habrá de ventilarse conforme a las reglas generales en materia de Seguridad Social...". Gullón Rodríguez, J. (Director) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Colección Tribunal Supremo. El Derecho. Madrid. 2012., pág. 818

⁶⁶⁸ Por ejemplo, al ser considerada como recaída de una anterior que ha agotado la duración máxima de 365 días.

⁶⁶⁹ "...En otras palabras, no estamos hablando de una alta médica por curación, ni de la simple constatación de la capacidad laboral del interesado en una determinada fecha después de haber estado sometido al tratamiento

5.- Otras cuestiones relativas al proceso: de la prescripción a la ejecución

Abordado el estudio del proceso judicial en materia de prestaciones de Seguridad Social, es preciso tratar aún de algunos otros aspectos relativos a la reclamación jurisdiccional en relación con la I.T., ya sea porque pueden incidir en la puesta en marcha del proceso (como es el caso de la prescripción o caducidad de las acciones judiciales correspondientes) o pueden influir en su resultado final (como es el caso de la prueba). También se hará una referencia a las características de la sentencia y a las posibilidades de recurso frente a la misma.

5.1. Prescripción y caducidad

En primer lugar conviene hacer una referencia a los institutos de la prescripción y caducidad, pues aunque las prestaciones a que tiene derecho a percibir el trabajador en la situación de I.T. no cuentan con una regulación distinta de la establecida con carácter general para todas las prestaciones de Seguridad Social en este terreno (como puede comprobarse en los artículos 53 y 54 T.R.L.G.S.S/2015), el funcionamiento del régimen de plazos que las mismas conlleva tiene su aplicación particular en la contingencia protegida de I.T. Debemos, a estos efectos, distinguir⁶⁷⁰ primero entre derecho al reconocimiento de las prestaciones --esto es, aceptación por parte del sujeto responsable del cumplimiento de las condiciones normativamente establecidas para su dispensación--, y derecho que prescribe a los cinco años a contar desde el día siguiente a aquél en que tuvo lugar el hecho causante ex artículo 53.1 T.R.L.G.S.S/2015. Se deben distinguir también los efectos de tal reconocimiento, que se producirán en todo caso y a tenor del número 1 *in fine* del mismo artículo 53, con una retroactividad de tres meses a la fecha de la solicitud de las prestaciones. Y se debe distinguir finalmente el derecho al percibo efectivo de las prestaciones que, según el número 2 del artículo 44, tratándose de

médico, sino del reconocimiento del derecho a las prestaciones por un nuevo proceso patológico ...". Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias de 13 de noviembre de 2015. Recurso 2217/2015, si bien referida a un trabajador autónomo. En el mismo sentido, si bien por vía indirecta, anulando una Sentencia del T.S.J. de la Comunidad Valenciana, Sentencia de la Sala de lo social del T.S. de 10 de febrero de 2015. Recurso 390/2014.

⁶⁷⁰ Navarro Gallel, C.: "Prescripción del derecho y caducidad de acción en los procesos de incapacidad temporal". Actualidad Laboral 9/2000.

prestaciones periódicas, caducará al año de su respectivo vencimiento.

Hemos de tener en cuenta a este respecto que la emisión del parte de baja por I.T. cumple la función de solicitud de prestaciones en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, como recordó la Sala de lo Social del T.S.J. de Aragón⁶⁷¹ en relación con el T.R.L.G.S.S./1994, que siguiendo la línea ya señalada por la jurisprudencia del T.S.⁶⁷² en relación con el anterior texto refundido de la legislación de Seguridad Social, señala textualmente que “...el abono de la prestación económica de I.T. no está condicionado a la solicitud previa del trabajador afectado, sino que en virtud del principio de << oficialidad >> (en el sentido de que se hace innecesaria la petición de parte) o automaticidad de las prestaciones, se devengan éstas una vez producida la correspondiente baja a través del parte emitido por el organismo competente y la consiguiente obligación por parte de la empresa empleadora de abonarlas de forma directa por la colaboración obligatoria...”.

Partiendo de estas normas, la peculiaridad que se encuentra en relación con la I.T. estriba en la diferenciación que es preciso establecer entre prestaciones derivadas de contingencias comunes y de contingencias profesionales. En lo que a las primeras respecta, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es, evidentemente, el de la producción del hecho causante de I.T. Sin embargo, al referirnos a la caducidad, dado que el automatismo del reconocimiento de la situación va unido a la expedición del parte de baja por el facultativo del Servicio Público de Salud ex artículo 95 norma 2ª L.G.S.S./1966, con relación a los trabajadores que se encuentran afiliados y en alta, el derecho al percibo de la prestación económica tiene lugar no a partir de la emisión del primer parte de confirmación al cuarto día de la baja⁶⁷³, como sucedía conforme la regulación anterior, sino a partir del día en el que el trabajador adquiere el derecho a la

⁶⁷¹ Sentencia de 12 de julio de 1999.-R. Actualidad Laboral 331/2000.

⁶⁷² Sentencias de 9 de octubre de 1992; 12 de febrero de 1993 y 17 de febrero de 1994 Sentencias posteriores de la Sala de lo Social del T.S. 9 de febrero de 1992 y de 1 de febrero de 1999 citadas por la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 28 de mayo de 2001. Recurso 4003/2000. Estas, su vez, citadas por la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Sevilla) de 26 de noviembre de 2004. Recurso 1731/2004). Además de la de 5 de diciembre de 2005. Recurso 9/2004, citada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Extremadura de 26 de marzo de 2009. Recurso 162/2009

⁶⁷³ Artículo 8.a) de la O.M. de 13 de octubre de 1967 y artículo 2.1 párrafo segundo del R.D. 625/2014.

prestación⁶⁷⁴ que es el cuarto a partir de la fecha la baja para el caso de contingencias comunes, y el siguiente a partir de la producción del accidente laboral o declaración de la enfermedad profesional. Momento y días a partir de los que comienza a contarse el plazo de caducidad de un año del derecho a la percepción efectiva de la prestación⁶⁷⁵. Pero ello sin perjuicio de que si, a tenor del artículo 170 T.R.L.G.S.S./2015 el derecho al subsidio fuera denegado por resolución expresa, habría que estar a las fechas de Resolución de la Reclamación Previa o de la Sentencia judicial estimatorias de la acción de obtención de reconocimiento del derecho a prestaciones económicas de I.T. derivadas de contingencias comunes para el cómputo del plazo de caducidad de las prestaciones así reconocidas.

Con relación a las contingencias profesionales, a pesar de regir igualmente el principio de automaticidad de las prestaciones de I.T. , respecto a los trabajadores en alta por aplicación subsidiaria de la ante citada norma 2ª del artículo 95 L.G.S.S./1966, es preciso tener en cuenta que el reconocimiento o denegación del derecho a las prestaciones económicas de I.T. ha de venir expresamente motivado y formalizado por escrito de la Mutua colaboradora de la Seguridad Social en virtud de lo regulado en el R.D. 625/2014, por lo que, teniendo plena aplicación el plazo de cinco años desde la producción del hecho causante para el reconocimiento del derecho, una vez obtenido éste por Acuerdo de la Mutua, será la fecha de la constancia de recepción de la notificación por escrito de la concesión --no la fecha de emisión de la concesión--la que constituya el día inicial del plazo de caducidad del derecho al efectivo percibo de la prestación económica. Y esta consideración opera también en el caso de que la Mutua colaboradora con la Seguridad Social, en uso de la facultad que el artículo 6 y concordantes del precitado R.D. 625/2014 le concede, proceda a revisar, dentro del plazo de dos meses, sus actos de determinación inicial del subsidio de I.T. dado que, en todo caso, no se revisa el acto de reconocimiento del derecho sino su cuantificación aritmética.

⁶⁷⁴ De acuerdo con el artículo 2.3 del R.D. 625/2014, de 18 de julio los partes de confirmación se extienden en función de la duración estimada de la baja, por lo que rige el precitado artículo 8.a) de la O.M. de 13 de octubre de 1967.

⁶⁷⁵ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. dictada en unificación de doctrina, de 1 de febrero de 1999, citando jurisprudencia anterior. R Actualidad Laboral 946/99; de 24 de octubre de 2005. Recurso 1918/2004.

5.2. Prueba y valoración de la prueba

Las cuestiones discrepantes en definitiva se resolverán por medio de resolución dictada por los jueces de lo social, lo que nos lleva al planteamiento de otra cuestión que deseamos abordar: la valoración judicial de las pruebas, fundamentalmente de las pruebas documentales y periciales en esta clase de procesos derivados de I. T como especialidades en el proceso de prestaciones de Seguridad Social e impugnación de altas médicas. Hemos de tener en cuenta que respecto a la valoración de los informes y pericias médicas aportadas por las partes al proceso, no han de primar necesariamente los dictámenes facultativos públicos, esto es, aportados por las Entidades Gestoras de la Seguridad social, sobre los privados, dado que no existe preferencia legal alguna al respecto para ellos, por lo que, tal y como se ha apuntado⁶⁷⁶ será la regla de la sana crítica ex artículos 326 y 348 L.E.C.--en función de la remisión normativa a esta última norma que se realiza con carácter general en la disposición final cuarta de la L.R.J.S--entendida como el criterio de razonabilidad determinante, dé prevalencia a un informe médico sobre otro; sin perjuicio de que los hechos probados de la Sentencia recojan la convicción judicial que, en su caso, y por razones objetivas puedan ser objeto de recurso por la vía de la revisión de los hechos probados en base a las pruebas documentales y periciales practicadas, a tenor del artículo 193.b) L.R.J.S.

De este modo, en relación con la prueba documental, de acuerdo con el artículo 94 L.R.J.S, de los documentos aportados por las partes se dará traslado a la otra en el acto de la vista oral, debiendo presentarse ordenada y numerada. En el caso objeto de estudio, las pruebas documentales consistirán en informes médicos, partes de baja, confirmación y alta, de la parte demandante fundamentalmente los primeros (por lo que diremos a continuación) así como de los escritos presentados, teniendo en cuenta que con la Demanda se ha debido presentar la Resolución de la Reclamación Previa o su formulación, en caso de desestimación tácita.

De acuerdo con los artículos 326 y 319 de la L.E.C. y 1255 C.c., los documentos privados harán prueba plena en el proceso siempre que no se impugne su contenido;

⁶⁷⁶ Sánchez Pego, F.J. y Tolosa Tribiño, C. "Los procesos de Seguridad Social. Tema 27 de la obra Derecho de la ...óp. cit. pág.703.

impugnación que no suele ser habitual tratándose informes médicos, pero el juzgador puede formar su convicción valorando conjuntamente todos los medios probatorios, teniendo amplia libertad para valorar conforme a su recto criterio⁶⁷⁷. Con respecto a los informes médicos, la doctrina judicial ha venido argumentando tradicionalmente sobre dos bases: no existe razón para dar más valor a los informes privados que a los oficiales⁶⁷⁸ y los informes médicos de la sanidad pública gozan de una presunción de objetividad⁶⁷⁹. Pero estas bases han de ser objeto de matización pues no rigen con carácter general⁶⁸⁰. De una parte, en estos procesos de impugnación de altas, caso de formulación de discrepancia por parte de la Inspección Médica del Servicio Público de Salud, encontramos sendos informes médicos contradictorios, emitidos por organismos públicos, de los cuales uno (I.N.S.S) es a la vez el competente para reconocer la prestación económica de I.T.⁶⁸¹ y el otro (Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma) el Ente Gestor de la prestación de asistencia sanitaria. De otra, los informes médicos privados pueden gozar de mayor solvencia científica por estar emitidos por especialista en la materia objeto del mismo⁶⁸², mayor fuerza de convicción o rigor científico⁶⁸³, garantía de fiabilidad⁶⁸⁴, teniendo en cuenta que los facultativos médicos que forman parte del E.V.I. son médicos inspectores y evaluadores⁶⁸⁵. Además, los informes, tanto públicos como privados, han de circunscribirse a describir la patología, y, en su caso, a determinar, en opinión del facultativo, las limitaciones estrictamente físicas (o psíquicas, de haberlas) pero no relacionándolas expresamente con las tareas de la profesión habitual, por constituir ello una valoración jurídica que sólo incumbe al órgano jurisdiccional⁶⁸⁶.

⁶⁷⁷ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S de 2 de julio de 1990 (RJ 6039/1990); 2 de enero de 1988 (RJ 54/1988) y 27 de enero de 1991(RJ 69/1991)

⁶⁷⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Murcia, de 15 de marzo de 2004 (JUR 134600/2004).

⁶⁷⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J.de Asturias de 19 de octubre de 2001 (AS 3935/2001).

⁶⁸⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Valladolid). De 23 de enero de 2008. Recurso .2006/2007

⁶⁸¹ Luego es parte interesada.

⁶⁸² Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada) de 25 de febrero de 2009. Recurso 2653/2008.

⁶⁸³ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco, Sala de lo Social de 21 de mayo de 2013. Recurso 657/2013

⁶⁸⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 16 Ene. 2001. Recurso 3391/1998

⁶⁸⁵ Artículo 2 del R.D. 1300/1995, de 21 de julio, que determina la composición de los Equipos de Valoración de Incapacidades--EE.VV. II.--.

⁶⁸⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, Sección 4ª, de 7 Feb. 2006. Recurso 4471/2005

Respecto a la prueba pericial es preciso destacar en primer lugar que de acuerdo con el punto y seguido del número 1 del artículo 93 L.R.J.S no será precisa la ratificación de los informes médicos obrantes en el expediente administrativo cuya aportación sea preceptiva, lo que viene a dotar *ex lege* el carácter de prueba pericial, como así lo muestra su referencia en aquél artículo, a los informes médicos de los Servicios Públicos de Salud, de los evaluadores del E.V.I. o de los médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, sin la necesidad de la ratificación en juicio oral. De este modo, lo que venían a constituir en su caso, documentos administrativos que, en el ámbito sanitario, al no contar con norma expresa reguladora de la definición de su fuerza probatoria, gozarían de una presunción de certeza que puede destruirse por otros medios de prueba, pasa a convertirse en prueba pericial *per se*, digamos que con una presunción técnica de certeza más difícil de desvirtuar (pero no imposible, ciertamente). Y esto teniendo en cuenta que de acuerdo con el número 2 del artículo 335 L.E.C., todo perito al emitir su dictamen, debe manifestar bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a la parte; manifestación que evidentemente no se produce en relación con los peritos profesionales que firman los informes médicos de Servicio Público de Salud, EE.VV.II o Mutuas de Accidentes de Trabajo⁶⁸⁷.

El artículo 370.4 LEC regula específicamente la figura del testigo-perito; esto es, el testigo que posea conocimientos, en este caso científicos, técnicos y prácticos sobre la materia (especialidad médica) a que se refieran los hechos del interrogatorio. Nos estamos refiriendo, en este punto, al médico especialista perteneciente al Servicio Público de Salud correspondiente que está atendiendo personalmente al demandante en una situación de I. T derivada de contingencias comunes, y por consiguiente conoce tanto las características técnico-médicas de la enfermedad objeto del procedimiento judicial, como la situación personal, diagnóstico, evolución y pronóstico del padecimiento alegado por el paciente-demandante en el procedimiento concreto desarrollado ante el Juzgado de lo social, en términos generales, de impugnación de

⁶⁸⁷ La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Galicia de 20 de agosto de 1998 (AS 2569/1998) consideraba que los informes médicos no ratificados en el acto del juicio por la vía de la prueba pericial no constituyen sino meras manifestaciones de los facultativos que los emiten

alta emitida a instancias de I.N.S.S, Inspección Médica del Servicio de Salud competente o a propuesta de la Mutua colaboradora encargada de la gestión de la prestación económica de I. T.

La intervención del perito como testigo en el proceso por tanto cobra una especial importancia pues no sólo consiste en la ratificación de un informe emitido por escrito acerca del criterio estrictamente técnico de una exploración del demandante en el proceso judicial, sino que, al tratarse del médico especialista que atiende habitualmente a “ese” paciente en concreto, conoce las características puntuales y personales que en éste produce la dolencia cuya expresión impide el desarrollo del trabajo ordinario del enfermo y sobre las cuales se le pregunta—no olvidemos que la prueba es de “testigo”-perito—que por consiguiente ha de responder a preguntas que se le formulan y que es un sujeto distinto de las partes y de sus representantes que declara sobre percepciones sensoriales relativas a hechos concretos, controvertidos y procesalmente relevantes⁶⁸⁸--la situación físico-psíquica del actor--que, además, posee los conocimientos científicos y prácticos sobre la materia objeto de interrogatorio—la repercusión de aquélla en su capacidad o no de reanudar o realizar el trabajo que desempeñaba--, aportando al juicio su docta interpretación, afirmando o negando la relación de causalidad entre lo alegado y las consecuencias derivadas del acontecimiento sometido a pericia⁶⁸⁹. Por su carácter de “testigo especial” no cabrá su tacha en el proceso social, aunque como prescribe 92.2 L.R.J.S. las partes o sus representantes más bien, podrán hacer en las conclusiones previas a la declaración de visto para Sentencia del juicio, las observaciones oportunas respecto de las circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones.

Al respecto de la petición de citación judicial del testigo-perito, hemos de indicar que ordinariamente tal petición de citación oficial a través del Juzgado pertinente se debe a que el médico especialista, con carácter general, está prestando sus servicios en un centro hospitalario y para un Servicio Público integrado en el Sistema Nacional de Salud, de forma que para poder ausentarse del mismo y evitar perjuicios a los pacientes, evidentemente debe acudir a una citación judicial con el suficiente margen temporal para programar su trabajo con antelación, cumpliendo de esta manera con un deber de

⁶⁸⁸ De la Oliva Santos, A; Díez-Picazo Jiménez, I.- Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001.pág. 320

⁶⁸⁹ González Díez, F.- Los medios de prueba en el proceso laboral. Thomson. Civitas. Navarra. 2005. pág.145

colaboración con la justicia. No obstante, hemos de apuntar críticamente que los juzgados de lo social no se muestran excesivamente inclinados a llevar a cabo estas citaciones judiciales de los médicos especialistas del Sistema Público de Sanidad⁶⁹⁰, por lo que la solución que al interesado en la práctica de esa prueba le queda es la de pedir al especialista, no ya la colaboración con la Justicia que presupone la citación judicial, sino la gracia personal a su favor para que acuda voluntariamente a la vista oral para intervenir en ella⁶⁹¹.

El artículo 93.2 L.R.J.S. contempla la posibilidad de acudir a la intervención del médico forense, llamado bien de oficio por el Juez de lo Social, bien a instancia de parte, en los casos en que, dice el artículo, “...sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención, a la vista de los reconocimientos e informes que constaren previamente en las actuaciones...”, lo que parece razonable dentro de una instancia en la que, normalmente, se aportarán ya sea por vía documental, ya pericialmente, valoraciones facultativas divergentes, reconociendo expresamente como medio de prueba pericial al informe del médico forense. A pesar de que no es un medio de prueba (o de valoración de las mismas) que se emplee con normalidad a la fecha, como se ha pretendido justificar⁶⁹² por razones operativas, pensamos que puede ser muy útil la instrumentación del referido informe forense ante las que entendemos que actualmente no pueden ser consideradas como pruebas periciales de carácter objetivo, las presentadas por el I.N.S.S. y por la Entidad Gestora de las prestaciones sanitarias en la Comunidad Autónoma de que se trate ya que son evidentemente presentadas por parte interesada, interviniente en el juicio (al igual que las aportadas en su caso por las Mutuas

⁶⁹⁰ Por no decir que las rechazan expresamente. Recogemos el razonamiento de un Auto de 8 de marzo de 2007 que desestima el Recurso de Reposición interpuesto frente a Providencia que rechaza la petición de citación a un médico especialista de un Hospital público: “...por lo que de accederse a tal pretensión, los centros públicos hospitalarios y asistenciales quedarían prácticamente vacíos si tuviesen que acudir a testificar en relación con sus pacientes en los múltiples juicios que por tales cuestiones se solventan diariamente en esta jurisdicción...”.

⁶⁹¹ Lo que conlleva que, sin perjuicio de la organización del servicio sanitario de que se trate, el médico especialista deberá solicitar autorización de sus superiores para acudir al juicio a través de la concesión de un permiso ad hoc (¿“asuntos propios?”). Es decir, el demandante se encuentra absolutamente entregado a la buena voluntad del facultativo en su disposición a la prueba pericial o de testigo-perito en su caso.

⁶⁹² De la Oliva Santos, A; Díez-Picazo Jiménez, I.- Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001 óp.cit., pág. 703.

colaboradoras de la Seguridad Social y por los sujetos individuales actuantes) de forma que la pericia o en su caso el informe forense pueden aportar una visión auténticamente independiente a la hora de fundamentar la decisión judicial en el proceso de que se trate.

5.3. Sentencia y recursos

La sentencia dictada en el procedimiento de impugnación de altas médicas está excluida de Recurso de Suplicación por el artículo 191.1 g) de la L.R.J.S., cualquiera que fuese la cuantía de las prestaciones económicas de I.T. que el trabajador estuviese recibiendo, por lo que este proceso se agota en esa fase de instancia⁶⁹³. Por lo que se refiere al acceso al Recurso de Suplicación en otros asuntos ligados a la I.T., es preciso distinguir entre la reclamación sobre reconocimiento del derecho a las prestaciones de I.T., frente a cuya Sentencia en instancia, sea estimatoria—reconocimiento—o desestimatoria—denegación—siempre procede el Recurso de Suplicación según previene el artículo 191.3 c) LRJS⁶⁹⁴, y la reclamación sobre diferencias en la cuantía del abono del subsidio económico de I.T., ya sea en función del cálculo de la base reguladora, ya en razón de la duración en tiempo del pago de la prestación, en cuyo caso solamente accederían a Suplicación aquellas reclamaciones cuya cuantía excediese de 3.000€⁶⁹⁵ en función de las determinaciones de la letra g) del número 2 del artículo 191 L.R.J.S., puesto que en estos casos no se trata, como hemos indicado en el supuesto anterior, del ejercicio de un derecho a reconocimiento de prestaciones de Seguridad social sino que, reconocidas éstas, la discrepancia se centra en una diferencia acerca de la correcta cuantía de aquéllas, constituyéndose la ante citada cifra de 3000€ en rectora de la existencia o no de recurso.

A propósito de eventuales recursos, conviene decir que la sentencia condenatoria al pago de prestaciones periódicas es directa e inmediatamente ejecutiva tal y como

⁶⁹³ Es preciso recordar la interpretación restrictiva del proceso de impugnación de altas médicas a la que hacíamos referencia en el apartado 4 B) anterior. Sin perjuicio, en su caso del recurso extraordinario de revisión ex artículos 236 L.R.J.S. y 510 y concordantes de la L.E.C o en su caso del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 L.O.P.J.

⁶⁹⁴ *Ídem*, artículo 189.1 c) L.P.L.

⁶⁹⁵ La cuantía que el artículo 189.1 L.P.L. fijaba era de 1803€.

establece el artículo 294 L.R.J.S.⁶⁹⁶, por lo que el demandado condenado, Entidad Gestora, Mutua colaboradora de la Seguridad Social o empresa en su caso, quedará obligado al abono de la prestación hasta el límite declarado de su responsabilidad. De este modo, para recurrir en Suplicación la Sentencia adversa, la Entidad Gestora deberá, al anunciar el Recurso, presentar en el Juzgado de lo Social que conoció el caso en instancia, la certificación acreditativa de que comienza el abono de la prestación de pago periódico y que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso ex artículo 230.2 c) L.R.J.S.⁶⁹⁷ Si los obligados condenados son una Mutua colaboradora o una empresa, deberán consignar el depósito procedente para interponer el Recurso-- artículo 229.1.a) LR.J.S.-- del que está exenta la entidad gestora por gozar del beneficio de justicia gratuita, y además ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social la cantidad correspondiente al capital importe de la prestación declarada en el fallo de la Sentencia, que será calculado por la Entidad Gestora o Servicio común, presentando el resguardo acreditativo en el Juzgado de lo Social de acuerdo con la letra a) del número 2 del mismo artículo 230 L.R.J.S., para que aquélla pueda iniciar el pago de las prestaciones periódicas.

Según previene el artículo 294 L.R.J.S.,⁶⁹⁸ confirmada la Sentencia favorable, el beneficiario tendrá derecho a recibir en su totalidad las cantidades consignadas correspondientes a los pagos de períodos anteriores al de inicio del abono de la prestación periódica. Y dado el supuesto de que la Sentencia favorable al beneficiario fuese revocada, éste no vendrá obligado al reintegro de las cantidades percibidas durante el período de ejecución provisional, conservando su derecho al abono de las prestaciones devengadas durante la tramitación del recurso y que no hubiera percibido aún a la fecha de firmeza de la Sentencia estimatoria del Recurso.

6.- Procedimiento en materia de complementos convencionales de prestaciones

También pueden generar procesos judiciales los complementos de prestaciones de I.T. a cargo de la empresa. Debe entenderse que estos procesos pertenecen igualmente a la competencia de la jurisdicción social, pues según la letra q) del artículo 2 de la vigente

⁶⁹⁶ Anterior 292 L.P.L.

⁶⁹⁷ Así lo disponía el artículo 192.4 L.P.L.

⁶⁹⁸ La misma redacción del artículo 292 L.P.L.

L.R.J.S.⁶⁹⁹ son competentes los órganos jurisdiccionales del orden social para conocer de las cuestiones litigiosas “...en la aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de una decisión unilateral del empresario, un contrato de trabajo o un convenio, pacto o acuerdo colectivo; así como de los complementos de prestaciones o de las indemnizaciones, especialmente en los supuestos de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que pudieran establecerse por las Administraciones Públicas a favor de cualquier beneficiario...”, por lo que han de entenderse incluidas en estas cuestiones las demandas derivadas de las reclamaciones de cantidades pactadas a cargo de las empresas como complementos de las prestaciones económicas de I.T. como mejora voluntaria de las medidas legalmente previstas en nuestro sistema de Seguridad Social como protectoras de esta contingencia.

Con referencia al procedimiento a seguir en las reclamaciones derivadas de cláusulas convencionales que incluyan mejoras voluntarias de prestaciones de I.T., dado que éstas no tienen naturaleza de prestaciones de Seguridad Social en sentido estricto⁷⁰⁰, la vía de acción judicial será la ordinaria en el ámbito social y no la especial de Seguridad Social, entre otras razones porque se acciona directamente frente a la empresa y no frente a entidades gestoras o colaboradoras de seguridad social. Por ello mismo, para ejercitar la acción que tenga por objeto una reclamación derivada de un complemento de prestación, se precisa la formulación y celebración de una conciliación previa frente a la empresa presuntamente deudora y no de reclamación previa, como paso preceptivo para la presentación posterior de demanda en proceso ordinario. Es verdad que el hecho de que artículo 142.1 párrafo segundo L.R.J.S. aluda a las mejoras voluntarias o complementarias de seguridad social a la hora de exigir medidas de garantía para la debida cobertura del riesgo en los procesos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, puede inducir a pensar que el proceso especial de prestaciones de Seguridad Social es aplicable también a este tipo de reclamaciones frente al empresario. Pero cabe concluir, de forma más razonable, que esa previsión legal está formulada en términos más generales para toda reclamación ligada a esos riesgos profesionales y que

⁶⁹⁹ El mismo artículo 2 de la anterior L.P.L. se refería a la competencia de la jurisdicción social para conocer de las reclamaciones surgidas de la “aplicación de los sistemas de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social...” siempre y cuando su “...causa derive de un contrato de trabajo ó Convenio Colectivo...”.

⁷⁰⁰ Ver Capítulo Séptimo.

no prejuzga el procedimiento, que ha de decidirse con arreglo a otros criterios. Lo cual no impide que tal previsión puede ser extendida también, si se dieran esas circunstancias de aseguramiento de prestaciones, al proceso ordinario que tenga por objeto la reclamación de mejoras voluntarias⁷⁰¹.

El carácter voluntario de su establecimiento y el hecho de que sean abonos complementarios de las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, hace que su reclamación deba realizarse mediante una acción independiente de una posible petición de aquéllas ante la empresa deudora por pago delegado y por tanto la imposibilidad de acumular ambas clases de reclamaciones ex artículo 27.6 L.R.J.S., al no tener la misma causa de pedir. Además, al considerar que su origen es pactado hace la reclamación deba remitirse expresamente a aquel acuerdo constitutivo para concretar el procedimiento de la petición, si está establecido específicamente alguno (que, por ejemplo, puede establecer una petición o reconocimiento previo ante la Comisión paritaria del Convenio o ante una comisión ad hoc). En ausencia del mismo, el proceso judicial no ofrece particularidad específica alguna en relación con el proceso ordinario, precisándose como se ha indicado, como requisito previo el intento de conciliación previa ante el órgano administrativo correspondiente, a tenor de lo prevenido en los artículos 63 y siguientes de la ley procedimental y posterior demanda ante el Juzgado de lo Social competente ex artículo 10.2 b) del mismo texto legal.

Respecto a la legitimación, la activa y pasiva la ostentarán, según la clase de acción ejercitada, trabajador-beneficiario y empresa, ya que las mejoras contenidas en cláusulas convencionales se rigen por las normas que las establecen y no constituyen prestaciones de Seguridad Social stricto sensu. En este caso debido a su carácter privado de naturaleza prestacional, no rige la responsabilidad subsidiaria de las Entidades Gestoras o Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Además, en cuanto a la pasiva, el párrafo segundo del artículo 142 L.J.R S., acogiendo la obligación de externalización de las mejoras voluntarias o complementos de prestaciones⁷⁰² en materia de jubilación o incapacidad, debe interpretarse requiriendo la extensión de la demanda a la compañía

⁷⁰¹ Ver su diferente tratamiento fiscal en Capítulo Sexto.8

⁷⁰² Su instrumentación fue dilatada hasta el 16 de noviembre de 2002 por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, tras un proceso que se inició con la Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y supervisión de los seguros privados.

aseguradora con la que se hayan cubiertos tales complementos prestaciones, si así se ha establecido en Convenio Colectivo puesto que por lo que se refiere concretamente a los complementos de prestaciones de I.T. no existe la obligación legal de instrumentalizar las mejoras pactadas.

A efectos de prescripción, al ser aplicable a los complementos de prestaciones el artículo 59. T.R.E.T/2015, la acción para su reclamación prescribirá al año a contar desde la fecha en que debía ser percibida, interrumpiéndose la prescripción con la interposición de la papeleta de Conciliación. Es decir, el carácter complementario de las prestaciones de I.T. no convierte a estas cantidades en asimiladas a aquéllas a todos los efectos, sino que sólo es de aplicación su régimen jurídico con carácter subsidiario y en tanto en cuanto su carácter de mejora viene anudado a las situaciones de I.T.,⁷⁰³ pero no a estos efectos, aunque tampoco se trate del mismo régimen jurídico de los salarios, pues la reclamación de complementos convencionales de prestaciones de I.T. no tiene carácter salarial⁷⁰⁴.

En último lugar, refiriéndonos al acceso a Recurso, la Sentencia de instancia en esta materia de complementos de prestaciones convencionales de I.T. no sería recurrible en Suplicación ex artículo 191.3 c) L.R.J.S., artículo que contempla stricto sensu ⁷⁰⁵ las prestaciones de Seguridad social, por lo que el Recurso vendría posibilitado por una reclamación cuantitativamente superior a 3000€.—artículo 191.2 g) L.R.J.S.—o en su caso porque la reclamación, acumulada o no, afecte a todos o gran número de trabajadores—artículo 191.3 a) L.R.J.S.—y tal circunstancia de afectación general “...fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes...”, lo que nos remite, pues, a su prueba y, de todas maneras, a su incidencia ⁷⁰⁶ en, al menos una empresa de considerables dimensiones o normalmente en un sector de actividad

⁷⁰³ Galiana Moreno, J.M. y Sempere Navarro, A.V., “La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por Convenio Colectivo a cargo de empresas públicas”, *Actualidad Laboral*, núm.8/1987.

⁷⁰⁴ La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Aragón de 3 de febrero de 1999.-R. *Actualidad Laboral* 919/99, estima aplicable el artículo 921 L.E.C. para el abono de intereses de demora en el pago de complementos de prestaciones de I.T. al considerar improcedente el cálculo del 10 por ciento del artículo 29.3 T.R.E.T.

⁷⁰⁵ Espinosa Casares, I., *Técnica del Recurso de Suplicación*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág.48.

⁷⁰⁶ *Ídem*, pág.44.

derivándose las circunstancias de generalidad de la existencia de una cláusula convencional de aquél regidora de los complementos de prestaciones de I.T. reclamadas que afecte a todos o gran número de trabajadores del ámbito de referencia.

CAPÍTULO SÉPTIMO

COMPLEMENTOS A LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

1.- La introducción de las mejoras voluntarias de prestaciones en la negociación colectiva española

Como otras prestaciones de seguridad social, la prestación económica de IT admite mejoras a través de instrumentos complementarios o privados. La finalidad de dichas mejoras es permitir al trabajador obtener una cantidad adicional a cargo de la empresa para recibir una retribución que, sumada al subsidio, permita llegar a la cantidad más cercana posible a los ingresos que obtendría de poder trabajar. Las mejoras pueden proceder, en primer lugar, de la negociación colectiva. En segundo lugar, pueden venir del concierto de seguros específicos con Compañías aseguradoras o por medio de las Mutualidades de Previsión que cubran privadamente las consecuencias de la producción del riesgo protegido. De otra parte (y en un sentido totalmente diferente, puesto que se aborda el complemento de prestaciones desde una perspectiva sancionadora), las prestaciones económicas pueden verse incrementadas por el establecimiento legal de un porcentaje adicional al subsidio de I.T. en función, fundamentalmente, de incumplimientos empresariales en materia de prevención y seguridad laborales: el recargo de prestaciones.

Nos centraremos en primer término en las vías de mejora de mayor tradición en nuestro sistema. Conviene decir a este respecto que como consecuencia de la instauración del régimen franquista tras su victoria en la Guerra Civil (1936-39) las relaciones laborales en España se publican extraordinariamente, quedando al margen el carácter colectivo de las mismas pues es el Estado a través de la oficialmente constituida Organización Sindical, que se convierte en custodio y garante de los derechos de los trabajadores, especialmente a través de una fuente normativa que no procede del poder legislativo⁷⁰⁷ pero es característica del Derecho laboral español de la época y pervivió⁷⁰⁸ hasta muy

⁷⁰⁷ Bayón Chacón, G. y Pérez Botija, E.-Manual de Derecho del Trabajo. Madrid 1958-59. págs.11 y ss.

⁷⁰⁸ A partir de 1 de enero de 1996 quedaron derogadas todas las Ordenanzas laborales ya que, tras la ley 11/1994, la vigencia de estas normas se fijó hasta el 31-12-94, habiéndose ampliado la vigencia, total ó parcial de 61 de

recientemente: las Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo. Sin embargo, la artificialidad de esta situación llevará progresivamente al reconocimiento legal de los verdaderos protagonistas sociales inicialmente a través de la ley de 24 de abril de 1958, reguladora de los Convenios Colectivos Sindicales, tímida y limitadamente cierto es, como corresponde a los designios políticos del momento en que se aprueba.

De este modo, para proceder al examen histórico del régimen franquista se acude⁷⁰⁹ al elemento normativo característico del Derecho del Trabajo de este período, expresión del intervencionismo estatal en las relaciones colectivas, que fueron las precitadas Reglamentaciones de Trabajo --posteriormente Ordenanzas Laborales--, que actuaban como "...vehículo del giro autoritario del régimen en el ámbito de las relaciones de trabajo, que se manifiesta en el reforzamiento de los poderes de dirección y disciplina..."⁷¹⁰, fundamentalmente en el que se considera⁷¹¹ primer período, el de autarquía, en la historia del régimen franquista. Así, por lo que, a la existencia de mejoras, en general, en las condiciones laborales de los trabajadores se refiere, eran iniciativas exclusivamente patronales que se incluían en las Ordenanzas.

De otra parte, las fórmulas de protección complementaria a través de las Entidades de Previsión Social reguladas en la Ley de 30 de diciembre de 1941 no atendían esencialmente la situación de incapacidad temporal para el trabajo ni en su origen ni tampoco esencialmente al día de hoy al verse adscritas a la actividad aseguradora⁷¹² a través de la ley de Ordenación de los Seguros Privados de 1995 y el Reglamento aprobado por Real Decreto 2615/1985, cubriendo más bien los ámbitos paralelos de invalidez, jubilación y muerte y supervivencia. No será, pues, hasta la promulgación de la ley de Convenios Colectivos Sindicales de 1958 cuando se pueda comenzar a hablar

aquéllas por la O.M. de 28 de diciembre de 1994 (B.O.E. 29-12) en sus Anexos I y II, hasta el 31 de diciembre de 1995.

⁷⁰⁹ Martín Valverde, A; Valdés Dal-Ré, F. *et alrri*. Estudio Preliminar de la obra colectiva La legislación social en la Historia de España. De la Revolución liberal a 1936. Madrid. Congreso de los Diputados. 1987.

⁷¹⁰ *Ibidem*.

⁷¹¹ Tuñón de Lara, M. "El modelo franquista" dentro del Vol.XII. La España de la Cruzada, de la Historia de España, de Historia 16.1982.

⁷¹² García Murcia, J. III Ponencia El Espacio de las pensiones privadas. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid 1999.págs. 32 y ss.

de mejoras complementarias en el sentido aquí estudiado, es decir, derivadas de la negociación colectiva.

Por medio de la Ley de 24 de abril de 1958 se regularon los entonces denominados Convenios Colectivos Sindicales, tímido paso adelante del régimen hacia el reconocimiento del derecho de negociación. En ella, el legislador afirmaba que los Convenios Colectivos Sindicales se celebraban para la mejora de las condiciones de trabajo de los “productores”, en plena consonancia con el expresado espíritu intervencionista y proteccionista del Estado, como contravalor de la restricción de los derechos públicos (más concretamente en el ámbito laboral, y especialmente el derecho a la negociación colectiva --hasta entonces oficialmente inexistente--, a la libre sindicación, a la adopción de medidas de conflicto colectivo y sobre todo, el derecho a la huelga). Así, la Ley, en lo que atañe al ámbito de nuestro estudio, establecía en su artículo 11 que “las condiciones generales de prestación de trabajo a que se refieren los Convenios Colectivos Sindicales” podrán incluir, entre otros extremos, un complemento como compensación por enfermedad, accidente o causa análoga. Junto con estos complementos el Decreto de 21 de marzo de 1958 otorgó a las empresas la posibilidad de establecer mejoras voluntarias por encima de las previstas en las Reglamentaciones de Trabajo con el fin de elevar gradualmente el nivel de vida de los trabajadores. Su artículo 1 eximía de cotización tales mejoras siempre que así se acordara y se hiciera público por la empresa al concederlas⁷¹³. Exoneraba igualmente de cotización a las primas a la producción y demás remuneraciones concedidas por rendimiento.

Por lo que se refiere expresamente al desarrollo práctico de la Ley a través de la introducción de las cláusulas concretas objeto de nuestro estudio, prontamente, en el Convenio Colectivo del Monopolio de Petróleos⁷¹⁴, aparece la primera cláusula convencional *ad hoc*, aunque no encontramos sino hasta bien entrado el año 1962⁷¹⁵ un

⁷¹³ Aguilera Izquierdo, R “El Decreto 56/1963 y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”. Legislación histórica de previsión Social. (García Murcia, J. y Castro _Argüelles, M^a A., Directores), óp. cit. págs. 358 y ss.

⁷¹⁴ Convenio de Monopolio de Petróleos—B.O.E. 31-8-59--: “...El trabajador que por incapacidad laboral sea dado de baja por accidente de trabajo, percibirá, con cargo a la empresa, la cantidad correspondiente hasta completar el salario real que tiene establecida la Reglamentación...”.

⁷¹⁵ Convenio de la Empresa Nacional Calvo Sotelo—B.O.E. 11-5-562--; Rama de Distribución de Cinematografía—B.O.E. 29-7-62--; Interprovincial Afines—B.O.E. 31-8-61--; Azulejera de Castellón y Valencia—B.O.E. 9-11-61--; Agencias de Viajes—B.O.E. 19-12-62.

pequeño número de convenios que recojan cláusulas de este tenor, lo cual no es extraño si pensamos que no existía lo que hoy entendemos por un sistema de Seguridad Social, y las prestaciones en los casos de enfermedad y accidente derivaban del Seguro Obligatorio de Enfermedad (S.O.E.) creado por Ley de 14 de diciembre de 1942 y el Mutualismo Laboral (cuyas prestaciones se regulaban con uniformidad por medio del Reglamento General de Prestaciones aprobado por O.M. de 10 de setiembre de 1954) y por el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956 desde la perspectiva de las contingencias profesionales. De otra parte, es necesario señalar que solamente en Convenios Colectivos estatales de grandes empresas se podían contemplar tales cláusulas, quizá más por iniciativa de la parte empresarial, desde una perspectiva puramente paternalista del entendimiento de las relaciones de trabajo, para mejorar las condiciones sociales de sus trabajadores y en contrapartida a la negativa valoración entonces imperante del conflicto social, así como a una concepción unitaria de la empresa, “integradora” de todos los intereses, subordinados al bien común⁷¹⁶.

La contrapartida negativa de la introducción de los complementos la supuso la repercusión en la cotización a la Seguridad Social⁷¹⁷, expresamente reconocida en el Decreto de 17 de enero de 1963, cuya Exposición de Motivos venía a afirmar explícitamente que “...el régimen de libertad en la fijación de las retribuciones instaurado en 1958 ha repercutido intensamente en sentido negativo sobre la Seguridad Social...”. En efecto, continuaba la indicada Exposición de Motivos, “en numerosos Convenios Colectivos Sindicales y en más numerosas aún mejoras voluntarias concedidas, las partes pactantes o concedentes, haciendo uso de la libertad que el ordenamiento les concedía, han establecido mejoras salariales exentas en todo o parte de cotización para seguros sociales...”, lo cual “ha generado, aparte de un empobrecimiento general del sistema de Seguridad Social, una disminución cuantiosa de las prestaciones

⁷¹⁶ El artículo 1 de la Ley establecía que los convenios tenían por objeto: b) fomentar el sentido de la unidad en la producción y comunidad de trabajo

⁷¹⁷ “...La situación llegó a ser tan caótica y el peligro de desintegración de la Seguridad Social tan grave, que el gobierno se vio forzado a intervenir, en primer lugar, para evitar la discriminación que el aumento de los salarios voluntariamente acordados por los empresarios provocó entre los trabajadores afectados por dichas mejoras y aquellos respecto de los que dichas mejoras no se acordaron, y en segundo lugar, para lograr que las prestaciones de la Seguridad Social fueran realmente efectivas...”. Aguilera Izquierdo, R. citando a Alonso Olea “El Decreto 56/1963 y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”. Legislación histórica de previsión social. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, M^a A. Directores). óp. cit. pág. 359

proporcionales a los salarios al tener que tomarse como tales, forzosamente los de cotización, que han quedado muy por debajo de los reales, en virtud del fenómeno descrito...". Para paliar esa consecuencia, el Decreto de 17 de enero de 1963 incorporó las mejoras voluntarias a la financiación de la Seguridad Social, permitiéndolas, sólo y exclusivamente si revestían alguna de las modalidades que su artículo 6 establecía:

--Salarios de cotización adicionales.

--Conciertos con las Entidades Gestoras públicas con la finalidad de reconocer prestaciones complementarias de las mínimas públicas.

--Mejora directa de las prestaciones, que son las que directamente afectan a este estudio.

Continuando con el análisis temporal de la época, en la fase "desarrollista" del régimen franquista, dentro de lo que se ha denominado⁷¹⁸ "Etapas de cristalización" del desarrollo de la planificación de la Seguridad Social, se aprobó la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, que en su Base 13^a⁷¹⁹ atribuyó carácter subsidiario a las mejoras directas de prestaciones, puesto que sólo podían establecerse cuando se alcanzasen los límites máximos previstos para la mejora de las bases de cotización (calificada de "prioritaria" por la expresada Base). Para la ejecución de la Ley de Bases, el Texto Articulado I de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 907/1966 dedicó un Capítulo XI en su Título II a las Mejoras de la acción protectora, que fueron desarrolladas por la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, en paralelo sentido al señalado por el Decreto de 1963. Es decir, como se ha indicado, las mejoras voluntarias podrían establecerse mediante aumento de la base de cotización, establecimiento de tipos adicionales de cotización o, en fin, como mejora directa de las prestaciones. Sin embargo, como consecuencia de la aprobación de la ley 24/1972 iba a desaparecer la primera de las clases de mejoras voluntarias, de forma que al dictarse con posterioridad el Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, sus artículos 181 a 185 recogerían solamente las dos últimas posibilidades referidas relativas a la mejora por vía de acuerdo de las prestaciones oficialmente instauradas, esto es, el establecimiento de tipos adicionales de cotización y la mejora directa de prestaciones. Se produjo una tácita derogación del

⁷¹⁸ Almansa Pastor, J.M. Derecho de la ... op.cit. pág.513.

⁷¹⁹ Del Rey Guanter, S y Gala Durán, C: "Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y jurisprudencia" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 62.-Civitas. Madrid. Noviembre/diciembre 1983.

sistema de "aumento de bases de cotización", al no venir contemplado en el artículo 181 y establecer la Disposición Transitoria 3ª número 7 de dicho Texto Refundido que: "...subsistirán las mejoras voluntarias de las bases de cotización en tanto que las mismas, sin superar el tope máximo previsto en el nº 1 del artículo 74 de la presente ley, den lugar a bases de cotización superiores...", lo que suponía, por tanto, su mantenimiento provisional hasta el momento en que fueran absorbidas por las bases de cotización que el nuevo Texto Refundido establecía.

Dos años más tarde fue aprobada la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales, que, aun tardía e inoportuna como ha sido calificada⁷²⁰, vino a ser considerada en su Exposición de Motivos como "...plataforma mínima sobre la que construir toda la regulación de las relaciones laborales...", que debería ser completada por las Ordenanzas Laborales, los Convenios Colectivos Sindicales y los contratos. Así, su artículo 4 venía a recoger el supuesto de concurrencia entre dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que conllevaría la elección a favor de la que, apreciada en su conjunto, resultase más favorable al trabajador, siempre con el respeto a los preceptos de derecho necesario. Lo que vino a suponer, de modo indirecto claro es, el reconocimiento del Convenio como fuente de Derecho Laboral, que, obviamente por motivos políticos, no era contemplado en el artículo 9 de la ley de Contrato de Trabajo, cuyo Texto Refundido había sido aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944.

Desde la perspectiva de la normativa de Seguridad Social específicamente hablando, en referencia a la legalidad ordinaria, fue el precitado Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974 el que contempló el tema concreto de las mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social. Concretamente el artículo 181 del precitado Texto Refundido se refirió a las clases de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social (mejora directa de las prestaciones y establecimiento de tipos de cotización adicionales), y el 182 determinó a su vez el principio general rector de aquéllas: "...Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo...".

⁷²⁰ Casas Baamonde, M^a.E., "Las nuevas formas de empleo en el Derecho del Trabajo español: evolución y tendencias" dentro de la obra colectiva Transformaciones del Derecho del Trabajo: Nuevas formas de empleo y concertación social. Institut d'Estudis laborals. Universitat de Barcelona.1991. pág.43

Es a partir del año 1978, establecido un régimen político democrático en España, cuando la norma cúspide del sistema legislativo, la Constitución de 27 de diciembre de 1978, reconoce en su artículo 7 el papel de defensa y promoción de los intereses económico-sociales que los Sindicatos y las asociaciones patronales cumplen en el ámbito de una economía de mercado (artículo 38), intervención de representación colectiva propia de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1). Las reformas básicas de adaptación del T.R.L.G.S.S/1974 al texto constitucional (que había iniciado la Ley 26/1985) en lo que se refiere al deber/obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social contenido en el artículo 41 de aquél, se lleva a cabo especialmente por la ley 26/1990 reguladora de las prestaciones no contributivas⁷²¹, si bien previamente se había dictado el texto normativo laboral más importante de nuestro sistema laboral, el Estatuto de los Trabajadores.

La ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, dictada en cumplimiento de las previsiones del artículo 35.2 de la Constitución, reguló en su Título III ("De la negociación y de los Convenios Colectivos ") la naturaleza de los Convenios, de forma que su artículo 82 señalaba que "...Los Convenios Colectivos como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva...". Y su párrafo 2º recogía las posibilidades de su contenido, al decir que "...Mediante los Convenios Colectivos y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad...", en relación con lo dispuesto en el 85. Primero, que precisaba que "...Dentro del respeto a las leyes, los Convenios Colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y asistencial, y en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales...". Coherentemente con la libertad de negociación expresada, y procurando, pues, el

⁷²¹ Así lo indica su Exposición de Motivos: "...La presente Ley tiene como objetivo principal el establecimiento y regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un «régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos», y, por tanto, dictada al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.17.ª de la Constitución.

margen más amplio posible para ella, el párrafo 2º del mismo artículo fijaba un limitado contenido mínimo de los Convenios, que se concreta en:

- a) Determinación de las partes que lo conciertan.
- b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.
- c) Forma y condiciones de denuncia del Convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia.
- d) Designación de una Comisión Paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas.

Por lo que, al objeto concreto de nuestra atención, los complementos de prestaciones de I.T. encuentran su apoyo no sólo en el citado artículo 85. primero del Estatuto de los Trabajadores, sino también con respecto a la norma suprema del ordenamiento jurídico español, en el artículo 41 punto y seguido, ya citado, de la Constitución de 1978, que, al referirse a la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social, indica expresamente que "...La asistencia y prestaciones complementarias serán libres...".

La modificación del Estatuto de los Trabajadores realizada por la ley 11/1994, al potenciar la función reguladora de los Convenios Colectivos para "...proporcionar a los convenios una mayor capacidad de fijación de sus contenidos, de forma que en los términos acordados por las partes negociadoras, lo regulado, se ajuste lo más posible a las características de sus ámbitos de aplicación y a las condiciones tenidas en cuenta en el momento de su suscripción...", mantuvo, ampliándolo, el citado texto del artículo 85 delimitador del contenido mínimo así como de las posibilidades de regulación de los Convenios Colectivos, de forma que el Texto respalda la negociación de los complementos de prestaciones en esa determinación de materias de índole económica, laboral y asistencial que expresa el número 1 del precitado artículo.

El panorama normativo, en lo que al establecimiento de las cláusulas complementarias de prestaciones de I.T. se refiere, se vio remozado poco después por dos nuevas disposiciones legales. De una parte, con el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, que reguló en la Sección 1ª del capítulo X del Título II--artículos 191 a 194-- las mejoras voluntarias de

la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, que contempla los dos supuestos ya expresados y tradicionalmente regulados de éstas, a saber, el establecimiento de tipos de cotización adicionales y mejora directa de las prestaciones. De otra parte, con la aprobación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto legislativo 1/1995, en el que desaparece de su artículo 85 la expresión "...y asistencial..." antes contenida en la redacción original del E.T., pero que, en relación al posible contenido de los Convenios, en absoluto cierra la posibilidad de establecimiento de tales cláusulas⁷²² y, concretamente, de las complementarias de prestaciones de I.T. Esa redacción se mantiene tras las reformas operadas por las leyes 35/2010 y el Real Decreto-ley 7/2011. Posteriormente, el Real Decreto-ley 3/2012, convertido en la Ley 3/2012⁷²³, incluyó una referencia expresa a las "mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social" en el artículo 82.3 párrafo segundo letra g), al incluirlas dentro de las materias que pueden ser negociadas en el procedimiento de inaplicación de un Convenio Colectivo. La misma redacción ha sido seguida por el T.R.E.T/2015 en su artículo 84.2 g). De este modo, tales modificaciones no alteran la situación original, sino que, antes al contrario, mantienen el principio de libertad de concertación en lo que se refiere a materia de complementos de prestaciones de I.T.

Estos intentos reformadores de la negociación colectiva de 2010, 2011 y 2012 ofrecen instrumentos para salvar los defectos de una aún relativamente corta experiencia democrática y de la nota predominantemente retributiva del sistema español de relaciones laborales cuya consecuencia es que las negociaciones convencionales dediquen una parte muy importante de su tiempo-- y de su letra --a los temas salariales, como es fácilmente comprobable al asomarse a los textos de los principales Convenios así como a los acuerdos globales firmados en nuestro país desde los Pactos de La Moncloa de 1977, esto es, los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva de 2012 y 2015, pasando, entre otros por el Acuerdo Marco Interconfederal (1981) y el

⁷²² Del Rey Guanter, S y Gala Durán, C: "Protección social y negociación colectiva". Seguridad Social y Protección social: Temas de Actualidad (coordinadora López López, J.). Marcial Pons.1996. pág.277 y ss.

⁷²³ La ley 35/2010, de 17 de setiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo fue aprobado gobernando el PSOE con Rodríguez Zapatero de Jefe de Gobierno, constituyó la reforma laboral socialista, y la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo es la norma de la reforma llevada a cabo por el PP de Rajoy.

Acuerdo Económico Social (A.E.S) de 1984⁷²⁴, sin perjuicio de reconocer que lentamente la negociación colectiva va introduciendo nuevos campos de desarrollo concertado.

Con todo y a pesar de todos los defectos apuntados, poco a poco se van encontrando desarrollos convencionales que apuntan a una ampliación de los temas que constituyen el ámbito social de las relaciones negociadas de lo que pretende ser animadora la citada reforma operada por la ley 3/2012. Así, el estudio de los Convenios nos muestra, afortunadamente, una positiva evolución en la actividad de los interlocutores sociales para señalar la tendencia a una verdadera autorregulación de los intereses económico-sociales de trabajadores y empresarios, con el objetivo de lograr la confluencia de

⁷²⁴ Los acuerdos celebrados en nuestro país sobre negociación colectiva a partir de la transición democrática, han sido:--Los Pactos de la Moncloa, acuerdo económico y político firmado por las fuerzas políticas con representación parlamentaria, el 27 de octubre de 1977.--El Acuerdo Básico Interconfederal, firmado entre la U.G.T. y la C.E.O.E, en junio de 1979.--El Acuerdo Marco Interconfederal (A.M.I.) para la negociación colectiva, suscrita el 5 de enero de 1980 por la U.G.T. y la C.E.O.E., publicado en el B.O.E. el día 24 de enero de 1980, por Resolución de la Dirección General del IMAC de 11 de enero de 1980.--El Acuerdo Nacional sobre Empleo (A.N.E.) celebrado entre la U.G.T; CC.OO y la CEOE el 9 de junio de 1981 .- El Acuerdo Interconfederal--A.I--celebrado entre la U.G.T., CC.OO; CEOE y el Gobierno el 17 de febrero de 1983, publicado en el B.O.E. de 1 de marzo de 1983 por Resolución de la Dirección General de Trabajo de 17 de febrero de 1993.--El Acuerdo Económico y Social (A.E.S.), Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 1985/86, suscrito en octubre de 1984 por el Gobierno, la U.G.T., C.E.O.E. y C.E.P.Y.M.E, publicado en el B.O.E. de 12 de octubre de 1984 por Resolución de la Dirección General del IMAC de 9 de octubre de 1984.--Los Acuerdos Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo; Interconfederal sobre negociación colectiva e Interconfederal sobre cobertura de vacíos, suscritos el 28 de abril de 1997 entre C.E.O.E. y C.E.P.Y.M.E.,; U.G.T. y CC.OO, dando lugar el primero de ellos a los Reales Decretos-leyes 8 y 9/97, de medias urgentes para la mejora del mercado de trabajo y fomento de la contratación indefinida.--Y los sucesivos Acuerdos Interfederales para la Negociación Colectiva de 2002 (B.O.E 17 de enero de 2002) y 2003 (B.O.E.24 de febrero de 2003), prorrogado para 2004 (B.O.E. 31 de diciembre de 2003), 2005 (B.O.E. 16 de marzo de 2005), prorrogado para 2006 (B.O.E.10 de febrero de 2006) y 2007, prorrogado para 2008--, y los Acuerdos para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, firmado por CEOE-CEPYME, UGT Y CC.OO el 9 de febrero de 2010 (B.O.E. 22 de febrero), y el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva, con los mismo firmantes, suscrito para 2012, 2013 y 2014 el 25 de enero de 2012 (B.O.E. 6 de febrero de 2012). Al escribir este trabajo se ha firmado por CEOE-CEPYME, UGT y CC.OO el 8 de junio de 2015, pendiente de su publicación en el B.O.E., el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017. Ver L.E. de la Villa. Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática. Madrid .1985 Albiol Montesinos, I; Camps Ruiz, M.L y Goerlich Peset, J.M.-La reforma laboral de 1997.-Tirant lo Blanch.Valencia.1997.

intereses⁷²⁵. Al fin y a la postre, empresarios y trabajadores son elementos necesarios en la "vida conyugal" de una sociedad--con sus inevitables crisis-- para, de este modo, abandonar posturas decimonónicas de innecesarios enfrentamientos constantes como clave de subsistencia sindical, y seguir un modelo moderno de sindicalismo actual. Esta afirmación se puede contrastar, por lo que hace referencia al ámbito concreto de las cláusulas complementarias de prestaciones de Incapacidad Temporal, al profundizar en las distintas fórmulas pactadas sobre el tema. Y ello porque en la complementación de las prestaciones de Seguridad Social, más particularmente de las de I.T., confluyen no solamente razones pecuniarias--acuerdos referentes al tanto por ciento de complemento sobre las prestaciones legalmente previstas-- sino también socio-laborales, de manera que se cuestiona en primer lugar la conveniencia o no de los complementos, las contingencias que se complementan, en qué casos, con qué duración y características, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad abierta de una modificación normativa de carácter sustancial⁷²⁶.

La regulación convencional, mayoritariamente extendida, de los complementos de prestaciones de I.T. hacía pensar que estaba definitivamente superado el estrecho entendimiento de que tales percepciones solamente contribuían a fomentar el absentismo laboral, promocionando entre los trabajadores el deseo de prolongar las situaciones de baja laboral. Es claro que situaciones de abuso existen y siempre existirán, pero el atajarlas ha de enfocarse más desde una perspectiva de colaboración, formación e información a los trabajadores, empresarios y a la población en general, de forma que se pueda lograr una verdadera conciencia social de la importancia de la dimensión subjetiva del trabajo y de la intrínseca dimensión social del trabajo humano⁷²⁷, sobre la consideración exclusivamente objetiva o material del trabajo, para así obtener la complementariedad necesaria entre trabajo y capital, además de un control médico y administrativo eficaz de, en este caso, las situaciones de I.T.. Este es el sentido en el que parece apuntar el III Acuerdo para la negociación colectiva⁷²⁸ de 2015 cuyo punto 5, centrado en la I.T., indica que, con el objetivo de favorecer el control y la

⁷²⁵ La negociación supone presión y cesión recíprocas pero la empresa ha de ser una comunidad solidaria no encerrada en los intereses corporativos. Ver número 35 de la Encíclica *Centesimus Annus*. Juan Pablo II.

⁷²⁶ Se está pensando en la reforma introducida por el R.D-ley 5/1992.

⁷²⁷ Pontificio Consejo Justicia y Paz. Compendio de doctrina social de la Iglesia. BAC. Madrid.2005.-números 271 y ss.

⁷²⁸ Referido en cita previa a la anterior.

gestión de la contingencia, los Convenios deberían impulsar medidas de mejora en la gestión y el control de las situaciones de I.T. derivadas de contingencias comunes, vinculando a este objetivo la racionalización del establecimiento de los complementos de prestaciones públicas de I.T.

2.- Sobre la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias de prestaciones

Para un análisis específico de las características de las cláusulas complementarias de prestaciones económicas de I.T. entendemos que debe partirse de la consideración, más general, de la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias. Se han definido⁷²⁹ las mejoras voluntarias como "...medidas protectoras complementarias de las prestaciones de Seguridad Social establecidas por acuerdo, individual o colectivo, de empresarios y trabajadores, ó por simple decisión libre de aquéllos...". De este modo, se establece la diferencia con las que se han denominado⁷³⁰ mejoras obligatorias de protección de las necesidades establecidas por disposiciones de Derecho del Trabajo, que complementan las de Seguridad Social, citándose, a modo de ejemplo, en primer lugar, el artículo 68 de la ley de Contrato de Trabajo, que recogía el derecho del trabajador a percibir, en caso de enfermedad, el 50% de su salario durante cuatro días al año. En segundo lugar, las Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo, en algunas de las cuales se recogían prestaciones complementarias de la I.T. Y en tercer lugar, los Reglamentos de Régimen Interior de empresa, que del mismo modo establecían determinados complementos.

Analizando la posición de la doctrina en relación con las mejoras voluntarias, se ha afirmado⁷³¹ la estricta relación de estas mejoras voluntarias con el contrato de trabajo, al jugar, desde esta perspectiva, la acción protectora de la Seguridad Social como mero marco de referencia. De otra parte, se ha apuntado⁷³² que la naturaleza de la mejora depende de la forma que adopte la decisión empresarial o el Convenio Colectivo y de la contingencia a que atienda, y tratándose de mejora directa de prestaciones nos hallaríamos dentro de una Seguridad Social (voluntaria) complementaria de la

⁷²⁹ Almansa Pastor, J.M. Derecho de la... óp. cit. pág.512.

⁷³⁰ *Ibíd.*

⁷³¹ Alarcón Caracuel, M.R. y González Ortega, S. Compendio de Seguridad Social. Tecnos.Madrid.1991.

⁷³² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. Instituciones de Seguridad Social. Civitas.Madrid.1988.-págs.451 y ss.

(obligatoria) básica. También se ha señalado⁷³³ que su consideración ha de realizarse desde una conexión con el salario, suponiendo una clase de " salario de inactividad". Desde otro enfoque⁷³⁴ se ha llegado a la conclusión de que se trata de una obligación laboral dimanante del contrato de trabajo que une a empresario y trabajador, al hablar de un " enriquecimiento legal del contrato de trabajo" y específicamente ha de considerarse como una " mejora", una prestación de acción asistencial del empresario. Igualmente han sido definidas⁷³⁵ como obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad empresarial o fruto de la negociación colectiva, que tienen por objeto complementar la acción protectora otorgada por el sistema público de Seguridad Social.

Los tribunales⁷³⁶, por su parte, en relación a las mejoras voluntarias objeto de estudio, han oscilado desde la expresa declaración de que son propiamente Seguridad Social, hasta el reconocimiento de naturaleza jurídica distinta a la de pensiones de la Seguridad Social con la necesidad de acudir al título constitutivo para definir su naturaleza jurídica, criterio dominante en el T.S., pasando también por la atribución del carácter de pensiones de la Seguridad Social.

Por nuestra parte, defendemos que la naturaleza jurídica de las mejoras voluntarias viene dada, independientemente del origen de las mismas (que como sabemos puede ser ex Convenio Colectivo, acuerdo individual o concesión empresarial)⁷³⁷, por su carácter asistencial, complementario de la acción protectora legalmente establecida por el sistema público de Seguridad Social. Y caracterizadas por la nota de voluntariedad en su establecimiento, por lo que derivan directamente del artículo 41 C.E. que ampara la

⁷³³ Martín Valverde, A. Las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Sevilla. 1970.

⁷³⁴ Hurtado González, L. "La obligación de pago...op.cit.,

⁷³⁵ Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C. "Las mejoras voluntarias...óp. cit. pág.870.

⁷³⁶ En el primer sentido, Sentencia del T.C.T. de 14 de julio de 1983; de la Sala de lo social del T.S.J. de Santa Cruz de Tenerife de 7 de mayo de 2008, Recurso 117/2008. En el segundo, Sentencias del T.S. dictada en interés de ley de 12 de noviembre de 1984; otra de 20 de marzo de 1997, Recurso 2730/1996; de 13 de julio de 1998. Recurso 3883/1997; de 20 de noviembre de 2003, Recurso 3238/2003; de 22 de noviembre de 2011, Recurso 4277/2011. La Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-León (Valladolid) de 4 de diciembre de 2014. Recurso 1790/2014, hace una enumeración de esta línea jurisprudencial; en el tercero, Sentencia del T.S. de 23 de marzo de 1984. De naturaleza jurídica ambivalente la califica la Sentencia de la Sala de lo social del T.S.J. del País Vasco de 19 de febrero de 2008. Recurso 3026/2007.

⁷³⁷ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S. de 20 de marzo de 1997. Recurso 2730/1996; de 13 de julio de 1998. Recurso 3883/1997; de 20 de noviembre de 2003. Recurso 3238/2003.

libertad de instauración de las prestaciones complementarias del referido sistema público de Seguridad Social. A ello no obsta el hecho de que el artículo 1.3 de la O.M. de 28 de diciembre de 1966 afirme que las mejoras voluntarias forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social, puesto que, independientemente de la consideración de esta norma en el contexto histórico en el que fue dictada, tanto la doctrina como la jurisprudencia⁷³⁸ han venido determinando que esta equiparación lo es precisamente a efectos de su comprensión como figuras integradas en la acción protectora de la Seguridad Social actualmente derivadas de los artículos 238 y siguientes T.R.L.G.S.S./2015.

A tales efectos inclusivos, al formar parte de la acción protectora de la Seguridad Social, las mejoras voluntarias serían prestaciones excluidas del concepto de salario por el artículo 26 T.R.E.T. y sin que formen parte de la base de cotización a la Seguridad Social en virtud de los artículos 147.2 d) T.R.L.G.S.S./2015 y 23 del R.D. 2064/1995. Además, las mejoras voluntarias están excluidas del sistema de garantía previsto por el ordenamiento jurídico-laboral español frente a la situación de insuficiencia patrimonial del empresario, compuesto fundamentalmente⁷³⁹ por la prelación de sus créditos y su ejecución separada, según establece el artículo 32 T.R.E.T./2015, así como por la cobertura del instituto del Fondo de Garantía Salarial-FOGASA, ex artículo 33 T.R.E.T./2015.

De otra parte, al estar integradas en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, la mejora voluntaria no es autónoma o independiente, sino que está en función de la propia dinámica de la prestación a la que mejora⁷⁴⁰, por lo que, ante dudas o discrepancias en la definición o conceptualización de las contingencias voluntariamente mejoradas, habría que acudir a la definición legal de la contingencia objeto de protección y a su origen común o profesional⁷⁴¹. Con todo, aun a pesar de la aludida

⁷³⁸ Tortuero Plaza, J.L. y Sánchez-Urán Azaña, Y. La Incapacidad Temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva. Fundación Mapfre Estudios.2996. pág.68.

⁷³⁹ Martín Valverde, A.; Rodríguez Sañudo, F. García Murcia, J. Derecho del...óp. cit. págs. 613 y ss.

⁷⁴⁰ Galiana Moreno, J.M. y Sempere Navarro, A.V. "La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por Convenio Colectivo a cargo de una empresa pública". Actualidad laboral 8/87.

⁷⁴¹ Sentencia del T.C.T. de 14 de enero de 1986. R. Aranzadi 162; Sentencia del T.S. en unificación de doctrina de 11 de abril de 1995. R. Aranzadi 3042. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 1 de octubre de 2007. Recurso 2350/2007.

integración en el sistema público de Seguridad Social, a las mejoras voluntarias no les sería de aplicación el régimen de responsabilidad en orden a las prestaciones establecido en el artículo 167 T.R.L.G.S.S./2015⁷⁴², por lo que las Entidades Gestoras solamente responderían en caso de insolvencia o desaparición del empresario si éste hubiese concertado con las mismas la cobertura de las mejoras a tenor de los artículos 238 y siguientes T.R.L.G.S.S./12015. Con relación, en fin, a las limitaciones establecidas en términos generales en las Leyes Presupuestarias, con respecto a las pensiones públicas y sus revalorizaciones, éstas sólo serían de aplicación a las mejoras voluntarias cuando se financian con fondos públicos⁷⁴³.

3.- Las diferentes cláusulas complementarias de prestaciones económicas de incapacidad temporal

Para el análisis de la aportación efectiva de la negociación colectiva a la implantación de estas mejoras de prestaciones de IT, hemos consultado los Convenios Colectivos publicados en el Boletín Oficial del Estado a partir de la década de los años 90, momento temporal en que se produce la práctica introducción de las mismas en nuestra moderna negociación colectiva. Dejaremos de lado, a estos efectos, las que se podrían considerar en sentido amplio⁷⁴⁴ cláusulas de contenido social, para estudiar en exclusiva la modalidad concentrada en las cláusulas convencionales que contienen complementos a las prestaciones de I.T. Esto supone un análisis de las cláusulas estrictamente referidas a las mejoras voluntarias, puesto que éstas, según la doctrina⁷⁴⁵, parten siempre del sistema público de Seguridad Social, complementándolo, o suplementándolo, pero sobre la base de la definición típica⁷⁴⁶ de las mejoras voluntarias, entendidas por lo tanto como "...aquellas obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad

⁷⁴² Ver Capítulo Octavo.

⁷⁴³ Galiana Moreno, J.M y Sempere Navarro; A.V. "La limitación legal...óp. cit. Actualidad Laboral 8/1987.

⁷⁴⁴ Aquellas que contienen cualquier tipo de atención al trabajador.

⁷⁴⁵ García Becedas,, G. "La Seguridad Social complementaria en España". Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo. Asociación Española de Derecho del Trabajo. Junio 1992. pág..20.; Gallardo Moya, R. "Las mejoras complementarias del sistema de la Seguridad Social en la negociación colectiva" Relaciones Laborales 14/1991.

⁷⁴⁶ Almansa Pastor, J.M.- Derecho de la ...óp. cit. del Rey Guanter, S y Gala Durán, C. "Las mejoras voluntarias...óp. cit. pág.871.

empresarial o fruto de la negociación colectiva que tiene como objeto complementar la acción protectora otorgada por el sistema público de la Seguridad Social...", ya sea mejorando la prestación establecida por aquél, ya sea ofreciendo otro tratamiento distinto pero ante la misma situación de necesidad. Sobre esta base, no podemos olvidar que el adjetivo social es consustancial a la humana actividad, y así, el Diccionario de Uso del Español⁷⁴⁷ de María Moliner lo define escuetamente como algo "...1) de la sociedad humana: Organización social".

Parte de la doctrina⁷⁴⁸, al definir el concepto de necesidades sociales, concede a esa carencia de bienes un doble sentido: sobre el individuo, en tanto que miembro del cuerpo social, y sobre la totalidad o parte de la colectividad social. En este estudio, partiendo de la clásica distinción entre cláusulas normativas y cláusulas obligacionales del Convenio Colectivo⁷⁴⁹, lo enlazamos con el texto normativo del T.R.E.T./2015, cuyo artículo 85 propicia a su vez una clasificación de las materias objeto del convenio (aspectos económicos, laborales, sindicales y asistenciales)⁷⁵⁰, de modo que serán objeto de estudio concreto las cláusulas de contenido económico directo, entendiendo por tales aquellas que complementan prestaciones de Seguridad Social⁷⁵¹, regulan la asistencia sanitaria prestada por la empresa y precisan su intervención en el control de la situación médica de baja por I.T. del trabajador al relacionar los abonos dinerarios en esta contingencia protegida con el control médico de la misma⁷⁵².

En el análisis de cláusulas convencionales que contienen complementos a las prestaciones económicas de I.T. legalmente establecidas, es necesario partir de la atención a la primera y evidente diferenciación que éstas establecen tomando como punto de referencia la propia regulación normativa; esto es, la definición del hecho motivador de la I.T. a efectos de complementar de una u otra forma la prestación económica reconocida por el sistema. Por lo tanto, es la referencia a las contingencias comunes de un lado y a las contingencias profesionales de otro, la primera clasificación

⁷⁴⁷ Moliner, María, Diccionario de uso del español. Editorial Gredos.1990.

⁷⁴⁸ Vid. Almansa Pastor, J.M., Derecho de la..., op.cit., págs.31 y ss.

⁷⁴⁹ Martín Valverde, A; Rodríguez Sañudo, F y García Murcia, J.- Derecho del...óp. cit. pág.300.

⁷⁵⁰ Ojeda Avilés, A.- Derecho sindical...óp. cit. págs.531 y ss.

⁷⁵¹ En el siguiente capítulo nos referiremos a las que se establecen como cláusulas antiabsentismo.

⁷⁵² Nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo Quinto.

a efectos de singular consideración convencional de los complementos de prestaciones económicas⁷⁵³.

De este modo, se toman en consideración los Convenios que distinguen el accidente de trabajo y la enfermedad profesional de los supuestos de enfermedad común y accidente no laboral, como causas productoras de la situación de I.T, tal y como la legalidad vigente distingue según se expuso en anterior epígrafe⁷⁵⁴; diferencia que influye no sólo en el abono de la prestación económica en los primeros veinte días, y en su cuantía⁷⁵⁵, sino también en orden a la responsabilidad directa del abono de la prestación⁷⁵⁶.

Las cláusulas complementarias de las prestaciones de I.T. que priman los hechos causantes derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales constituyen lo que se ha denominado⁷⁵⁷ "complementación privilegiada de la I.T. derivada de causa profesional", suscitándose tal privilegio porque los complementos pactados tienen como finalidad, y vienen a procurar, que los ingresos de los trabajadores en I.T. derivada de tales causas no sufran disminución con relación a la normal situación de activo. Sin perjuicio, como veremos en el apartado siguiente, de las matizaciones que habrá que realizar en cuanto a la consideración en sí del concepto de ingresos, percepciones y retribuciones, entre otros conceptos. Parece desprenderse de la voluntad negociadora la idea de la asunción de la carga por la empresa de tales compensaciones al estar

⁷⁵³ Convenios colectivos cuyas cláusulas complementarias de prestaciones de I.T. distinguen la causa productora (enfermedad común/ accidente laboral): Sector de contact center—B.O.E. 27-12-12--; Veturini s. a—B.O.E.18-2-92--; Estaciones de Servicio—B.O.E.3-10-13--; Grupo de empresas Magefesa—B.O.E. 18-9-92--; Endesa—B.O.E.13-2-14--; Roberto Zubiri s.- a—B.O.E.24-7-92--; Derivados s. a—B.O.E. 29-1-93--; Industrias Cárnicas—B.O.E. 30-1-13--; Firestone Hispania s. a—B.O.E. 2-7-01--; Crown Cork Company Iberica s. a—B.O.E. 31-3-98--; Midesa—B.O.E.9-3-12--; Cía de Financiación de Grandes Almacenes s. a—B.O.E. 25-4-92--; Abrasivos Reunidos s. a—B.O.E. 120-4-98--; Pastor y Canals s.a—B.O.e.25-9-92--; Eritel s.a Centro de Cálculo—B.O.E.20 7-95--; La Lactaria Española s. a—B.O.E. 2-6-92--; Empresa Servimax—B.O.E. 26-2-15--; Cabitel s.a---B.O.E 30-8-97--; Seguridade Galega s. a—B.O.E. 5-2-93--; 38 s. a—B.O.E. 18-8-92--; Spanair s.a—B.O.E.16-1-08--.

⁷⁵⁴ Ver Capítulo Segundo.

⁷⁵⁵ Porcentaje a percibir del subsidio en función del R.D. 53/1980

⁷⁵⁶ Traslado de la responsabilidad del pago al empresario entre los días 4º a 15º en los supuestos de contingencias comunes. Real Decreto-ley 5/1992 transformado en la Ley 28/1992.

⁷⁵⁷ García Ninet, J.I. "La prestación complementaria de ILT: Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992". III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante 1992.

directamente enlazada la situación originaria de la I.T. con la prestación laboral del trabajador para aquélla y las condiciones⁷⁵⁸ en que se desarrolla y, naturalmente, por no ser tales ausencias, en vía de principio, sospechosas de fenómeno absentista alguno.

Por lo que se refiere a las causas de producción de la situación de I.T. derivadas de contingencias comunes, esto es, la enfermedad común y el accidente no laboral, es preciso anticipar que aunque el tratamiento convencional es bastante heterogéneo, su implantación negociada viene configurada, en una consideración amplia, por la asunción de la parte empresarial de su intervención en la atención legal de la ausencia del trabajador por tales causas como parte de una idea general de regulación de las condiciones laborales a que los Convenios Colectivos tienden⁷⁵⁹. Una especialidad privilegiada dentro de la que, como matización, aparecen los supuestos que, dentro de la enfermedad común, conllevan hospitalización⁷⁶⁰. Igualmente cabe citar el tratamiento que determinados Convenios dan al complemento de la prestación económica de I.T. en función de la duración de ésta, aun dentro de su origen derivado de enfermedad común o accidente no laboral⁷⁶¹. Ello, naturalmente, con independencia de los verdaderos problemas que a posteriori pueden llegar a plantearse, esto es, producida la baja y en referencia a su duración, para diferenciar la rechazable posición del absentista doloso (frente al que se adoptan diversos tipos de controles y verificaciones) de la situación de verdadera incapacidad temporal para el trabajo.

⁷⁵⁸ Idem, pág.99.

⁷⁵⁹ Ibídem, pág. 102.

⁷⁶⁰ Convenios en los que se tratan separadamente los supuestos de hospitalización, equiparándolos a los causados por accidente laboral: Estaciones de Servicio—B.O.E. 3-10-13--; Almadén y Arrayanes—B.O.E. 14-1-15--; Parke Davis s. a—B.O.E. 27-8-96--; Industrias de curtido, correas y pieles—B.O.E. 27-5-14--; Abrasivos reunidos s. a—B.O.E. 12-4-93--; Contratas ferroviarias—B.O.E. 24-2-14--; Supermercados Sabeco—B.O.E. 18-5-12--; Empresas Servimax—B.O.E. 26-2-15--; Industrias Cárnicas—B.O.E. 13-1-13--; Industrias Químicas—B.O.E. 19-8-15--;Empresas organizadoras de Bingo-B.O.E. 13-3-13-; Industrias de Curtidos-B.O.E 27-5-14-

⁷⁶¹ Convenios que establecen una distinción en la cuantía y/o duración del complemento a cargo de la empresa, atendiendo a la extensión en el tiempo de la situación de baja: Grupo de empresas Magefesa—B.O.E. 18-9-92--; Seirt —B.O.E. 9-10-14--; Centros de asistencia y educación infantil—B.O.E. 22-3-10--; Teletra España s.a—B.O.E. 24-98-92--; Cristalería Industrial s. a—B.O.E. 19-6-95--; Binter Mediterráneo s.a y sus tripulantes pilotos—B.O.E. 15-6-99--; Mosa Alimentaria —B.O.E. 3-3-92--; Diario Alerta—B.O.E. 6-5-93--; Supermercados Sabeco—B.O.E.18-5-12--; Grupo La Equitativa —B.O.E. 24-3-93--; Ford España s.a—B.O.E. 9-2-06--; Vigilancia integrada s. a—B.O.E. 6-6-13--; Hispamer SIF—B.O.E. 12-4-93--;Il Convenio Nacional de Pastas Alimentarias-B.O.E. 5-7-12-; Convenio Nacional de Autoescuelas-B.O.E. 9-10-13-; Empresas organizadoras de Bingo-B.O.E.13-31-13-; Industrias Láctas-B.O.E.13-5-13-.

Otro de los criterios comúnmente empleados en la diferenciación de los complementos convencionales de las prestaciones económicas de I.T. lo constituye la distinción en función de la antigüedad del trabajador, considerando en términos generales este concepto, pues también es recogida la diversificación en función del carácter temporal o indefinido de la relación laboral, e incluso del cumplimiento del período de prueba⁷⁶². Pero, como se muestra en ejemplo⁷⁶³, tal consideración favorable es menos importante (en cuantía económica) de lo que pudiera pensarse, dado que la antigüedad o, más propiamente dicho, el abono del complemento de antigüedad, forma parte de la base de cotización y es, por consiguiente, de forma necesaria, un componente más de la base reguladora de la prestación económica. En definitiva, se incrementa el complemento de la prestación económica de I.T. según aumenta igualmente la antigüedad del trabajador.

Las cláusulas que contienen tales distinciones son muy variadas, al igual que aquellas otras que también establecen distinciones favorables en función del nivel de

⁷⁶² Atendiendo al cumplimiento del período de prueba: Bilbao Cía de seguros –B.O.E. 28-3-14; Citroën Hispania s.a.–B.O.E.13-9-12--; American Airlines Inc.–B.O.E... 12-7-96--. Un año de antigüedad: Asturbega s. a–B.O.E. 4-2-13--; Adaro s. a–B.O.E. 16-4-93--; Tabacalera s. a–B.O.E. 28-7-92--. Seis meses de antigüedad: Empresa Nacional Adaro Inv.Mineras s. a–B.O.E. 21-3-91. Atendiendo al régimen de asistencia: Cenesa–B.O.E. 27-7-01--; Semillas Pacífico s. a–B.O.E. 12-8-92. Según se trate de personal fijo, eventual, interino ó de campaña: Pastor y Canal s. a–B.O.E. 25-9-92--; Fútbol profesional–B.O.E. 9-10-14. Atendiendo al sector al que pertenezca el trabajador: Contratas ferroviarias–B.O.E. 24-2-14--; ó al tiempo de percepción del salario: Rodio Cimentaciones Españolas s. a–B.O.E. 15-8-94.

⁷⁶³ Veamos un ejemplo de la repercusión de la antigüedad en el abono del complemento a cargo de la empresa con respecto a un trabajador en situación de I.T. Calculemos los complementos que a dos trabajadores les corresponden, en situación de I.T. derivada de enfermedad común; uno con 10 años de antigüedad y otro sin antigüedad; con salario mensual y suponiendo que por parte de la empresa se complementa el 100% para alcanzar el salario mensual, a partir del 15º día de la baja:--**Trabajador con antigüedad:** Salario base...800€. Comple.Antigüedad 80€...Total retribución mensual 880€ (entre 30 días, 29,33€/día). Dos pagas extras de Salario base + antigüedad: (880 x2). Base de cotización mensual: 880 + 880x 2/12= 1.026,66. Base reguladora de la prestación 1.026,66: 30 = 34,22€/día. Prestación I.T. 60% = 20,53€; Prestación I.T. 75%= 25,66€. Si la empresa abona el 100 por cien del salario: 3 primeros días sin prestación; del 4º al 14º, a cargo de la empresa; del 15º al 20º, a razón del 60% de prestación, 29,33€ salario-20,53€ prestación= 8,80€ x 6 días= **52,80€**. Del 21º en adelante, 29,33- 25,66 (prestación 75%)= **3,67€/día**.--**Trabajador sin antigüedad:** Salario base 800€.Total retribución mensual 800€. Dos pagas extras por importe de salario base 800 x 2= 1.600. Base de cotización mensual 800 + 800 x 2/12= 933,33€. Base reguladora de la prestación de I.T. 933,33: 30= 31,11€. Prestación 60%= 18,67€; Prestación 75%= 23,33€. Abono de complemento a partir del 15º día: 15º al 20º, a razón del 60% de prestación, 26,66€ salario - 18,67€ prestación=8,01€ x 6 = **48,06€**. A partir del 21º día, 31,11€ Salario- 23,33€ (prestación 75%)= **3,33€/día**.

clasificación del trabajador, de su condición de fijo o no, e incluso del período de percepción de salario. En cualquier caso, se plantea a veces la duda de su posible inconstitucionalidad por discriminación, en violación del artículo 14 de la Constitución española, e incluso, quizá de una forzada interpretación, del artículo 17 del T.R.E.T./2015. Sin embargo, esa primera impresión ha de ser rechazada, no solamente porque el propio E.T/1980 establecía en su redacción original lo que denominaba "promoción económica en función del trabajo desarrollado" (artículo 25), fijando los mínimo y máximo de incrementos por antigüedad (hoy sustituida por la posibilidad de establecerlos en Convenio Colectivo según el nº 1 del artículo 25 del T.R.E.T./2015), sino porque los complementos de prestaciones no constituyen técnicamente salario (artículo 26 T.R.E.T./2015), ya que no son retribuciones de trabajo efectivo o de períodos de descanso computables como tales; son mejoras de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social--artículo 238 T.R.L.G.S.S/2015-- y como tales establecen una diferencia entre los trabajadores de una empresa o sector económico en base a la vinculación en el tiempo con ésta o aquél, criterio objetivo, pues, y de fácil control. No supone, por consiguiente, discriminación alguna para los trabajadores con menos antigüedad, sino una promoción y valoración de la estabilidad, de la duración y de las características de la relación contractual laboral, todo ello asumido por vía negocial, siempre sobre los mínimos convencionalmente determinados.

4.- Problemas derivados de la redacción de las mejoras pactadas: ¿qué se quiere complementar y qué se complementa?

Vistas las diferentes cláusulas convencionales complementarias de prestaciones de I.T., en este epígrafe se abordan los problemas terminológicos y también conceptuales (ya que, en definitiva, aquellos derivan de éstos) de las expresiones empleadas en los artículos de los Convenios Colectivos; esto es, sobre qué complementa en su caso la empresa, es decir, qué cantidad ha de abonar ésta para alcanzar el concepto retributivo final que se define en el Convenio. En otras palabras, la cuestión es llegar a determinar correctamente la definición y la cuantía a percibir por el trabajador en situación de I.T., que vendrá dada por la adición a la prestación económica de la Seguridad Social del suplemento directamente pagado por la empresa, de forma y manera que esa enfermedad o accidente (en general) no supongan una disminución de los ingresos

mensuales (o diarios) del trabajador, o, al menos, lo sean en la cuantía y límites que las partes "social" y "económica" en los Convenios determinen, negocien y pacten.

En este estudio no se valora si han de complementarse en mayor cuantía las prestaciones económicas de I.T. derivadas de accidentes que las de enfermedad o si en éstas han de distinguirse importes en función de duraciones temporales; simplemente se analizan las posibilidades que los Convenios Colectivos de hecho contemplan. De esta manera, la referencia la constituyen las cláusulas contenidas en los Convenios que para fijar las referidas cuantías complementarias del subsidio económico de I.T, emplean en su articulado la conexión con distintos conceptos retributivos del ordenamiento jurídico-laboral, hasta llegar en su caso no sólo a igualar la cuantía completa aquéllos percibida en activo sino incluso a superarlos en situación de I.T. Esta circunstancia viene a mostrar un empleo incorrecto de las referencias salariales utilizadas para calcular los complementos de prestaciones, pudiendo por ello llegar a desvirtuar la verdadera función y razón de ser de aquéllos, constituyendo además fuentes de conflictos interpretativos⁷⁶⁴.

Podemos hablar ante todo de una variedad reguladora⁷⁶⁵, pero también se puede establecer una clasificación cuatripartita de las cláusulas complementarias de prestaciones de I.T. en los siguientes términos:

A) Cláusulas que fijan un complemento de la prestación establecida por la Seguridad Social para alcanzar el salario que correspondería (o hubiera correspondido) al trabajador en alta⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ De la Puebla Pinilla, A; Suárez Corujo, B. y de Sande Pérez-Bedmar "El coste económico de la protección social complementaria" en El contenido económico de la negociación colectiva .VV_AA (Director Mercader Uguina, J.R). Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid.2005, págs.241 y ss.

⁷⁶⁵ Se indica el último Convenio considerado, que repite sucesivamente la redacción inicial salvo indicación expresa.

⁷⁶⁶ Convenios Colectivos de Kraft G.Foods s. a—B.O.E. 4-7-11--; Organismo Autónomo Instituto Nacional .de Consumo—B.O.E. 25-1-96--; Administraciones de Loterías—B.O.E. 8-8-12--; Coro titular del Teatro Lírico Nacional La Zarzuela—B.O.E. 23-2-93--; American Airlines Inc—B.O.E. 12-7-96--; Estaciones de Servicio—B.O.E. 3-10-13--; Empresas de publicidad—B.O.E. 24-2-10--; Granjas Avícolas-B.O.E. 22-12-12-; Industrias de Curtidos-B.O.E. 27-5-14-

B) Aquellas cláusulas que complementan la prestación para llegar al importe de las retribuciones del trabajador⁷⁶⁷.

C) Las cláusulas convencionales que fijan un complemento a cargo de la empresa permitiendo al trabajador en situación de I.T. alcanzar la base (de cotización) reguladora de la prestación⁷⁶⁸.

D) Aquellas otras cláusulas que definen específica, concreta y particularizadamente el contenido de los complementos a abonar⁷⁶⁹.

Vamos a examinar individualizadamente cada uno de estos tipos.

A) Al estudiar las cláusulas que se pueden encuadrar en el primer grupo definido; esto es, las que establecen complementos para alcanzar el salario que hubiera percibido el trabajador de encontrarse en situación de alta, prestando, pues normalmente sus servicios profesionales retribuidos por cuenta y dependencia del empleador, las redacciones más frecuentes son del siguiente tenor:

⁷⁶⁷ Convenios Colectivos de Empresa Nacional Bazán—B.O.E. 6-9-91--; Radio Popular COPE s. a—B.O.E. 18-7-91--; Sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado—B.O.E. 10-10-12--; Personal laboral del Ministerio de Defensa—B.O.E.23-6-92--; Mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos—B.O.E. 9-7-12--; Centros de Educación Universitaria e Investigación—B.O.E. 11-2-15--; La Unión y el Fénix—B.O.E 4-10-97--; Sector de papel y artes gráficas—B.O.E. 21-8-13--; Convenio General de Ferralla—B.O.E. 3-8-09-

⁷⁶⁸ Convenios Colectivos de Industrias Cárnicas—B.O.E. 21-3-14--; Empresas de Mensajería—B.O.E. 23-12-14--; Cebega s. a—B.O.E. 3-8-91--; Empresas del sector de harinas panificadas y sémola—B.O.E. 26-1-12--; Entidades de financiación y arrendamiento financiero—B.O.E. 19-9-96--; Servimax—B.O.E. 18-7-12--; Industrias Lácteas—B.O.E. 13-5-13--.

⁷⁶⁹ Convenios Colectivos de Sandoz-Pharma—B.O.E. 6-6-95--; Iberia personal de vuelo—B.O.E. 8-5-14--; Sandoz—B.O.E. 20-8-91--; Cristalería Española s.a—B.O.E.13-8-91--; Grandes Almacenes—B.O.E. 22-4-13--; Repsol derivados s. a—B.O.E. 13-6-12--; Construcciones Aeronáuticas-CASA—B.O.E. 9-2-00--; Cedosa—B.O.E. 18-9-93--; Convenio Nacional de Industrias de Pastas Alimenticias—B.O.E. 5-7-12--; Estaciones de Servicio—B.O.E. 3-10-13--; Industrias Lácteas—B.O.E. 13-5-13--. Convenios Colectivos de Sandoz-Pharma—B.O.E. 6-6-95--; Iberia personal de vuelo—B.O.E. 8-5-14--; Sandoz—B.O.E. 20-8-91--; Cristalería Española s.a—B.O.E.13-8-91--; Grandes Almacenes—B.O.E. 22-4-13--;--; Construcciones Aeronáuticas-CASA—B.O.E. 9-9-91--; Cedosa—B.O.E. 18-2-91--; --; Estaciones de Servicio—B.O.E. 2-2-00—señala las enfermedades que se complementan.

--"...se complementarán las prestaciones de la Seguridad Social hasta alcanzar el 100% del salario bruto...";
--"...el 100% del salario...";
--"...Hasta el salario real pactado vigente...";
--"..."retribuirá el 100% del salario base...";
--"..." hasta el 100% del salario real...";
--"..."y el 100% de su retribución salarial...".

Esta nomenclatura es la más sencilla, pues legalmente, como se indica, está definido el salario de forma completa. En todo caso, para su valoración crítica hemos de indicar ante todo que nos referimos a complementos de las prestaciones de I.T., lo que significa que la situación de I.T. ha de haber sido declarada y reconocida o, más propiamente dicho, el derecho a disfrutar de la prestación económica dentro de la situación de I.T, por el organismo competente del sistema de la Seguridad Social. Esto es, ha de existir una situación protegida de I.T. Decimos esto pues cabe pensar en un trabajador que se encuentre en situación de I.T sin derecho a prestación económica, v.gr., por no alcanzar el período de carencia exigido en función de la causa motivadora⁷⁷⁰, y de ello directamente se derivaría que, de no existir tal derecho a la prestación económica, tampoco procedería el abono del complemento empresarial de la prestación. En definitiva, no cabe pago de complemento de la prestación económica de I.T. a cargo de la empresa, sin derecho previo a la percepción del subsidio por tal situación reconocido por el sistema de la Seguridad Social, salvando, por supuesto, la existencia de pacto expreso⁷⁷¹ ad hoc en contrario.

Por lo que se refiere a la redacción, se producen las primeras dudas cuando al sustantivo salario se le coloca un adjetivo (distinto de real), como "base", respecto del cual y de forma estricta no se incluyen complementos salariales; "de cotización", que incluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias que luego ha de descontarse cuando corresponda su devengo, o neto, que excluiría las deducciones de Seguridad Social ó fiscales. Dudas que se incrementan al referirse a salario real más otros conceptos, cuando éstos son extrasalariales y por consiguiente, compensatorios de gastos

⁷⁷⁰ Ver Capítulo Segundo.

⁷⁷¹ Convencional o contractual

producidos al trabajador que, evidentemente no existen si el productor se encuentra de baja por I.T.

Un problema importante lo plantea la ausencia, en general, de toda referencia específica a las pagas extraordinarias en la situación de I.T, dándose conceptualmente dos posibles soluciones:

- Bien no se abonan (en su parte proporcional diaria) durante la situación de I.T.
- Bien, se satisfacen durante aquélla, pero han de descontarse (su parte proporcional correspondiente a la duración de la I.T.) al tiempo del devengo de las pagas extraordinarias.

O explicándolo desde la perspectiva opuesta, se pagan en proporción al tiempo en que el trabajador estuvo de alta y prestando servicios a la empresa. Y esto, evidentemente, porque de otro modo, se estaría abonando por parte de la empresa y recibiendo por parte del trabajador respectivamente, dos veces, la parte proporcional de las pagas extraordinarias correspondientes a la duración de la I.T., ya que en términos generales al referirse a la extensión del salario mensual, no se incluirán las prorratas de pagas, salvo pacto expreso *ad hoc* en el Convenio de que se trate, a tenor de lo previsto en el artículo 31.2 T.R.E.T/2015, puesto que el abono del salario mensual no las incluye⁷⁷².

B) Cláusulas que establecen complementos que permiten al trabajador en situación de I.T. alcanzar las retribuciones que en activo le corresponderían (o le hubieran correspondido). Respecto a este tipo de pactos convencionales aparecen como más utilizadas las redacciones del siguiente tenor:

- "...hasta el 100% de los ingresos del mes anterior...";
- "...que supondrá para el interesado el 100% de sus emolumentos...";
- "... la última percepción mensual...";
- "...se le complementará el 100% de sus remuneraciones fijas...";
- "...el total de retribuciones que hubiere de percibir estando en situación de activo, con exclusión de pagas extraordinarias...";

⁷⁷² Salvo en el caso de que se percibieran prorrateadas en doce mensualidades.

--“...el 100% de todas las retribuciones...”;

--“...hasta alcanzar el 100% de todas las retribuciones que le correspondiera percibir en activo...”;

--“...hasta el 100% de las retribuciones sujetas a cotización...”.

Con respecto a este tipo de cláusulas, hemos de decir que nos merecen una valoración crítica semejante a la emitida en relación a aquellas que hemos incluido en el apartado A), más acentuada si cabe, sobre todo si entendemos que la filosofía del complemento a cargo de la empresa es evitar la disminución de ingresos del trabajador en el momento de la baja, más que para no sufrir carencias de fondos ante un posible incremento de los gastos (versión tradicional del ahorro, superada en parte con el nacimiento del sistema de Seguridad Social), para abandonar el concepto de trabajador-máquina, simple elemento de producción. Pues se asume, al fin, que "... la finalidad de la empresa no es simplemente la producción de beneficios, sino más bien la existencia misma de la empresa como comunidad de hombres que, de diversas maneras buscan la satisfacción de sus necesidades fundamentales y constituyen un grupo particular al servicio de la sociedad entera..."⁷⁷³. Por ello, los ingresos objeto de complemento han de ser necesariamente los que responden estrictamente a la naturaleza salarial, pues aquellos ingresos al margen de los salarios, que son las indemnizaciones o suplidos que, naturalmente, sólo se cubren cuando se producen (artículo 26.2 T.R.E.T/2015), carecen del carácter de contraprestación por los servicios realizados.

De este modo, las cantidades a cargo de las empresas, en calidad de complementos de las prestaciones económicas de I.T., lo son para completar las prestaciones legalmente establecidas por el sistema español de Seguridad Social; completar, decíamos, en aquellas cuantías que fuera necesario para que el trabajador en situación de I.T. no padezca disminución apreciable de sus ingresos en relación con la propia situación ordinaria de actividad normal. Pero entendemos, claro es, que tales complementos han de suponer que el perceptor sea retribuido sobre los conceptos salariales a percibir en caso su caso, no sobre indemnizaciones ó suplidos, ni tampoco (diaria o mensualmente) sobre las partes proporcionales de las pagas extraordinarias, que en su momento devengará. Diferente cuestión sería que existiese un pacto convencional acerca del

⁷⁷³ Juan Pablo II. Encíclica *Centesimus Annus*. Ediciones Paulinas. Madrid 1991. págs. 63 y 64.

abono prorrateado mensualmente de las pagas extraordinarias, que, todo sea dicho, no es muy frecuente, en cuyo caso sí sería correcto considerar la parte proporcional mensual de las mismas, puesto que en activo el trabajador las estaría percibiendo. De otro modo, el considerar ordinariamente su cuantía no dejará de constituir una tentación absentista para el mal trabajador, con directa repercusión en la actividad laboral y naturalmente, en el conjunto de la empresa.

C) El tercer grupo es el de aquellas cláusulas de los Convenios que complementan la prestación económica para permitir al trabajador alcanzar la cuantía de la base reguladora de aquella. Así, las cláusulas de más habitual redacción al respecto responden al siguiente contenido:

--"...el 100% de su base reguladora deducida la prorrata de pagas extras y las horas extraordinarias...";

--"...en un 25% de la base que hubiera servido para el cálculo de la prestación reglamentaria...";

--"...abonará el 100% de la base reguladora...";

--"...las prestaciones de la S. Social hasta el 100% de las mismas bases...";

--"...de la base reguladora correspondiente...";

--"...de la base de cotización a la S. Social con un máximo complemento en todo caso, del 100% de dicha base...";

--"...de la base de cálculo de la prestación económica...".

En cuanto a la valoración crítica de este tipo de cláusulas, hemos de señalar en primer lugar que merecen ser rechazadas, pues están refiriéndose, no al salario del trabajador, sino a un concepto propio de la terminología técnico-jurídica de la Seguridad Social, tanto si hablamos de la base de cotización como si lo hacemos de la base reguladora o base de cálculo de la prestación económica de I.T., compuesta tanto por el salario como por los complementos (incluidas las partes proporcionales de las pagas extraordinarias)⁷⁷⁴.

⁷⁷⁴ No olvidemos que el artículo 147 del T.R.L.G.S.S./2015 define la base de cotización como la remuneración total, cualquiera que sea su forma ó denominación, que tenga derecho a percibir el trabajador ó la que efectivamente perciba, de ser ésta superior, excluyendo de ella las dietas y asignaciones para gastos de viaje, gastos de locomoción,; las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones , ceses y

De de otra parte, es preciso recordar que el artículo 13 del Decreto 1646/1972 define la base reguladora de la prestación económica de I.T. distinguiendo según el origen de la contingencia. Si deriva de contingencias comunes, será la base de cotización por dichas contingencias del mes anterior al hecho causante, dividida entre el número de días a que se refiere la cotización. Si deriva de contingencias profesionales, se tomará como base reguladora la base de cotización del mes anterior a aquel en que se produzca dicha situación, aplicando las normas de contingencias comunes, incrementada con el cociente de dividir por 365 la cotización efectuada en los doce meses anteriores a la fecha del hecho causante por horas extraordinarias y, en su caso, otros devengos que no hayan sido objeto de prorrateo por dozavas partes en la base de cotización mensual por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por consiguiente, salvo los casos en que se pactara particularmente el prorrateo de pagas en las mensualidades (y en los Convenios examinados no se ha encontrado acuerdo explícito en tal sentido), complementar las prestaciones económicas de I.T. hasta alcanzar el 100% de la base reguladora supone abonar mensualmente a los trabajadores en situación de baja una retribución superior a la que percibirían trabajando, lo que, naturalmente, no tiene lógica alguna laboralmente hablando. El sentido opuesto, sí que presupondría tender un puente de plata al absentismo,⁷⁷⁵ afirmándose⁷⁷⁶ que "...lo convierte en una conducta reprochable tanto social como jurídicamente", pues "...las ausencias son imputables al trabajador, responden a su voluntad, es su decisión unilateral la que provoca el defecto en el cumplimiento obligado a tenor de los lazos jurídicos contractuales ,de la prestación fundamental cual es la de trabajar..."., contradiciendo así la razón de ser expresada de los complementos de prestaciones económicas de I.T. de de permitir que el trabajador no vea disminuidas sus percepciones con respecto a su trabajo habitual. Razonamiento que no se desvirtúa a pesar de la argumentación que podría hacerse de que el trabajador no percibiría la parte proporcional de las pagas extraordinarias correspondientes a los días de baja, en el momento de su devengo convencional, pues de todos modos su abono ya se habría realizado por anticipado.

despidos; las prestaciones de Seguridad Social así como sus mejoras y las horas extras salvo para la cotización por contingencias profesionales, de acuerdo con el artículo 23 del Real Decreto 2064/95, que aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

⁷⁷⁵ Entendido en el sentido que analizaremos en el Capítulo siguiente.

⁷⁷⁶ González Ortega, S.-Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi. Pamplona.1983.

D) Complementos con causalidad propia. En este apartado se recogen aquellos tipos de cláusulas convencionales de más interés definidoras de los conceptos objeto de negociación en los propios Convenios, a completar por la empresa sobre las prestaciones económicas de I.T, y a recibir por el trabajador, dentro de una variedad que generalmente, responde a su vez, a tres tipos determinados:

D.1) Aquellas cláusulas que enumeran exhaustivamente los conceptos a complementar, aunque a veces los conceptos no sean exclusivamente salariales, con o sin noción clara de ello por parte de los negociadores. Redacciones del siguiente tenor:

--"...un complemento equivalente a la diferencia entre la prestación que perciba de la Seguridad Social y el 100% de su retribución mensual (Salario Sandoz-Pharma SAE más antigüedad, incluyendo en los casos de accidente laboral el complemento por puesto de trabajo y excluyendo incentivos).".

--"...hasta el tope del 100% del sueldo base, antigüedad en su caso, prima por razón de viaje garantizado y plus familiar cuando corresponda, coste de vida, dieta de destacamento e indemnización por residencia y destino en su caso, pagas extraordinarias y paga de cierre de ejercicio, así como las gratificaciones que con carácter general ó pactado se abonen a cada grupo laboral...".

--"...equivalente a la diferencia entre la prestación que reciba de la Seguridad Social y el 100% de su retribución mensual más antigüedad, incluyendo en los casos de accidente laboral, el complemento por puesto de trabajo y excluyendo incentivos...".

--"...el complemento será de un importe tal que, sumado a la prestación económica que perciba de la Seguridad Social, por la situación de I.L.T., garantice que el trabajador enfermo perciba al 85% de los siguientes conceptos: Salario convenio; antigüedad; plus personal; complemento personal de origen y complemento de unificación en su caso...".

D.2) Aquellas otras cláusulas que establecen los complementos sobre uno o varios concepto-referencia:

--"...hasta alcanzar el 100% del Salario Base de Grupo...";

--"...una cantidad tal que sumada con las prestaciones de la Seguridad Social iguale, pero en ningún caso supere la cuantía total del salario base más antigüedad, correspondiente a ese período y a su categoría profesional más la ayuda familiar..."

--"...se garantiza el 100% desde el primer día de la baja de los conceptos siguientes: Retribución básica, plus voluntario, plus de vinculación y antigüedad..."

--"...hasta el 100% del salario regulador, que a los efectos del complemento aquí mencionado queda integrado exclusivamente por los siguientes conceptos: Salario base, complementos personales; antigüedad; complementos de puesto de trabajo; Plus de Jefe de Equipo; Plus de nocturnidad generado por turnos; plus de turnos; Plus de festivos de personal contra incendios; plus de trabajos excepcionalmente penosos, tóxicos ó peligrosos; plus de línea de vuelo; complementos de calidad y cantidad de trabajo; primas de personal directo e indirecto; complementos de primas..."

--"...hasta el 100% de la cuantía de los conceptos de las Tablas anexas en las que se refleja el salario base, el plus de actividad, pagas extraordinarias, beneficios; gratificación de San Alberto, así como la antigüedad y los conocimientos especiales de los trabajadores que los posean..."

D.3) Las cláusulas, en fin, que distinguen la cuantía de los complementos, bien en función de la causa de producción, bien en función de la duración de la baja:

--"...hasta alcanzar el 85% del salario base, antigüedad, conocimientos especiales y el Plus de Actividad (enfermedad común) y el 100% del salario base, el plus de actividad, los conocimientos especiales, así como la antigüedad de los trabajadores que la posean (hospitalización)..."

--"...de los conceptos retributivos que se indican a continuación y desde el primer día de baja: Salario de calificación bruto; antigüedad bruta, plus complementario de ayuda familiar bruto. Según el porcentaje de absentismo de cada mes natural, las bajas que se produzcan en el mes por los conceptos indicados se retribuirán hasta los porcentajes..."

--"...desde el primer día de la baja hasta el 7º, ambos inclusive, de permanencia en tal situación, el personal percibirá el 92,5% del salario real, y del día 8º en adelante, el 100% del mismo. Durante la I.L.T. derivada de accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad, percibirá siempre el 100% de dicho salario. Por salario real se entiende sueldo base, salario complementario, antigüedad, complemento de sueldo, compensación por 20 años de servicios, plus de residencia, complemento de residencia, plus de transporte, nocturnidad, turnicidad, plus mina puentes; indemnización por jornada partida, quebranto de moneda, plus jornada continuada, pagas extras y beneficios...".

--"...La prestación económica por I.L.T. derivada de enfermedad será la siguiente:

Salarios 100%

Distribución y ventas.....

Comisiones 100%

Salarios 100%

Otras direcciones..... Incentivos 100%, más la

media de horas del plus de rotación y nocturnidad percibidos por el trabajador en los seis meses anteriores a la baja.

La valoración crítica que puede hacerse al tipo de cláusulas examinadas en este apartado D) es la de que atienden cada una de ellas al supuesto contemplado expresamente bien sea en la empresa, bien en el sector, y aun cuando podemos señalar como elemento común el hecho de que se complementa el salario en el sentido expresado en el anterior apartado A), se puede decir que determinados Convenios incluyen percepciones no salariales (incorrectamente, pues, en nuestro criterio), yendo, en alguno de ellos, generalmente en aquellos Convenios de ámbito sectorial, en los casos ausentes de previsión normativa, a las previsiones específicas que definan sobre la percepción de las pagas extraordinarias o sobre el disfrute de vacaciones se plantean como problemas teórico-prácticos.

5.- Perspectivas de este tipo de cláusulas en la negociación de los Convenios Colectivos

Partiendo de la evidencia de que la situación española no puede ser considerada como un cajón estanco dentro del conjunto de los países de la Unión Europea, las perspectivas para la negociación colectiva en general y para las cláusulas complementarias de prestaciones en particular, ha de partir de que la tendencia en su formalización ha de enfocarse atendiendo a la actuación de los agentes sociales desde esa perspectiva comunitaria. Tal enfoque nos muestra hoy, ante todo, el fracaso, tanto de los enfrentamientos directos de los agentes sociales con el poder ejecutivo estatal (pulso Gobierno conservador británico-*Trade Unions*) como de la absoluta imbricación de aquéllos en el sistema político (situación italiana anterior al acceso de Berlusconi a la Jefatura de Gobierno). Ello nos indica que es preciso, por consiguiente, llegar a una ubicación real de los agentes sociales que, por supuesto, han de ser atendidos tanto por la política económica como estrictamente legislativa de los poderes ejecutivo y legislativo, pero manteniéndose en sus propios ámbitos de corresponsabilidad sin pretender confundirse con aquéllos.

Es necesario partir, pues, del reconocimiento⁷⁷⁷ de que en un régimen democrático "... los Sindicatos han de ser, y son, una fuerza social de primer orden, que ha traspasado la fábrica y ha entrado en las instituciones, de modo que sus presiones sociales contrarresten las variables puramente económicas...". Como necesaria consecuencia, ello vendrá a suponer..." como lógica del sistema, una participación de los actores sociales en la gestación de las normas laborales...". Por tanto, comenzando por considerar que se avanzará siempre hacia la autorregulación en detrimento del proteccionismo e intervencionismo estatal, que en todo caso marcará los mínimos de derecho necesario de aceptación y respeto global, Sindicatos y entidades patronales deben encontrar su puesto, propio, en el respeto común y la búsqueda de una misma finalidad : el bienestar social, pero dentro de caminos distintos, y aun a veces opuestos; a través de la negociación y la mutua cesión de unos y otros, en búsqueda de contrapartidas satisfactorias que deben salir del acuerdo pactado, nunca de la imposición ni de la ignorancia u olvido de cualquiera de ellos. Así, cada uno debe admitir, no únicamente la existencia, como algo, hoy por hoy inevitable, sino la importancia, la necesidad del otro agente social para el verdadero desarrollo de un estado social y democrático de derecho,

⁷⁷⁷ Sagardoy, J.A.- "El papel de los sindicatos en las sociedades modernas: ¿Grupos de presión o grupos de poder? Diario ABC, 22 de julio de 1991.

que ha de contar con ambos componentes de los factores socioeconómicos que constituyen la economía social de mercado en la que hemos de trabajar pues así lo hemos decidido los españoles con la aprobación y promulgación de la Constitución de 1978. En definitiva⁷⁷⁸, hemos de lograr que "...cada uno en su papel, asignado constitucionalmente, ha de buscar--pues tiene que haberlo--el punto de equilibrio para lograr el bien común y el fortalecimiento de nuestras estructuras económicas y sociales frente a los difíciles años que vienen...".

En este sentido, Patronales y Sindicatos están, cada uno en defensa de los intereses de sus representados, pero sin perder de vista el interés general, destinados (condenados diría el pesimista) a entenderse, a resolver sus diferencias por el diálogo y la negociación, con expresa indicación por nuestra parte de que a nadie deben sonar estas palabras a cantos de sirena de "sindicato vertical" sino, lisa y llanamente, a corresponsabilidad, juego limpio y respeto constitucional. Como dice Kahn-Freund⁷⁷⁹, "...Para nosotros la nota dominante de las relaciones laborales debe consistir en la conciliación del poder normativo y decisor del empresario con la negociación colectiva...". Es fundamental, desde la perspectiva gubernamental a estos efectos que dado que el éxito de una negociación responsable depende de decisiones tomadas en cuatro campos fundamentales (política salarial, política de precios, política fiscal y social), el objetivo último de la negociación colectiva sea obtener resultados que no comprometan los otros objetivos del Gobierno..."⁷⁸⁰.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁷⁹ Khan-Freund, Otto. Trabajo y Derecho. (Traducción de Jesús M. Galiana Moreno). Ministerio de Trabajo.1989.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, págs.103 y ss. "...El gobierno no puede tener una auténtica política de negociación si no comunica a los sindicatos y a los empresarios los datos en que se basa para elaborar estas medidas. Su objetivo es crear un clima en que las decisiones tomadas en la negociación colectivas estén en armonía con sus propios planes y actuaciones. Para que las partes responsables de los acuerdos salariales puedan tener en cuenta los intereses del gobierno y otros grupos, deben saber cómo van a influir sus decisiones en las acciones del gobierno y de estos grupos. Deben conocer las opciones que éste puede hacer según las circunstancias. Entre las comunicaciones del gobierno, habrá, como es lógico, informaciones de carácter confidencial—por ejemplo, datos sobre la financiación de un déficit exterior--: Pero la mayor parte de las informaciones consisten en previsiones económicas que dependen de varios factores, por ejemplo, de la adopción de algunas medidas concretas ó de la toma de ciertas decisiones, como las que se toman en los acuerdos salariales...".

Pero para ello, en España, desde nuestro punto de vista, ha de funcionar con mucha mayor fluidez la información entre el Gobierno y los agentes sociales; sobre todo aportándose mayor credibilidad y realismo por aquél, pues de otro modo, puede suceder que, sus cifras, datos y previsiones, una y otra vez modificados, revisados y controvertidos, no son aceptados⁷⁸¹ como objetivos y puntos de partida por los interlocutores sociales; consiguientemente, rechazados como inconvenientes para los restantes grupos y representativos del interés de la colectividad en su conjunto. Evidentemente, no se trata de pensar en una vía convencional de conquista proletaria del poder directivo de la empresa⁷⁸², idea trasnochada y en contradicción con la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, recogida como derecho fundamental en el artículo 38 de nuestra Constitución.

Es necesario, en nuestra opinión, profundizar en el espíritu democrático que impregnaban las aspiraciones de los españoles y que dieron lugar a los Pactos de La Moncloa⁷⁸³, entendiéndolo imprescindible en un momento como el actual de crisis económica estructural⁷⁸⁴, la cooperación--cada uno en su papel--de Ejecutivo, Partidos Políticos, Sindicatos y Patronales⁷⁸⁵, que permitan reasumir lo expresado en aquéllos que, citados textualmente, decían que "...Los representantes del gobierno y de los distintos partidos políticos coinciden en que los objetivos anteriormente descritos resultarán inalcanzables si el país no toma conciencia de la gravedad de la situación y entienden que si las acciones expuestas se cumplen señalará el punto de partida de una nueva etapa que conducirá al asentamiento de un sistema económico estable que reduzca gradualmente las tensiones hoy existentes en la sociedad española...". De otro

⁷⁸¹ Marcelino Camacho. "Crisis, política de rentas y pacto social" Diario ABC, 5 de setiembre de 1993.

⁷⁸² Ojeda Avilés, A.- Derecho Sindical.Tecnos.1986.-págs.543 y ss. No parecen entenderlo así los líderes de PODEMOS.

⁷⁸³ Introducción de "Los Pactos de La Moncloa".

⁷⁸⁴ Y no solo económica...

⁷⁸⁵ En este sentido, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002 (B.O.E. 17 de enero de 2002) firmado por CC.OO; UGT, CEOE y CEPYME afirma expresamente en su punto 2.-Criterios en materia salarial.-párrafo5: "...consideramos que la negociación salarial debe tomar como primera referencia la inflación prevista, fijada por el Gobierno para el año 2002...", añadiendo en su párrafo noveno: "...Asimismo ,consideramos oportuno recomendar que no deben utilizarse otras previsiones de inflación distintas de las oficiales, desaconsejándose, en consecuencia, la identificación de otros parámetros ya sea en un ámbito sectorial específico, ya sea en un ámbito territorial...".

modo estaremos dando pasos equivocados bien hacia una confrontación social permanente, tal como sucedió en Gran Bretaña con el enfrentamiento entre el Gobierno Thatcher y las Trade Unions⁷⁸⁶ o hacia un sistema pseudodemocrático de revolucionario "priismo" mexicano o "bolivarianismo" "chavista"⁷⁸⁷.

Entendemos que tal es la orientación que se mantiene en las discutidas reformas laborales que modificaron sucesivamente el Estatuto de los Trabajadores, primero la de 1994 y luego las sucesivas operadas en 1997, 2010, 2011 y 2012, ya sobre el T.R.E.T./1995, constituida la primera por la ley 11/94, de modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, en cuya Exposición de Motivos se manifiesta que "...De acuerdo con estas líneas (proteger el empleo existente y fomentar la creación de empleo, buscando adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral y ofrecer unas garantías para los derechos de los trabajadores, más eficaces y compatibles con aquéllas) la reforma del Estatuto se mueve en una doble dirección: potenciar el desarrollo de la negociación colectiva como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral...". Por ello, continúa, "junto a la formulación de las definiciones legales, resulta preciso otorgar a la negociación colectiva un papel de modalización y adecuación de los esquemas legales a las necesidades y especificidades de los sectores...". Para terminar con el añadido de que "...Efectivamente una reforma del mercado de trabajo como la que se plantea, no sólo no es incompatible, sino que encuentra su mejor acogida en un marco jurídico en el que el desarrollo de las relaciones laborales se basa fundamentalmente en la capacidad negociadora de los interlocutores sociales...". Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 manifiesta que "... La anterior reforma del mercado de trabajo⁷⁸⁸ también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. No obstante, la

⁷⁸⁶ Thatcher, M. Los años de Downing Street. Ediciones El País s. a y Ediciones Aguilar s.a. Madrid. 1993. "La insurrección del Sr. Scargill", págs. 319 a 355.

⁷⁸⁷ Tersch, H. Días de ira. La esfera de los libros. Madrid. 2015. págs. 89 y ss.

⁷⁸⁸ Se refiere a la promovida por la Ley 35/2010, de 17 de setiembre

efectiva descentralización de la negociación colectiva se ha dejado en manos de los convenios estatales o autonómicos, pudiendo impedir esa prioridad aplicativa. La novedad que ahora se incorpora va encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores...”⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ Con independencia de la negociación de nuevos Convenios, la Ley 3/2012 modifica igualmente el “descuelgue” o inaplicación de Convenios negociados o aspectos concretos de los mismos. Ver, entre otros, Alfonso Mellado, C.L. “La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012: especial referencia a la negociación colectiva en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”. Relaciones Laborales nº 3/2013. Valdés Dal-Ré, F.- “La reforma de la negociación colectiva de 2012”. Relaciones Laborales nº 23/2012 y “Hacia dónde va la negociación colectiva” VV.AA. (Gorelli Hernández, J coordinador). El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum. Profesor Antonio Ojeda Avilés. Temas Laborales. CARL. Sevilla, 2014, págs. 524 y ss. Escudero Rodríguez, R. “El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva”. VV.AA. (Escudero Rodríguez, R. coordinador). La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012. Cinca, Madrid. 2012., págs. 11 y ss. González Ortega, S. “La negociación colectiva en el Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”. Temas laborales nº 115/2012. A este respecto, encontramos solicitudes de inaplicación de cláusulas relativas a las mejoras complementarias de prestaciones de I. T, incluidas en peticiones más generales plantadas a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Citamos la Decisión de la Comisión de 8 de julio de 2013, relativa al Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de la Comunidad Autónoma de Cantabria (expediente 8/2013), que con estimación parcial de la petición de inaplicación, desestima la relativa al complemento de I. T derivado de enfermedad común y accidente no laboral puesto que “...se consideró que no procedía su inaplicación al no estar justificada su incidencia real en la empresa ni acreditada que su inaplicación podría servir a los fines anteriormente indicados (reequilibrar la negativa situación económica de la empresa con la finalidad de mantenimiento del empleo)...”. El Laudo de 4 de noviembre de 2013, dictado por D. Rafael Martínez de la Gándara en el expediente 22/2013 estima la solicitud realizada de inaplicación del Convenio de Empresa por razones económicas y productivas, acogiendo la inaplicación del artículo 7.10 relativo a complementos de prestaciones por I. T. afirmando: “...A efectos de valorar, con arreglo a criterios de proporcionalidad el alcance de la inaplicación de este artículo, y aunque se hubiera contado con información más detallada sobre la base de datos concretos (niveles de absentismo), índice de coincidencia o volumen de gastos por complementos de I. T en años procedentes), lo cierto es que por definición resulta imposible cuantificar, salvo en forma estimativa, el gasto en concepto de complemento económico de futuras situaciones de I. T. Por ello se debe dar acogida a la solicitud de inaplicación planteada sin especial modulación...”. El Laudo dictado por Doña M^a Antonia Castro Argüelles el 3 de julio de 2014 en el expediente de inaplicación 5/2014, estima la supresión del complemento de I. T asumido por la empresa, dentro del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2012/2014 al señalar que: “... El porcentaje que supone la supresión de este complemento sobre el importe de la partida de gastos se ha calculado dividiendo del coste en que ha incurrido la compañía por este concepto, durante el primer cuatrimestre de 2014, entre el gasto de personal promedio. El ahorro derivado sería de 22.918,80€. La medida, de aprobarse, se aplicaría en el segundo semestre. Por definición es muy difícil, por no decir que imposible, cuantificar, salvo en forma estimativa, el gasto en concepto de complemento económico que se va a

De este modo, en nuestro criterio, se intenta--otra cosa es discutir acerca de la idoneidad del medio-- priorizar el Convenio Colectivo como fuente característica del Derecho Laboral para buscar la solución práctica de los problemas surgidos en la vida diaria de los trabajadores representados por los agentes sociales, dentro de la actividad económica organizada que constituye la empresa. Por lo que, en nuestra opinión, desde un entendimiento de la negociación colectiva como un medio de regulación de las relaciones laborales y de las condiciones de trabajo, con amplio margen de autonomía, lo que, por tanto, no ha de significar siempre, única y exclusivamente--como se podía venir interpretando hasta 1994--una mejora de los mínimos legales establecidos. De este modo, con relación a las cláusulas complementarias de prestaciones en general, y de I.T. en particular, se fijarán o regularán en directa relación con el sector productivo ó empresa concreta de que se trate, para ajustarse a los planteamientos reales y vitales de la misma, existiendo en unos casos y desapareciendo en otros. Y esto porque se ha de partir de una concepción clara y definida de la situación a proteger, en su caso de forma complementaria, y en la que prime la consideración de la conveniencia de una mejora a los trabajadores en situación de I.T., lo que puede conllevar asimismo una ausencia de estas medidas, entendida como apropiada en un momento determinado; la consideración de la mejora como simple beneficio otorgado al trabajador sin más especificaciones pero sobre todo, una utilización de las mismas como instrumentos de control y lucha contra el absentismo.

Con las reformas laborales pactadas a partir de 1997, el Acuerdo Interconfederal sobre negociación colectiva y sus sucesores buscan ser una guía de la negociación a nivel inferior, dentro de un ámbito general de reestructuración de las hoy todavía múltiples unidades de negociación, para evitar la atomización y establecer una articulación entre los distintos ámbitos de negociación, de manera que se distribuyan correctamente las materias según puedan ser desarrolladas en ámbito sectorial nacional, territorial o de empresa, si bien la reforma de 2012 se prioriza este último ámbito de negociación,

producir por situaciones de I. T. a partir de la aplicación de la medida planteada, de ahí que deba darse acogida a la solicitud de inaplicación planteada sin especial modulación, siguiendo por otro lado el criterio sentado en Laudos precedentes (como el dictado con ocasión del Expediente 22/2013), sin que haya ninguna razón para entender desproporcionada o irrazonable la medida..."

http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Inaplicacion/index.html.

significándose que los convenios de empresa suelen ser contener una atención más amplia a los complementos de prestaciones⁷⁹⁰.

Centrándonos en el establecimiento de las cláusulas concretas relativas a la IT, entendemos que pasarán a ser objeto de negociación y pacto particularizado sobre un estudio concreto de su conveniencia, para abandonar, con respecto a esta materia, la tradicional práctica convencional de mera repetición del clausulado anterior que, como práctica viciosa denunciábamos. Hemos de insistir en recordar a estos efectos que los Convenios han dejado de ser un mero instrumento de mejora de las condiciones legales mínimas, para dejar de regir el principio teórico y jurisprudencialmente de la “condición más beneficiosa”, reconocido de inaplicación a los Convenios Colectivos⁷⁹¹, que ha encontrado reflejo en la legislación positiva, el Estatuto de los Trabajadores, primero en la reforma operada por la Ley 11/1994, y después con el T.R.E.T /1995, para llegar al vigente T.R.E.T/2015, cuyo artículo 86 número 4 expresamente afirma que "...El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan...", pero sobre todo en el contenido de los apartados 2 y 4 del artículo 84 del mismo texto legal⁷⁹², al otorgar la prioridad aplicativa a las materias negociadas en Convenio de empresa, sobre el Convenio sectorial. Materias en las que pueden verse incluidas las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social en su caso, de forma que constituirían partes de los temas objeto de susceptible inaplicación del Convenio Colectivo sectorial por descuelgue. A ello hay que añadir el papel que la regulación de los complementos convencionales puede y debe jugar en la atención del absentismo como fenómeno a combatir puesto que perjudica tanto la productividad como la moral de trabajo.

En lo que se refiere a la redacción del contenido de las cláusulas en particular, la tesis que propugnamos es, sencillamente la de pedir un esfuerzo complementario al principio legalmente exigible de la actuación de buena fe a los negociadores y así llevar claridad,

⁷⁹⁰ "...En general, cabe apreciar una mayor generosidad en las prestaciones comprometidas en el ámbito empresarial frente a las del sectorial. Sin embargo, las características propias del sector suelen resultar decisivas..." Conclusiones" de El contenido económico de la negociación colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. VV.AA. (Director Mercader Uguina, J.R), óp. cit. págs. 275 y 276

⁷⁹¹ Martín Valverde, A; Rodríguez Sañudo, F. y García Murcia, J. Derecho del... óp. págs.313 y 314.

⁷⁹² La redacción inicial venía dada por la Ley 3/2012 a los apartados 2 y 4 del artículo 84 T.R.E.T/1995.

técnica normativa a la redacción de las cláusulas convencionales, para evitar en lo posible el tener que acudir a los tribunales en aclaración de los conceptos que los negociadores convencionales hayan recogido de forma ambigua y que puedan dar lugar, al menos a dos interpretaciones⁷⁹³. Por profundizar en esa petición de mayor rigor en las redacciones, esto es tratando de evitar, por anticipación en lo que sea posible, los problemas que se pueden plantear con la negociación de las cláusulas complementarias de prestaciones económicas de I.T, y sobre todo, con respecto a las diferencias de interpretación que pudieran surgir en su aplicación práctica, independientemente de otras cuestiones o dudas que pueden nacer, ¿es conveniente distinguir los complementos en función de su causa generadora ?; ¿Debe diferenciarse el complemento en función de la duración de la situación de I.T ? No vamos a entrar en su valoración, sólo deseamos ofrecer una orientación con respecto a la exposición o redacción del contenido de las cláusulas que se refieran a aquellos complementos. Así, mostrar al menos la vía indiciaria de superar las cuestiones que pueden surgir de una utilización incorrecta, no sólo gramatical o contextualmente hablando también, de los términos empleados en la redacción de tales cláusulas, con las consecuencias consiguientes de discrepancias que en otro caso habrían de ser judicialmente resueltas.

En este sentido, no podemos olvidar que de una definición técnicamente incorrecta empleada puede derivarse una divergencia trascendental ante la obligación de complementar la prestación en una determinada circunstancia; dicho en otros términos, ha de determinarse claramente cuál es la obligación que asumirá la empresa y en qué circunstancias; si complementará la prestación económica de I.T independientemente de que, en la actualidad y para el caso de enfermedad común y accidente no laboral, la

⁷⁹³ Así, en la Sentencia de la Sala Cuarta del T.S., de 31 de enero de 1995. R. Actualidad Laboral 25/95, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, ha de colegir qué se quería decir al referirse en la cláusula convencional al “ salario real”：“...Por ello hay que concluir que cuando la norma remite al salario real está en realidad remitiendo al conjunto de las retribuciones que tiene carácter salarial, salvo la que expresamente se excluye de forma parcial en el artículo 25.4.2 del propio Convenio y que los restantes conceptos de naturaleza salarial que excluye la empresa—trabajos de categoría superior, maternidad, rotación, primas e incentivos y horas extras—son computables, lo mismo que lo son para determinar la base de cotización y la base reguladora de las prestaciones de Seguridad social por incapacidad laboral transitoria originada por contingencias profesionales (artículo 73 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 y artículo 13 del Decreto 1646/72). En este sentido es irrelevante que alguno de estos conceptos se perciba por un grupo muy limitado de trabajadores, porque ello no altera la obligación de computarlo cuando efectivamente se haya abonado...”.

prestación es a cargo de la empresa directamente entre los días 4º y 15º a partir de la baja; si complementará la prestación al margen de la causa productora de la I.T, sobre qué cuantías y durante cuánto tiempo⁷⁹⁴, o si complementará únicamente la prestación económica cuando el subsidio corra a cargo de la Seguridad Social (aunque su abono sea en régimen de pago delegado). Y todo ello al margen de la emisión de cualquier connotación o juicio de valor acerca de la conveniencia de incluir o excluir una causa, un determinado plazo de abono, etc. Se trata sencillamente, pues, de tratar de definir de la manera más clara, concreta y completa aquello en lo que va a consistir el complemento a cargo de la empresa y cuya obligación convencionalmente asume, de forma que, en su caso, sirva también de instrumento activo de afrontar el absentismo laboral.

Como resumen de lo expuesto a los indicados efectos de claridad en su aplicación práctica, las cláusulas convencionales de complementos de prestaciones de I.T. entendemos que han de expresar:

a) Si el complemento de la prestación económica de I.T. se abona en todas las circunstancias productoras de la IT o solamente en alguna de ellas, describiendo explícitamente, en tal supuesto, cuáles son⁷⁹⁵: -"...En todas las circunstancias causantes

⁷⁹⁴ Teniendo en cuenta además las modificaciones normativas operantes en la I.T. Así, enlazando con la anteriormente referida dinámica reiterativa de los textos convencionales y plantearlo con relación a las modificaciones legislativas que presentan problemas interpretativos de derecho transitorio, que la ley 42/1994, de 30 de diciembre, al transformar la que hasta su promulgación era legalmente situación de I.L.T. en la nueva situación de Incapacidad temporal (I.T.), reguló en su Disposición Adicional vigésima la situación de derecho transitorio con respecto a los Convenios Colectivos que establecían cláusulas complementarias de prestaciones de I.L.T. para establecer que "...hasta la revisión y celebración de nuevos Convenios Colectivos, los complementos pactados para las situaciones de incapacidad laboral transitoria ó invalidez provisional, se aplicarán a las situaciones que, de conformidad con la previsto en la presente ley, se declaran como de incapacidad temporal...". Y distinguir, además, a tenor del párrafo segundo, si los complementos fueron distintos para las situaciones de I.T. y para invalidez provisional, serán de aplicación a las situaciones causadas de I.T. los previstos en tales Convenios para la anterior I.L.T. y durante el tiempo en que "...ésta se podría haber extendido de acuerdo con la legislación vigente a la fecha de conclusión del Convenio...".

⁷⁹⁵ Convenios que establecen una distinción en la cuantía y la duración del complemento a abonar por la empresa en la situación de I.T. en función del tiempo de permanencia en la situación de baja: Convenios de Endesa—B.O.E. 29-1-93; 13-2-2014--; Central Nuclear de Almaraz—B.O.E. 24-7-92; 27-1-2004--; Hispano Radio Marítima s. a—B.O.E. 14-2-92--; ATGT Network—B.O.E. 26-12-91--; Venturini s. a—B.O.E. 18-2-92--; Algosa s. a—B.O.E. 9-2-93--.

de ILT..."; "En los casos de accidente laboral..."; "...En los casos de hospitalización, independientemente de la causa generadora...". O bien, enunciándolas expresamente: "...En los casos de enfermedad común, enfermedad profesional; descanso por maternidad; y accidente, sea o no de trabajo...".

b) Si el complemento se abona desde el primer día contado a partir de la producción de la baja o desde qué fecha en su caso, y hasta cuándo⁷⁹⁶: "...Durante todo el período de permanencia en estado de I.T...."; "...Mientras dure aquélla..."; "...Durante los 15 primeros días de hospitalización..."; "...Entre los días 13º al 20ª de la baja...", "...a partir del día 21º hasta un máximo de 90...";- "...a partir del primer día en caso de accidente y de los sesenta días en caso de enfermedad común ó accidente no laboral..."; "...durante los tres primeros meses..."; "... durante los cuatro primeros días por una sola vez al año...".

c) En los casos de enfermedad común ó accidente no laboral, si el complemento es satisfecho por la empresa con independencia de su directa obligación de pago de la prestación entre los días 4º a 15º a partir de la baja; ó únicamente cuando la prestación económica es totalmente a cargo de la Seguridad social--aunque la empresa realice el abono en régimen de pago delegado--.⁷⁹⁷ : --"...mientras que aquélla dure se abonará el total de retribuciones pactadas..."; --"...que den lugar a que el trabajador perciba prestación por I(L)T, ..."; -"...abonará la diferencia hasta salario y pluses..."; -"...completará las prestaciones obligatorias...".

d) La definición, con la mayor exactitud posible, aunque no necesariamente exhaustiva, de los conceptos que integrarán el complemento, así como el tratamiento práctico-

⁷⁹⁶ Convenios Colectivos de Antena 3 TC—B.O.E. 4-6-93, 28-10-2013--; Cristalería Industrial—B.O.E. 13-5-91; 10-8-2010--; Pirelli s. a—B.O.E. 18-3-92, 9-12-2011--; Repsol derivados s a—B.O.E. 2-3-91; 25-1-1995--; Asturberga s. a—B.O.E. 15-9-92; 4-2-2013--; Equipos nucleares s. a—B.O.E. 9-3-91; 26-2-2015--; Mosa Alimentaria s. a—B.O.E. 25-9-91--; Personal laboral del Consejo de Seguridad nuclear—B.O.E. 6-3-92; 14-10-2006--.

⁷⁹⁷ Convenios colectivos de la extinguida Agencia del Tabaco—B.O.E. 12-293--; Ciemat s. a —B.O.E. -9-2-93, 21-7-1995--; Ind. Artes escénicas —B.O.E. 20-4-92; 13-10-2008--; Patrimonio Nacional—B.O.E. 29-4-92; 23-12-2013--; Fondo Promoción empleo sectores construcción naval y línea blanca—B.O.E. 19-2-92--; Estaciones de Servicio—B.O.E. 29-6-921; 3-10-2013--; Cía. Castellana de Bebidas Gaseosas—B.O.E.3-8-92; 22-5-2013--; Grupo de Empresas Magefesa—B.O.E. 18-9-92--; Agea-Gevaert s. a—B.O.E. 8-8-92; 13-6-2012--; Federación Castellano-manchega de fútbol—B.O.E. 12-6-93; 3-4-1995--; ONCE—8-6-93; 5-9-2013--.

jurídico de las pagas extraordinarias, determinando si en el momento de su devengo procede ó no el descuento de la parte proporcional diaria de los días en que el trabajador haya permanecido en situación de I.T.⁷⁹⁸:

--"...el sueldo que le correspondería de estar prestando sus servicios normalmente...";

--" ...100% del salario del Convenio...";

--"...salario base y complementos salariales como si estuviera trabajando...".

6.- Otros complementos de prestaciones de I.T.: el aseguramiento y las mutualidades de previsión social

Como habíamos apuntado, la previsión social voluntaria también puede atender a la finalidad de complementar las prestaciones de I.T., en una doble vía: una, a través del concierto de un contrato de seguro con una entidad aseguradora preestablecida cuya actividad económica principal o fundamental sea ésta, es decir, el aseguramiento de situaciones de las que puede derivar un siniestro. A este respecto, hay que decir que el aseguramiento de la IT no presenta ninguna característica especial en comparación con lo que se conoce como “póliza de seguro” de carácter ordinario, si no es la de que el hecho objeto de protección lo constituirá expresamente una contingencia propia de los trabajadores, por lo que no merecerá mayor atención desde ese punto de vista⁷⁹⁹. Otra vía de aseguramiento es por supuesto la constitución por la empresa de una Mutualidad de Previsión Social específicamente dirigida a su personal.

El tratamiento diferenciado que la normativa de previsión daba a las Mutualidades de Previsión Social a través de la Ley de 6 de diciembre de 1941 con relación a las compañías de seguros, fue recogido por la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963,

⁷⁹⁸ Convenios colectivos de Thyssen Boetticher—B.O.E. 18-8-92; 12-7-2002--; 38 s. a—B.O.E. 18-8-92--; Empresas de publicidad—B.O.E. 13-8-92; 24-2-2010--; Uniprex s.a—B.O.E.12-6-92; 23-5-2013--; Endesa—B.O.E. 10-6-92; 13-2-2014--; Ministerio de Agricultura—B.O.E. 10-6-92--; Bilbao seguros y reaseguros—B.O.E. 12-8-92, 28-3-2014--; Campsa—B.O.E. 24-6-92--; ABB Generation s. a—B.O.E. 22-9-92--; Fujitsu s .a—B.O.E. 22-9-92; 21-4-2012--.

⁷⁹⁹ Hemos de indicar que no suele ser normal el concierto por parte de empresas de contratos de seguros de estas características que ciertamente suelen ser más habituales tratándose de trabajadores autónomos. Sí existe tratamiento diferenciado a efectos fiscales como se ha estudiado en el Capítulo Siete.

que impedía la intervención de sociedades mercantiles en la gestión del sistema de Seguridad Social⁸⁰⁰, lo que provocó que los complementos de prestaciones de I.T. no fueran especialmente atendidos por aquéllas, situándose en el campo de la cobertura directa por la empresa a través de la negociación colectiva. Ello a pesar de que esa situación de regulación específica, fue superada por la Ley 33/1984, de ordenación del seguro privado, que las sometió a las normas aplicables a las entidades aseguradoras. Más tarde serían incorporadas plenamente a tal función aseguradora por la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados⁸⁰¹, desarrollada en vía reglamentaria por el R.D. 1430/2002, sin perjuicio de los desarrollos autonómicos concretos al tratarse la previsión social de una materia cuya fijación normativa estatal se constituye como “básica” en la ordenación de la actividad aseguradora y por consiguiente susceptible de desarrollo autonómico ex artículo 149.1.11 de la Constitución⁸⁰².

Define la ley 30/1995 las Mutualidades de Previsión social como “entidades aseguradoras privadas”, carentes de ánimo de lucro, que ejercen una actividad aseguradora privada calificada expresamente como “complementaria” al sistema de Seguridad Social; actividad aseguradora para cuyo acceso han de contar con la autorización de la Dirección General de Seguros del Ministerio de Economía, y que llevan a cabo mediante aportaciones a prima fija o variable ya sea directamente de los mutualistas, que pueden ser personas físicas o jurídicas o de otras entidades o personas denominadas protectoras, al distinguir de esta manera al estilo del seguro y como no podía ser de otro modo, entre tomador del seguro—artículo 31- y asegurado—artículo 33-- de la Ley. Actividad aseguradora que se concreta fundamentalmente en la cobertura de contingencias de muerte, viudedad, orfandad y jubilación, en forma de capital o renta-artículo 15 a)--, así como de accidentes e invalidez para el trabajo, enfermedad, defensa jurídica, asistencia y defunción como prestación del servicio de enterramiento o reembolso de los gastos por el mismo concepto—artículo 15 b)--, añadiendo expresamente que estas operaciones de seguro de invalidez para el trabajo y enfermedad “...podrán comprender indistintamente la cobertura de incapacidad temporal...”, si bien el artículo 65 limita las prestaciones económicas garantizadas a la

⁸⁰⁰ García Murcia, J. III. Ponencia. El marco de las pensiones...óp. cit. págs. 19 y ss.

⁸⁰¹ Dedicándoles específicamente el Capítulo VII del Título II que abarca los artículos 64 a 69, y las Disposición Adicional 15ª, Transitoria 5ª y Finales primera y segunda.

⁸⁰² Ver Sentencia 89/1986 del T.C.

cantidad de 21.000 € como renta anual. Este es pues el fundamento de la posible participación de las Mutualidades de Previsión Social en la atención de la contingencia objeto de nuestro estudio: su constitución puede abarcar también el servir de complemento a las prestaciones económicas legalmente establecidas para la I.T.

A pesar de ello, el hecho de su sometimiento a la normativa propia de la actividad aseguradora con la complejidad de funcionamiento que conlleva; la necesidad de previa autorización administrativa *ad hoc*; la obligatoriedad de externalización de los riesgos a cubrir, con el retraimiento de los fondos correspondientes y, en fin, el tratarse realmente de una actividad económica específica que no coincide en términos generales con el desarrollo propio de la actividad económica principal de la empresa de que se trate, hacen que su utilización a efectos de complementos de prestaciones sea extremadamente limitada a grandes compañías y no un instrumento ordinario de la mayoría de las empresas españolas, a las que, en su caso, les resulta mucho más sencillo acceder a la cobertura complementaria de las prestaciones económicas de I.T. mediante contratos de seguro formalizados específicamente con compañías aseguradoras, al margen o no de que cumplan el papel explícito de previsión social complementaria. Más fácil les resulta aún, como sucede en la práctica, asumir directamente el pago del complemento de prestaciones de I.T. convencionalmente establecido como hemos estudiado.

En cualquier caso, el artículo 64 de la Ley 30/1995 da respaldo a la mutualidad de carácter complementario, al establecer específicamente que cuando en una Mutualidad de Previsión social todos los mutualistas sean empleados, sus socios protectores o promotores sean las empresa, instituciones o empresarios individuales en las cuales presten sus servicios, y las prestaciones que se otorguen sean únicamente consecuencia de acuerdos de previsión entre éstas y aquéllos, se entenderá que la Mutualidad actúa como instrumento de previsión social empresarial.

7.- El recargo de las prestaciones de incapacidad temporal

Desde muy diferente perspectiva, puesto que se trata ya de un instrumento de marcado carácter punitivo, la prestación de IT puede experimentar incremento a través de la figura del recargo de prestaciones por inobservancia de normas o medidas de seguridad

y salud en el trabajo. Este recargo puede constituir, en la práctica, un nuevo complemento de las prestaciones económicas de I.T. recibidas por el trabajador, pero con la característica tan particular de que su origen no es la voluntariedad sino su imposición administrativa al empresario con carácter sancionador⁸⁰³.

Dejando para otro lugar el tema de la responsabilidad empresarial, junto a su posible exoneración y la eventual concurrencia con la responsabilidad civil y penal⁸⁰⁴, hemos de señalar que el recargo de prestaciones tiene su fundamento en una regla muy tradicional que hoy en día se contiene en el artículo 164 del T.R.L.G.S.S./2015, que determina expresamente el aumento de un 30 a un 50 por ciento de todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o una enfermedad profesional cuando la lesión se haya producido por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. A tenor del número 2 del artículo 164 T.R.L.G.S.S./2015, esta responsabilidad no puede ser objeto de aseguramiento, público o privado.

Es, como fácilmente se comprende, una regla muy conectada a las normas básicas de prevención y, en particular, a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales, en cuanto recoge la “deuda de seguridad” que tiene el empresario con sus trabajadores, correlativa al derecho de éstos a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, como dispone su artículo 14.1. De esa normativa se deriva también el deber empresarial de integrar la prevención en el sistema general de gestión de la empresa, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 31/1995, de modo que el responsable de la empresa ha de adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección y seguridad de aquéllos, como también previene su artículo 14.2.

⁸⁰³ Su origen lo fija Gutiérrez-Solar en el recargo sobre las indemnizaciones objetivas del artículo 5.5 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Gutiérrez-Solar Calvo, B. “Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900”. Legislación histórica de previsión social. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, M^a A., Directores) óp. cit. pág. 48.

⁸⁰⁴ Capítulo Quinto números 5 y 6.

El fundamento de su establecimiento junto con la prohibición de su aseguramiento a través de un tercero, haciéndole recaer directamente sobre el patrimonio empresarial, han llevado a la jurisprudencia a estimar la configuración jurídica de carácter sancionador del recargo, sin perjuicio de destacar su singularidad, atendiendo tanto a sus fines (reparación económica y prevención general, además de la expresamente sancionadora) como a su configuración legal (compatibilidad legal con otras responsabilidades del empresario)⁸⁰⁵. De este modo, se ha considerado como una responsabilidad empresarial cuasi objetiva⁸⁰⁶, que recae directa y exclusivamente en el empresario, aunque sólo en caso de incumplimiento de aquellos deberes ligados a la seguridad y salud en el trabajo.

Las notas configuradoras del recargo han venido siendo fijadas por la doctrina judicial, que exige la confluencia de tres elementos:

--Daño al trabajador, ya sea derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional. Este daño ha de haber causado, en este caso una situación de I.T. protegida por el sistema de Seguridad Social⁸⁰⁷.

--Incumplimiento de medidas de prevención, protección, seguridad, higiene o salubridad por parte del empresario. Inobservancia normativa que puede ser tanto general, derivada de las obligaciones genéricas empresariales derivadas de los artículos 20 del T.R.E.T./1995 y de los artículos 14,15, 16 y 22 de la Ley de Prevención de

⁸⁰⁵ Martín Valverde, A. y García Murcia, J (Directores). Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social. Vol. I págs.435 y ss. Thomson-Aranzadi.2008.

⁸⁰⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 21 de febrero de 2002. RJ 4539/2002. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 23 de marzo de 2004. Recurso 5654/2003. Sentencias de Sala de lo social del T.S.J. de Extremadura de 10 de octubre de 2010. Recurso 518/2010 y 4 de febrero de 2014. Recurso 568/2013. Sentencia de la Sala de lo social del T.S.J. de Cataluña de 11 de noviembre de 2010. Recurso 5579/2009.

⁸⁰⁷ "...Por ello, el primer elemento de concurrencia necesaria es el acaecimiento de alguna de dichas contingencias (accidente de trabajo o enfermedad profesional), como generadoras de un daño que dé lugar a una prestación de seguridad social..." Arastey Sahún, L. "El recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad", dentro de la obra Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 2007

Riesgos Laborales, como particulares o específicas de puesto o clase de trabajo o de las características laborales del trabajador concreto⁸⁰⁸.

--Nexo de causalidad entre el daño producido y la omisión de las medidas de protección⁸⁰⁹.

Para la imposición del recargo ha de quedar acreditada esta relación, por lo que no existe responsabilidad empresarial cuando es fortuita la producción del accidente, si bien el T.S ha precisado que cuando se desconocen las circunstancias productivas del accidente, y mediando un incumplimiento empresarial en materia de prevención y seguridad, se presume la relación de causalidad entre ambos.⁸¹⁰ De esta manera, en términos generales la conducta del trabajador en la producción del siniestro tiene escasa relevancia ante la evidencia de un incumplimiento normativo empresarial en materia de seguridad, si bien es cierto que, de una parte, en determinadas circunstancias la conducta del trabajador podría dar lugar a exoneración del empresario⁸¹¹, por imprudencia temeraria o imprudencia profesional cuando ésta sea la causa exclusiva del evento lesivo⁸¹², y, de otra, podría justificar una modulación del grado de responsabilidad de éste en una estimación de compensación de culpas⁸¹³.

La fijación del incremento de las prestaciones cuyo beneficiario es el trabajador en situación de I.T., entre el 30 y el 50 por ciento, requiere previa incoación de expediente administrativo en base a informe- propuesta de la Inspección de Trabajo, a tenor de lo prevenido en el artículo 27 del R.D.928/1998, que aprueba el Reglamento general sobre el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, y según el cual ha

⁸⁰⁸ Ver artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁸⁰⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 17 de setiembre de 2011. R. AS 4152/2001.

⁸¹⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 16 de enero de 2006. R.J. 816/2006. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Canarias (Las Palmas) de 14 de marzo de 2007. Recurso 539/2004.

⁸¹¹ Sentencia del T.S. de 6 de mayo de 1998 (R.J.4096/1998). Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Granada) de 25 de noviembre de 2003. Recurso 1560/2003.

⁸¹² Sentencias del T.S. de 20 de marzo de 1985. R. Aranzadi 1356; de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2003. R. Aranzadi 3440.

⁸¹³ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 20 de marzo de 1985 (R.J. 1356/1985). Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2007. Recurso 3301/2006.

de valorarse también la conducta del trabajador para modular la cuantía sancionadora⁸¹⁴. La decisión corresponde al Director Provincial del I.N.S.S. competente en razón del territorio, sin perjuicio del levantamiento en su caso de acta de infracción cuya resolución será competencia de la autoridad laboral que, caso de haberse dictado, se acompañará a aquél. La Resolución será recurrible ante la jurisdicción social al amparo del artículo 2 o) de la L.R.J.S., previo agotamiento de la vía administrativa o la cumplimentación de la pertinente reclamación previa, de acuerdo con el artículo 71 de la misma norma.

8.-El tratamiento fiscal de los complementos de prestaciones de incapacidad temporal

Como hemos citado⁸¹⁵ al referirnos a la consideración fiscal de las prestaciones económicas de I.T. desde la perspectiva empresarial, la norma vigente en materia de I.R.P.F, Ley 35/2006, sigue considerando que los complementos satisfechos durante aquélla en virtud de negociación colectiva, constituirán un gasto deducible de sus rendimientos íntegros para la determinación del rendimiento neto que constituirá la base liquidable regular.

Por su parte, la Ley 27/2014, reguladora del Impuesto de Sociedades, se remite a las normas contables al efecto de considerar los pagos de complementos de prestaciones de I.T. realizados por la empresa a sus trabajadores en virtud de pacto colectivo. Tales normas son el Plan General de Contabilidad, aprobado mediante el Real Decreto 1514/2007, y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES) por el Real Decreto 1515/2007, de la misma fecha⁸¹⁶.

⁸¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía (Málaga) de 14 de julio de 2000. (R. Aranzadi Social 2507/2000). Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de 25 de abril de 2006. Recurso 2475/2005. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de 16 de noviembre de 2007. Recurso 4257/2006.

⁸¹⁵ Capítulo Tercero

⁸¹⁶ Como en el Capítulo Tercero se expuso, el R.D. 1514/2007, de 16 de noviembre, aprueba el Plan General de contabilidad, y el R.D. 1515/2007, de 16 de noviembre aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y medianas empresas y los criterios contables específicos para microempresas. Se consideran pequeñas y medianas empresas las que reúnan, al menos dos de los siguientes requisitos:-Que el total de las partidas de su activo no superen los 2.850.000€.-Que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los 5.700.000 €.-Que el número medio de trabajadores no supere los 50.Serán consideradas microempresas las que reúna, al menos dos de las

El primero de ellos, Plan General Contable, incluye en el Grupo 6, punto 64, los gastos de personal, que se definen como retribuciones al personal, cualquiera que sea la forma o el concepto por el que se satisfacen, de forma que en los complementos de prestaciones de I.T., se contabilizan a través de la cuenta 649 denominada "Otros gastos sociales", que se definen como gastos de naturaleza social realizados en cumplimiento de una disposición legal o voluntariamente por la empresa, por lo que, en definitiva, constituyen gastos de personal deducibles por la empresa a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto directo (I.R.P.F. o Sociedades) de que se trate, cuando la determinación de su rendimientos se lleve a cabo por el sistema de estimación directa tanto en modalidad simplificada como ordinaria.

Es destacable la novedad que introduce la Ley 35/2006 en relación con los complementos a prestaciones y el I.R.P.F., pues declara renta exenta en su artículo 7 d) párrafo segundo las indemnizaciones percibidas por daños personales en virtud de contratos de seguros de accidente, hasta la cuantía fijada en el Real Decreto Legislativo 8/2004, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. De este modo, las cantidades percibidas por los trabajadores que sufran un accidente (laboral o no) de empresas que en virtud de Convenio Colectivo hayan pactado un complemento de prestaciones de I.T. con sus trabajadores, contratando un seguro para su atención con una compañía aseguradora, se considerarán exentas de tributación a I.R.P.F. en los términos fijados por la Ley 35/2015⁸¹⁷.

De este modo, se produce una doble diferencia en el tratamiento de los complementos de prestaciones de I.T. a estos efectos fiscales, atendiendo de una parte, a que los mismos se hayan cubierto por la empresa mediante un contrato de seguro con un tercero (compañía de seguros), y de otro a la cobertura concreta de contingencias (accidente sea o no de trabajo, enfermedad común o profesional). Así, debe entenderse de acuerdo con

siguientes notas características:-Que el total de las partidas de su activo no supere 1.000.000 €.-Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los 2.000.000€.--Que el número medio de trabajadores no exceda de 10.

⁸¹⁷ La Ley 35/2015 que entró en vigor el 1 de enero de 2016, modifica el sistema de valoración de daños y perjuicios causados en accidentes de circulación, que se toma igualmente como referencia para la determinación de las indemnizaciones de los accidentes laborales.

el texto de la ley de I.R.P.F. que los complementos de prestaciones de I.T. percibidos como consecuencia de enfermedad común o profesional, siempre tendrán la consideración de rendimiento de trabajo sometido al I.R.P.F., y los complementos derivados de accidente de trabajo o no, sólo tributarán si es la propia empresa la que los satisface directamente, y estarán exentos si son percibidos por los trabajadores a través de una aseguradora con la que la empresa hubiera externalizado el compromiso complementario de prestaciones.

Realmente no se entiende la razón justificativa de esta diferencia, que sólo se puede explicar en razón de la compleja redacción de las normas fiscales y, sobre todo, la introducción sucesiva de párrafos que, persiguiendo una determinada intención terminan causando unos efectos jurídicos colaterales quizá no buscados.

CAPÍTULO OCTAVO

INCAPACIDAD TEMPORAL Y CONTROL DEL ABSENTISMO

1.- La consideración del absentismo

La protección de la contingencia de I.T en el Régimen General de la Seguridad Social a través del subsidio económico pronto encuentra un problema, ínsito en la naturaleza humana desde el desafortunado incidente de la manzana en palabras de Chesterton⁸¹⁸: la inclinación al engaño, perfectamente identificable en el ámbito de las relaciones laborales en el fenómeno del absentismo, esto es, la ausencia del trabajador al trabajo en términos generales, con las matizaciones que indicaremos. No ha sido un problema ajeno a la legislación de seguridad social, que en reiteradas ocasiones ha revisado el régimen jurídico de la prestación para evitar estos efectos no deseables. Una primera modificación relevante en este sentido, relativa a la fijación de la cuantía de la prestación económica recogida inicialmente en el Decreto 3158/1966, se produjo con la aprobación del Decreto 1646/1972, que vino a establecer el pago del subsidio de I.T a partir del 4º día de su inicio para los supuestos de enfermedad común y accidente no laboral, de manera que limita el cobro establecido a razón del 75 por ciento de la base reguladora desde el primer día a las situaciones derivadas de accidente laboral o enfermedad profesional, menos sospechosas de producción de una irregularidad en su acaecimiento. La operación se basaba a fin de cuentas en las medidas puestas en marcha por la Ley 24/1972⁸¹⁹.

Posteriormente, el R.D.53/1980 redujo del 75 al 60 por ciento el porcentaje de la prestación entre los días 4º a 15º en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, aclarando la Exposición de Motivos que se trataba de una medida

⁸¹⁸ Chesterton, G.K. "Fairy tales" All things considered. Traducción de Juan Salmerón en su web: <http://juansalmeron.com>

⁸¹⁹ Lo explica el párrafo segundo de la Exposición de Motivos de esta manera: "... La experiencia adquirida durante los años del primer período de reparto próximo a finalizar, pone de manifiesto la conveniencia de modificar determinados preceptos de la Ley de Seguridad Social de veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y seis, en términos que, sin alterar sustancialmente su estructura y con estricta sujeción al principio de la conjunta consideración de las contingencias protegidas, se satisfagan con mayor eficacia las exigencias de la justicia distributiva, a través de criterios más realistas en el régimen de las cotizaciones, que habrán de permitir un perfeccionamiento de la acción protectora, muy particularmente en las pensiones y en las prestaciones económicas por incapacidad laboral y transitoria y desempleo...".

compensatoria de las desviaciones originadas por determinadas conductas, y con la finalidad de nuevo de reducir el nivel de absentismo⁸²⁰.

De otra parte, el R. D-Ley 5/1992, transformado en Ley 28/1992, y aplicable a esos mismos supuestos de contingencias comunes, trasladó el pago del subsidio de la Entidad Gestora al empresario entre los días 4º a 15º, ambos inclusive, desde la producción del evento causante⁸²¹, para buscar la minoración en el gasto ocasionado por las prestaciones económicas, que, como se ha señalado⁸²², es un objetivo que se trató de conseguir asimismo a través de la introducción de mayores posibilidades de control y reducción de los plazos de la protección de la I.T. A estas mismas finalidades responden las sucesivas reformas, ya estudiadas, llevadas a cabo por las Leyes 42/1994; 30/2005; 40/2007; 35/2010 y finalmente 35/2014.

Vemos, por consiguiente, que la legislación reguladora de la I.T. aborda el problema del absentismo laboral desde la perspectiva del gasto, al tratar de disminuirlo para reducir igualmente el absentismo, de forma que, de una parte, se reducen las cuantías de las prestaciones y la extensión de su duración, y de otra se incrementan los controles sobre las situaciones protegidas de IT⁸²³. Es en esta segunda clase de medidas en las que la

⁸²⁰ Así la Exposición de Motivos afirma: "...Dentro de las distintas situaciones y contingencias comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social, la incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común y accidente no laboral suscita una serie de problemas y circunstancias especiales, que han de solventarse de tal forma que, sin olvidar la finalidad específica de esta prestación, que es la de compensar en parte la pérdida de retribución en las situaciones derivadas de enfermedad o accidente, corrija las importantes y graves desviaciones originadas por determinadas conductas, con la consiguiente repercusión en la economía nacional. Por todo ello, se hace necesario adoptar las medidas oportunas para corregir las citadas conductas y reducir el actual nivel de absentismo, al mismo tiempo que se reordena la prestación por incapacidad laboral transitoria, manteniéndose la actual cuantía en aquellos procesos de incapacidad que, por su gravedad y, en consecuencia, por su mayor duración, se justifica una protección más intensa y reduciéndose en parte durante los primeros días de la baja debida a las citadas contingencias...".

⁸²¹ Lo justifican sus Exposiciones de motivos como una medida para hacer frente al gasto público, en este caso convirtiéndolo en privado.

⁸²² García Murcia, J. y Román Vaca, E. "Nuevas pautas en la regulación de la I.T.". Aranzadi Social. Tomo II. 1996. pág. 2509. García Valverde, M.D. "El subsidio por I.T: cuantía y dinámica". Revista de Derecho Privado. Marzo/abril 2003.; García Valverde, M. La cuantía de las prestaciones en el sistema de la Seguridad Social española. Comares. Granada. 2003. págs 242 y ss.

⁸²³ Ciertamente es que tales controles pueden conllevar a rigores intervencionistas pues tal y como apunta López Insúa, B. del M. El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Comares. Granada 2016. pág. 138: "...Sin embargo, esta arma de doble filo no sólo conduce a experimentar continuos vaivenes normativos, sino que incluso llega a poner en duda los cimientos por los que se erigió el ordenamiento vigente (de la Seguridad Social) ".

normativa de Seguridad Social va en paralelo con las facultades de intervención del empresario en el seguimiento de las ausencias al trabajo para tratar de disminuir ese fenómeno absentista, tan perjudicial para las empresas como para el Estado (para todos los ciudadanos por tanto), no sólo desde el punto de vista material, atendiendo al coste que produce, sino también psicológico, ya que no deja de constituir una manifestación de fraude y corrupción social.

De ahí que entendemos conveniente estudiar la repercusión que el absentismo tiene en relación con las medidas relativas a la IT que permiten a empresarios afrontar los problemas de las ausencias injustificadas de los trabajadores, con independencia de las medidas exclusivamente disciplinarias, cuyo carácter es individual, para plasmarlas fundamentalmente en la negociación colectiva. A este respecto es preciso reconocer que los pactos colectivos recogen como principio el carácter negativo del absentismo, punto sobre el que están de acuerdo tanto los representantes de los empresarios como de los trabajadores. Sobre tal base, este estudio del tratamiento de la I.T. en relación con el absentismo en la negociación colectiva ha de partir de la definición del mismo.

El ordenamiento jurídico laboral español no contiene más que someras e indirectas referencias al absentismo. Así, el artículo 20.4 del T.R.E.T./2015 autoriza al empresario a verificar el estado de enfermedad o accidente causante de la ausencia del trabajador a su puesto de trabajo, determinando que la negativa de éste a someterse a los reconocimientos médicos que aquél pueda establecer podría conllevar la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario a favor del trabajador en situación de IT⁸²⁴. De otra parte, el artículo 52⁸²⁵ del mismo texto legal alude al índice de absentismo

⁸²⁴ Con la expresión " derechos económicos a cargo del empresario", el T.R.E.T. se está refiriendo a fundamentalmente a aquellos complementos de prestaciones económicas de I.T. establecidos en los Convenios Colectivos en el ámbito de las mejoras voluntarias, es decir, las cantidades que a través de la negociación colectiva se han pactado libremente y satisfaciéndolas el empresario a su costa, de forma que el trabajador en situación de I.T. vea complementada la percepción del subsidio económico de I.T. establecido como prestación de Seguridad Social hasta o en la cuantía que se establezca mediante tal regulación convencional. Dándose estos supuestos, o sea, encontrándose un trabajador en situación de I.T., percibiendo una cantidad a cargo del empresario como complemento de la prestación económica de I.T., y deseando éste someter la expresada situación a verificación por parte de personal sanitario contratado ad hoc por el empresario, si se le comunica esta intención al trabajador y éste se negase al examen médico pertinente de control, su oposición daría derecho a aquél a suspender el abono de los complementos prestacionales a cargo de aquél.

para utilizarlo como punto de partida en el cálculo que la norma contiene, posibilitando el despido de un trabajador por causas objetivas si sus ausencias, aun justificadas pero intermitentes, alcanzan el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5%

⁸²⁵ La Ley 35/2010, de 18 de setiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, dio nueva redacción a la letra d) del artículo 52 del T.R.E.T/1995, reduciendo el índice de absentismo total de la empresa de 5 por ciento al 2,5. La redacción quedó así: "...Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5% en los mismos períodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda...". La aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que teniendo como objetivo la introducción de medidas para luchar contra la crisis económica que España atraviesa desde 2008--dice la Exposición de Motivos--, reforma en profundidad el sentido de la estudiada letra d) del vigente T.R.E.T. al eliminar la referencia al índice de absentismo de la plantilla del centro de trabajo, aun manteniendo las ausencias no computables a estos efectos extintivos. De esta manera, ausencias intermitentes del trabajador que alcanzasen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o cuatro alternos podrían dar lugar a la extinción del contrato de trabajo de aquél, lo que evidentemente constituye una medida de mucha más sencilla aplicación que con la redacción anterior. La tramitación parlamentaria como proyecto de ley del contenido del Real Decreto ley 3/2012, dio lugar a la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral que, a su vez, propició una nueva redacción de la letra c) del artículo 52 T.R.E.T en lo que podríamos considerar como un término medio entre la original y la referida del Real Decreto ley. Así, se podrá producir la extinción contractual por causas objetivas de un trabajador por "...faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses..." Lo que viene a mantener en parte la redacción última en lo que se refiere a las ausencias, en un período de doce meses, que alcance la cuarta parte de las jornadas hábiles, sustituyendo el carácter "alternativo" de los meses por su "discontinuidad", volviendo a introducir un índice de absentismo, en este caso el del propio trabajador en los doce meses anteriores que ha de superar el cinco por ciento y que es una referencia personal de absentismo de "ese trabajador" en concreto sin que exista conexión con el índice de la plantilla (como en la redacción originaria) ya que se trata de una extinción "individual" en base a un problema también individual de morbilidad en su caso. La redacción introducida por la ley 3/2012 incluye, por fin, entre las ausencias que no computan a efectos de la aplicación de esta extinción por causas objetivas ex artículo 52 d), las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Esta redacción pasa al actual artículo 52 d) T.R.E.T/2015.

de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos, dentro de un período de doce. De este modo, aunque la redacción actual del mismo abandona la expresión textual de índice de absentismo, sí contiene una referencia, nueva pero conectada con la anterior, a que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 por ciento de las jornadas hábiles. Vemos, por consiguiente, y fundamentalmente en el precitado artículo 52 T.R.E.T/2015, una vía de atención, de tratamiento diferenciado de las ausencias de los trabajadores, si bien no encontramos concepto legal alguno que defina qué debe entenderse por absentismo.

El absentismo es un fenómeno sociológico⁸²⁶ inherente al desarrollo industrial y económico, directamente vinculado a la actitud del individuo y de la sociedad ante el trabajo. Se trata de "...un reto que tiene presentado la sociedad industrial avanzada: se ha posibilitado un aumento del nivel de vida, se han logrado mejores cotas materiales, pero se está olvidando el aspecto gratificante y espiritualmente compensador que ha de tener todo trabajo..."⁸²⁷. En su consideración actual a nivel de investigación existe un acuerdo generalizado en que el absentismo incorpora dos notas básicas: la no presencia del trabajador unida a la falta de previsión de la misma por la empresa⁸²⁸. Sobre esta base, siguiendo la doctrina⁸²⁹ y la propia experiencia laboral constituida por la regulación contenida en los Convenios Colectivos, llegamos a obtener, genéricamente hablando, dos diferentes pero complementarios conceptos de absentismo:

- Un primer concepto, abierto y extensivo, entiende por absentismo toda ausencia del trabajador a su puesto de trabajo, sea cual sea el motivo; justifique o no su falta a la

⁸²⁶ Gili Maluquer, S. "Aspectos psicológicos y legales del absentismo laboral", Revista de Medicina y Seguridad del Trabajo, números 98 y 99, Madrid, 1977.

⁸²⁷ De las Heras Borrero, F. M "El absentismo laboral: sus causas y tratamiento jurídico". Revista de Política social nº 136.-Madrid.1982.

⁸²⁸ Villaplana García, M^a D.-Absentismo e incapacidad laboral. Promover organizaciones saludables como garantía de excelencia y efectividad organizativa. C.E.S. del Principado de Asturias. 2015.pág 31.

⁸²⁹ González Ortega, S.- Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi. Pamplona.1983.-págs.35 a 58 Alude a un concepto intermedio, "... al considerar absentismo además de las faltas injustificadas, una serie de faltas de aparente justificación formal...". Pero no debemos olvidar que está centrándose en el estudio del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, atendiendo a los supuestos que pueden constituir motivo de extinción de la relación laboral por causas objetivas.

prestación de sus servicios, e independientemente de la duración de aquélla⁸³⁰. Podemos decir sobre el mismo que se trata de un concepto puramente económico —o, mejor, economicista—, que ninguna relevancia va a obtener en el ámbito del Derecho Laboral puesto que la legislación laboral contempla ausencias del trabajador como parte integrante de la relación laboral⁸³¹, y los propios agentes sociales acuerdan la exclusión de determinadas ausencias, además de las legislativamente previstas, del concepto de absentismo, aunque es verdad que lo rechazan como un verdadero mal a erradicar en las relaciones de trabajo.

-Un segundo concepto, que es el que manejamos en este trabajo. No es de comprensión legal puesto que, como hemos indicado, no existe tal definición en nuestra legislación, sino convencional, ya que son los convenios los que vienen a especificar, dentro de la "no presencia del trabajador en su puesto de trabajo". Se trata de aquellos supuestos derivados de las causas motivadoras de la ausencia que no tendrán la consideración de absentismo laboral para la percepción o no de complementos convencionales cuando el trabajador se encuentre en situación de I.T. y otros supuestos de ausencias al trabajo a efectos de sancionar en su caso las ausencias, llegando incluso al despido.

Tomando como referencia este segundo sentido del absentismo, hay que decir que no es sino hasta la negociación colectiva de la década de los 80 cuando se aborda tímidamente y se empieza a entender como problema⁸³², desde una inicial toma en consideración a partir de un pretendido punto de vista positivo (pactos de pluses ó complementos salariales que retribuyen la presencia del trabajador), con una mera enunciación de manifestaciones críticas sobre la gravedad del problema y buenos deseos de acabar con él, o, al menos, reducirlo a coordenadas que se entienden asumibles-- para finalmente llegar a la contemplación negociada de medidas concretas para afrontarlo, generalmente a nivel de empresa, esto es, mediante su tratamiento en convenios colectivos de empresa, o en su caso --pero con mayor dificultad—en convenios de sector. Una

⁸³⁰ Ribaya Mallada, F.J.-La gestión del absentismo laboral. Editorial Montecorvo.Madrid.1996.

⁸³¹ Artículos 37.3—Ausencias remuneradas--, 38—Vacaciones anuales; 40—días de compensación por desplazamiento; 45—causas de suspensión del contrato de trabajo; 52—ausencias no computables como faltas de asistencia a efectos de la extinción del contrato por causas objetivas--; 53—licencia para búsqueda de nuevo empleo en la extinción de contrato por causas objetivas--, todos ellos del T.R.E.T/2015.

⁸³² González Ortega, S.- Absentismo y ...óp. cit. págs..228 y ss.

característica común es preciso resaltar en todo caso: su consideración peyorativa, dándose en suma una valoración, como es lógico, negativa del fenómeno absentista.

Por consiguiente, si bien al inicio de la atención del tema por la negociación colectiva, como decíamos, se primaba la asistencia o la presencia del trabajador en el puesto de trabajo, enseguida con buen criterio se pasa a considerar tal presencia como un *prius* o presupuesto, esto es, un nivel mínimo necesario⁸³³ en la correspondiente contraprestación que el trabajador ha de cumplir, por lo que su ausencia –naturalmente, con las excepciones pactadas-- supone la supresión de pagas, incentivos o complementos de prestaciones a nivel convencional, ya sea en todo caso, ya sea cuando se superen los límites establecidos a medio de la negociación colectiva.

2.- Los pactos convencionales de control del absentismo

Partiendo de los puntos expuestos sobre el abordamiento convencional del absentismo a efectos de su consideración jurídica, las referencias más generales que se pueden citar al respecto del fenómeno estudiado son las contenidas en los grandes pactos celebrados en nuestra patria a partir del precedente --si bien fue muestra también de acuerdo de política general-- de los Pactos de la Moncloa⁸³⁴.

El primero de esos pactos que cabe mencionar ahora es el Acuerdo Marco Interconfederal⁸³⁵, denominado comúnmente A.M.I., que intentó una definición y regulación del absentismo en la línea ya descrita. Así, su punto VIII estuvo dedicado a la " Productividad y Absentismo", estableciéndose la referencia concreta al segundo en el apartado B. Comienza con un reconocimiento de los agentes sociales del grave problema que supone, apuntando que su reducción "...implica, tanto un aumento de la presencia del trabajador en el puesto de trabajo, como la correcta organización de la medicina de Empresa y de la Seguridad Social, junto con las adecuadas condiciones de

⁸³³ En este sentido apuntan todas las Instrucciones para la negociación colectiva de cada año emanadas de la CEOE.

⁸³⁴ La relación de los pactos celebrados sobre negociación colectiva la encontramos en Nota a pie de página en el Capítulo Séptimo.

⁸³⁵ Firmado el 5 de enero de 1980.

seguridad, higiene y ambiente de trabajo, en orden a una efectiva protección de la salud física y mental de los trabajadores...".

Se fijan una serie de puntos (ocho concretamente) para afrontar correctamente el tratamiento del absentismo, que van desde un requerimiento a las autoridades administrativas para la adopción de medidas eliminadoras de las circunstancias externas a la empresa favorecedoras del absentismo, hasta la necesidad de cuantificar y catalogar las causas del absentismo, entendido como la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo, medidas de control y comprobación procedentes. Concretamente en lo que a este estudio se refiere, se recogen dos puntos: el 5º, según el cual se da entrada en la negociación colectiva a la introducción de medidas correctoras del absentismo en función de circunstancias sectoriales, territoriales o de empresa; y el 6º, en el que se estima como necesario "... el desarrollo convencional de medidas de reducción del absentismo injustificado--" A estos efectos considera por tal el debido a causas injustificadas y los supuestos fraudulentos...", tanto a nivel convencional nacional, sectorial y de empresa.

Se fijan igualmente en este punto 6º unos criterios básicos con relación al absentismo:

--Reducción de las causas que lo generan.

--Instrumentación de campañas de explicación sobre los efectos negativos que el absentismo tiene tanto para la Empresa como para los trabajadores.

--Renegociación de los complementos económicos---en situación de Incapacidad Laboral Transitoria (ILT) a cargo del empresario, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Con el importe de dichos complementos se buscará la adecuada aplicación para cubrir efectivas necesidades de los trabajadores enfermos y evitar asignaciones que fomenten situaciones fraudulentas. El destino que se dé al importe de estos fondos se decidirá con la participación de la representación de los trabajadores.

b) Para renegociar estos complementos en un ámbito superior al de Empresa será condición necesaria que se den en tal ámbito circunstancias homogéneas generadoras de absentismo.

c) Para medir el absentismo se establecerán dos bloques de causas diferenciales: 1) Aquellas sobre las que no está al alcance de las partes actuar con plena eficacia en su disminución, y 2) Aquellas en las que una actuación realista y negociada de partes puede conseguir su reducción a corto y medio plazo.

Tanto unas como otras se definirán y cuantificarán en cada ámbito de negociación en función de cuanto ha quedado antes señalado.

d) En orden a la reducción y control del absentismo por causas injustificadas y fraudulentas, los representantes legales de los trabajadores y la Empresa actuarán conjuntamente en la aplicación de cualquier tipo de medidas.

e) Establecimiento de gradaciones en función de los supuestos..."

Con posterioridad al A.M.I., el Acuerdo Interconfederal—A.I.—de 1983 y el Acuerdo Nacional sobre el Empleo--A.N.E.— de 1984 aludieron tangencialmente el tema. Es el Acuerdo Económico Social--A.E.S.-- el que recoge en su Capítulo Tercero, sobre "Otras condiciones de Trabajo, "-- una expresa conexión --artículo 6-- entre productividad y absentismo, en la misma línea diseñada en el Acuerdo Marco Interconfederal, cuyo contenido viene a reiterar. De este modo, expresamente se enumeran los principales factores que, según los agentes sociales firmantes del mismo, inciden sobre la productividad:

- La política de inversiones.
- La racionalización de la organización productiva.
- La mejora tecnológica.
- La programación empresarial de la producción y la productividad.
- El clima y situación de las relaciones laborales.
- Las condiciones y la calidad de vida en el trabajo.
- La política salarial y la incentivación material.
- La cualificación y adaptación de la mano de obra.
- El absentismo-**.

Seguidamente, el Preámbulo dedicado específicamente al absentismo vuelve a manifestar la importancia del problema, asociando su reducción-- "..aumento de la presencia del trabajador en el puesto de trabajo..."-- a una correcta organización de la medicina de empresa y de la Seguridad Social y a unas adecuadas condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo, independientemente de otras manifestaciones y remisiones, a "...medidas correctoras del absentismo en función de circunstancias sectoriales, territoriales ó de empresa...". Para destacar a continuación que "...Para medir el absentismo se establecerán dos bloques de causas diferenciales:

1) Aquellas sobre las que no esté al alcance de las partes actuar con plena eficacia en su disminución.

2) Aquellas en las que una actuación realista y negociadora de las partes puede conseguir su reducción a corto y medio plazo...".

A efectos prácticos viene a definir el absentismo en el sentido recogido de "...no presencia del trabajador en el puesto de trabajo...", indicando expresamente la exclusión de tal consideración las ausencias "...previa y debidamente justificadas..." en los siguientes casos:

-Matrimonio.

-Nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el 2º grado de consanguinidad ó afinidad.

-Traslado de domicilio habitual.

-Por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público ó personal.

-Realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal ó convencionalmente.

-Las trabajadoras por lactancia de un hijo menor de seis meses⁸³⁶.

-Las ausencias derivadas de hospitalización.

⁸³⁶ La ley 3/1989, de 3 de marzo, dio nueva redacción al artículo 37.4 del E.T., de manera que los trabajadores— padre ó madre—tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones, pudiendo ser disfrutado tal permiso, indistintamente por la madre ó por el padre en el caso de que ambos trabajen.

-Las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente, cuando así se decreta por la Autoridad Laboral o lo decida el propio empresario, sea ó no a instancia de los representantes legales de los trabajadores.

-Los permisos por maternidad de la trabajadora⁸³⁷.

-Los supuestos de suspensión de contrato de trabajo por causas legalmente establecidas, salvo en el supuesto 1º del artículo 45.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, que sólo será computable cuando la baja sea acordada por servicios médicos sanitarios oficiales y tenga una duración de menos de 20 días consecutivos.

De otra parte, señala que las partes acuerdan la "renegociación de los complementos económicos de I.T. a cargo del empresario..." buscando fundamentalmente, que éstos sirvan para "...cubrir efectivas necesidades de los trabajadores enfermos y evitar asignaciones que fomenten situaciones fraudulentas..." así como disponer "...el establecimiento de gradaciones en función de los supuestos..." (originadores, en su caso, del absentismo).

Los Acuerdos de negociación posteriores al A.E.S. de 1984 dejaron de lado este tema y no es sino hasta el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva para 2005⁸³⁸ cuando se retoma, aunque simplemente se hace una referencia al absentismo

⁸³⁷ La misma ley 3/1989 modificó el T.R.E.T/1995 —artículo 48.4— en el sentido de que padre y madre pueden optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas de suspensión por parto, siempre que sean ininterrumpidas y al final del período de dieciséis semanas legalmente establecido y que la reincorporación no suponga riesgo para su salud. Igualmente, para el caso de adopción de menor de nueve meses existirá un derecho de suspensión con opción padre o madre que será de seis semanas como máximo cuando el adoptado es mayor de nueve meses y menor de cinco años. La ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras vuelve a incidir en la modificación de los permisos por , ahora " motivos familiares", ampliando el derecho a la reducción de jornada a los supuestos de guarda legal de menor de seis años o minusválido físico, psíquico ó sensorial y cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad ó afinidad cuando por razones de edad, accidente ó enfermedad, no pueda valerse de sí mismo y siempre que no desempeñe actividad retribuida. Para el supuesto de parto, y sin perjuicio del descanso obligatorio de las seis semanas inmediatamente posteriores al mismo para la madre, padre y madre que trabajen podrán optar por el disfrute simultáneo ó sucesivo de una parte del permiso de descanso posterior al parto por el padre, siempre que la efectividad de la reincorporación al trabajo de la madre no suponga riesgo para su salud. Se amplían también los supuestos de descanso y reserva del puesto de trabajo a los casos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años.

⁸³⁸ Publicado en el B.O.E. de 16 de marzo de 2005 por Resolución de 7 de marzo de 2005.

injustificado como fenómeno negativo y perjudicial pues “...conlleva una pérdida de productividad e incide de manera negativa en los costes laborales, perjudicando con ello la competitividad de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y renta de los trabajadores...”. Insiste en que su reducción “...debe ser un objetivo compartido por la representación sindical y empresarial...” puesto que se proyecta “...sobre las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los empleados...”, por lo que propone que los Convenios deberían: “... Identificar las causas del absentismo, analizando la situación así como su evolución en el ámbito correspondiente; establecer criterios para la reducción del absentismo injustificado, así como mecanismos de seguimiento y, en su caso, las medidas correctoras, y difundir la información sobre la situación...”.

Estas mismas ideas se repiten en el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2007⁸³⁹, en el cual las partes entienden que ante este problema la empresa debe “... tener un conocimiento riguroso de su absentismo: sus causas, las circunstancias que lo rodean, su coste, etc...”, de forma que, repitiendo lo dicho en el anterior Acuerdo, pide tener en cuenta que “...Cualquier solución requiere un acertado diagnóstico compartido, así como el desarrollo de metodologías sencillas y adecuadas a la realidad...”, por lo que --sigue desgranando en clave de deseo voluntarista⁸⁴⁰-- los Convenios deberían también “...Establecer criterios para la reducción del absentismo injustificado, definir mecanismos de seguimiento y de información a los representantes de los trabajadores y, en su caso, medidas correctoras y de control posibilitando llevar a cabo planes concretos a nivel de empresa de acuerdo con sus circunstancias...”, y, desde luego, “...difundir la información sobre la situación existente y las medidas adoptadas...”.

A partir del año 2007, los posteriores Acuerdos para la negociación colectiva no han abordado el tema. En efecto, ni el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012 firmado por CEOE-CEPYME, U.G.T. y CC.00 el 9 de febrero de 2010⁸⁴¹, ni el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva firmado por los

⁸³⁹ Publicado en el B.O.E. de 24 de febrero de 2007 por Resolución de 9 de febrero de 2007, prorrogado para 2008 en virtud de Resolución de 21 de febrero de 2007 (B.O.E. 14 de enero de 2008).

⁸⁴⁰ Sumándose a la idea de creación de “Observatorios” para el abordaje de problemas

⁸⁴¹ B.O.E. 22 de febrero de 2010.

mismos interlocutores el 25 de enero de 2012⁸⁴² para la negociación colectiva en los años 2012, 2013 y 2014, contienen referencia explícita al problema del absentismo ni al estudio de medidas o su consideración en la negociación colectiva.

Lo cierto es que este tema del absentismo, concretamente centrado en las situaciones de I.T. derivadas fundamentalmente de enfermedad común, constituye una preocupación, principalmente de las empresas, aunque también se llegó a trasladar al propio INGESA-INSALUD, o Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas como Entidades Gestoras de la Seguridad Social, responsables de la asistencia sanitaria, a las cuales, concretamente a los servicios de Inspección, se había acusado por parte de aquéllas (y de la opinión pública en general) de ignorar, o al menos minusvalorar la importancia de la repercusión del absentismo en la actividad empresarial. Este traslado de la concienciación del problema se manifestó en el dictado de unas orientaciones más estrictas de la entonces Dirección General del INSALUD respecto de la actuación de los inspectores y médicos en general, y aún más, en la redacción de una " Guía práctica de Estándares de duración de procesos de I.L.T."⁸⁴³.

Esta Guía contenía el examen de 21 causas motivadoras de procesos de I.T., que se estiman más frecuentes, desde la gripe e infección respiratoria aguda, hasta el cólico nefrítico, pasando por la cervicalgia, fractura de miembros, infarto agudo de miocardio, etc., para llegar a una fijación de la duración ordinaria de la I.T. a partir de la dolencia de que se trate en base a unos criterios que establecía. El hecho mismo del nacimiento de la referida Guía, con las dificultades que plantea el colectivo médico, amparándose en criterios profesionales, para ver encauzada su actuación, protocolizando las vías

⁸⁴² B.O.E. 6 de febrero de 2012.

⁸⁴³ Esta Guía resultó del trabajo de una Comisión en la que participaron la Inspección de Servicios Sanitarios, la Sociedad Madrileña de Medicina Familiar y Comunitaria, la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y traumatológica y la Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física. Existe una tercera edición cuya necesidad ha derivado tanto de los avances producidos en la gestión de la incapacidad como en los desarrollos informáticos, denominada "Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal" en la que se da un paso más, orientado a la especificación de los tiempos medios, como señala López-Tamés Iglesias, R. Gestión y control de la Incapacidad Temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días. Bomarzo. Albacete. 2016. Pág. 30.

concretas de actuación y disposición ante casos concretos⁸⁴⁴, demuestra la gravedad que ha llegado a alcanzar el tema planteado⁸⁴⁵.

Enlazando con las posibilidades concretas de actuación común frente al absentismo en las que participan los agentes sociales, los Convenios Colectivos a partir de los años 90 tratan de regular de alguna manera el fenómeno del absentismo introduciendo en la negociación cláusulas referentes a aquél, cláusulas respecto de las que se puede establecer una triple clasificación:

- A) Aquéllas que introducen medidas de productividad como remedio al absentismo.
- B) Las que establecen procedimientos concretos de actuación ante las ausencias al trabajo.
- C) Otras que intentan controlar el absentismo mediante medidas de protección de la salud laboral y atención a través de los servicios médicos propios o concertados y otras medidas.

No son objeto de atención aquellas referencias contenidas en los Convenios que se limitan a realizar exposiciones genéricas de intenciones, reconociendo la gravedad del problema⁸⁴⁶. Y quedan para su estudio en el apartado siguiente las que introducen la interconexión entre la lucha contra el absentismo y el abono de complementos económicos empresariales de prestaciones de I.T.

Se estudian a continuación, particularizadamente, los tres grupos señalados:

⁸⁴⁴ Recordemos la lapidaria expresión: ¡No existen enfermedades sino enfermos!

⁸⁴⁵ Esta idea se retoma en la aprobación del R.D. 625/1014, de 18 de julio, que contempla la puesta a disposición de los servicios médicos de tablas orientadoras de duración de la I.T. en función de las distintas patologías.

⁸⁴⁶ Un ejemplo puede ser el Convenio Colectivo de Móstoles Industrial s. a—B.O.E. 26-5-92; 21-7-2004--: "... Las partes firmantes del Convenio declaran una intención de fomentar cuantas iniciativas y medidas permitan en aumento de la productividad, obligándose los representantes de los trabajadores a colaborar junto con la empresa en el seguimiento de cuantas acciones en aras a la consecución de este objetivo se acometan, y a transmitir cuantas iniciativas partan de los trabajadores para mejorar la calidad. La empresa por su parte, se mostrará receptiva en todo momento a las peticiones de corrección de aquellos obstáculos que frenen los avances de la productividad, que sean emitidos por los trabajadores...".

A) Cláusulas que introducen medidas de productividad como remedio al absentismo. Es preciso indicar, primeramente en relación con ellas, que no estamos hablando de aquellos pactos que llegan a establecer un sistema de retribución en función de un determinado cálculo de la productividad⁸⁴⁷, puesto que en vía de principio al menos, se entiende que éstos se fijan en función de las peculiares condiciones de trabajo de la empresa en relación con el momento del sector económico de encuadramiento—artículo 41.2 d) y e) del T.R.E.T./1995-- , sino de los que parten de una premisa básica, o por denominarla de algún modo, de un " nivel mínimo": el evaluar la productividad del trabajador y consiguientemente de la Empresa en general, es necesario contar con la asistencia, con la presencia física del trabajador en su puesto de trabajo.

Tales cláusulas van desapareciendo de los convenios colectivos, o al menos disminuyendo su número, pues, una cosa es llegar a potenciar la productividad que, evidentemente redundaría en beneficio de los propios ingresos empresariales, pero otra muy distinta es partir de la idea-- y que esta se asiente en la costumbre laboral-- de que el trabajador cobra--percibe su salario ó determinados complementos salariales--solamente por asistir, por su mera presencia en su puesto de trabajo. Naturalmente, la presencia del trabajador en el puesto de trabajo es *conditio sine qua non* para que aquél pueda obtener la contraprestación--salario--correspondiente al trabajo que ha de desarrollar. Las fórmulas que los Convenios recogen sobre esta posición son muy variadas⁸⁴⁸, pudiendo señalarse los abonos de pagas en meses determinados por no superar un determinado índice de absentismo; cuantías diversas, diarias o mensuales en función de la asistencia del trabajador; ampliación de los días de vacaciones, etc.

B) Cláusulas que contienen procedimientos expresos. Se hace referencia a las cláusulas que expresamente contemplan las ausencias al trabajo, especialmente aquéllas pactadas en Convenios que partiendo tácitamente de un concepto estricto del absentismo como el

⁸⁴⁷ Sistemas directamente proporcionales; sistema Bedaux; sistemas de incentivos; primas colectivas. Arnau Méndez J.L.- Los sistemas de salarios e incentivos. Colección ¿Qué es y para qué sirve?. Editorial Index.1978.

⁸⁴⁸ Convenios de Laboratorios fotográficos Fotofilm s.a y Fotofilm Madrid s.a—Art.14.Plus de Presencia—B.O.E. 17-8-91--; Petroquímica Española s.a—Art.3.5.5: cuantía abonable en función de asistencia—B.O.E. 6-11-91; 28-11-2008--; Campsa—art.101: complemento de asiduidad—B.O.E. 24-6-92--; Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo nº 61—Art.25: plus de puntualidad—B.O.E. 24-7-92 y Art. 28--B.O.E 30-11-2009--; Central Nuclear de Almaraz—art.24:plus de productividad—B.O.E. 24-7-92-- y Art. 36- B.O.E. 23-5-2012-; Personal laboral del Instituto de Investigaciones Científicas—Art.30: Complemento de productividad—B.O.E. 24-3-93--.

que hemos apuntado, consideran los matices de la producción de la situación de I.T., señalando las obligaciones de envío de partes médicos, de comunicación inmediata de la baja por I.T., procedimientos para dar cuenta de la asistencia a la consulta médica, acreditación posterior de la ausencia o de la asistencia a consulta médica...⁸⁴⁹.

A efectos prácticos pueden dividirse en dos grupos:

- 1) Las que establecen las normas de procedimiento para la obtención de los permisos de asistencia a consulta médica. Algunas de ellas con gran especificidad⁸⁵⁰.
- 2) Las que norman el proceder del trabajador para comunicar sus ausencias por enfermedad.

1) Por lo que a las primeras se refiere, existe una relativamente amplia variedad en la redacción de las mismas, estableciendo la asistencia a los propios Servicios Médicos de la Empresa; la concesión directa de permiso con justificación a posteriori de la asistencia a consulta; e incluso regulando el acompañamiento a consulta a hijos menores de edad, así como estableciendo el regreso al centro de trabajo siempre que exista plazo prudencial para ello⁸⁵¹. Y, en estos casos, con retribución de las ausencias, salvo que las consultas tengan establecidos horarios que permitan su asistencia fuera de las horas de trabajo, con la excepción de que la asistencia a aquéllas sea por prescripción facultativa.

⁸⁴⁹ Convenios Colectivos de Iberia—B.O.E. 16-1-91; 22-5-2014--; Adams s. a—B.O.E. 31-1-91--; Ibérica Aga s. a—B.O.E. 16-1-91, 10-5-2001, --; Algosa s. a—B.O.E. 10-5-91; 30-10-2009--; Prensa Española s. a—B.O.E. 20-6-91; 2-10-2003--; Empresa Nacional Elcano de la Marina Mercante s.a. y su personal de tierra—B.O.E. 13-8-91--; Mayoristas e importadores de productos químicos—B.O.E. 16-8-91; 15-12-2011--; Pirelli s a—B.O.E. 18-3-92; 9-12-2011--; American Airlines Inc.—B.O.E. 20-4-92--; Transportes Bacoma s.a—B.O.E.9-10-92; 7-3-2012--; Sandoz Pharma s. a—B.O.E. 14-10-92, 6-6-1995--; Corporación Olivarera del Sur para el desarrollo oleícola—B.O.E. 19-10-92; 22-7-1996--; Uralita s .a—B.O.E. 12-1-93; 29-1-2002--.

⁸⁵⁰ Convenio Colectivo de la empresa La Cruz del Campo s.a—Art. 37—B.O.E. 13-5-91; 11-12-2013--: “ El personal que dentro de su jornada de trabajo tenga que asistir a consulta médica de la Seguridad Social, seguirá los siguientes trámites:-Solicitará a su jefe inmediato el parte de salida de fábrica.-Pasará por el Botiquín de la empresa para que le sea sellado.-Pasará por Recepción-Portería donde anotarán la hora de salida y le entregarán el original.-Solicitará del Médico de la Seguridad Social y del Especialista si procede, la anotación de haber acudido a consulta. Si no es dado de baja para el trabajo, a su regreso presentará en el Servicio Médico el parte de salida.Posteriormente lo entregará en Recepción-Portería.

⁸⁵¹ Convenio colectivo del sector de fabricación de calzado artesano, manual y de ortopedia y a medida-art.12—B.O.E.20-5-92; 9-7-2012.

2) Las segundas regulan la conducta del trabajador ausente, de distinto tenor: plazo para la presentación de los partes de baja⁸⁵², justificante de asistencia a consulta, aviso por el propio interesado o persona delegada, en el plazo más breve posible--sin perjuicio de la remisión de los partes de baja--, remisión por correo si no es posible en persona; aviso telefónico de la baja, etc. El aspecto procedimental de presentación de partes de baja, justificantes de ausencias y asistencias a consultas, etc., quizá posee una importancia secundaria en relación con las medidas que se analizarán en el siguiente punto, si bien su establecimiento obedece, según nuestro criterio, a una doble motivación:

- La necesidad de enviar una información precisa y puntual a la empresa de este tipo de ausencias al trabajo, velando por la eficacia en la actividad empresarial, permitiéndose así a la dirección de ésta, organizar adecuadamente el trabajo, no olvidando además el cumplimiento legal de la presentación, en su caso de los partes de baja, alta y confirmación a través del sistema RED/SILTRA.

-Un enfoque psicológico importante a considerar, que es el de transmitir al trabajador la impresión y el sentimiento de encontrarse dentro de una organización empresarial adecuadamente establecida y funcional que debe continuar activa en su ausencia, de forma que ese control no es para invadir su intimidad, sino para velar por los intereses económico-sociales que la empresa representa, impidiendo la actuación insolidaria del trabajador, permítaseme la expresión vulgar, " maula".

C) Cláusulas introductorias de medidas de protección en sentido amplio. Este tipo de cláusulas convencionales es el de más frecuente producción. Quizá son las que contienen las más eficaces medidas de lucha contra el absentismo, partiendo de la base del acuerdo de los autodenominados agentes económico y social en la empresa, para contrarrestar los focos de aparición del absentismo.

Las principales medidas están constituidas por el sometimiento a supervisión de la situación de I.T. del trabajador en situación de baja a través de los servicios médicos de

⁸⁵² El procedimiento y plazos de presentación de partes a efectos de control están regulados por el R.D. 625/2014, de 18 de julio, que derogó el R.D. 575/1997, de 18 de abril y su desarrollo por la O.M. de 19 de junio de 1997 (B.O.E. 24 de junio). Ver Capítulo Sexto.

la empresa (o de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social o servicios médicos concertados); la cita al Servicio médico o a facultativos contratados *ad hoc*, o la comprobación en el propio domicilio del trabajador imposibilitado para desplazarse; el establecimiento de sanciones (no solamente pérdida del complemento de I.T. establecido) por violación del deber de buena fe en la relación laboral para el trabajador que se negase a aquéllos; verificación del cumplimiento de las prescripciones médicas de observancia de reposo descanso, etc; sometimiento del abono de prestaciones económicas complementarias de I.T. a cargo de la empresa al informe favorable de los servicios médicos de empresa o de comisiones de seguimiento de enfermedad creadas explícitamente por Convenios ó acuerdos de empresa⁸⁵³. E incluso, con la introducción de la posibilidad de destinar a los trabajadores que teniendo la baja no puedan realizar el trabajo de su puesto habitual, a tareas de tipo terapéutico⁸⁵⁴.

Evidentemente, el control de las situaciones de I.T. es competencia genérica de los servicios de Inspección Médica del INGESA-INSALUD, de los paralelos servicios en las Comunidades Autónomas con transferencias⁸⁵⁵ en materia sanitaria --en cuanto entidades gestoras de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, competencia recogida en vía de principio en el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social-, así como de los EE.VV.II.del I.N.S.S. Pero la intervención de los servicios médicos de empresa o médicos contratados por las empresas, en su caso, que encuentran legalmente su fundamento en los artículos 19 (medidas de seguridad e higiene) y 20 (derecho del empresario a la dirección y control de la actividad laboral) del

⁸⁵³ Convenios Colectivos de Iberia—Anexo 7—B.O.E. 16-1-91; 22-5-2014--; Personal laboral del Ministerio de Defensa—art.62—B.O.E. 17-1-91--; Algosa s.a—art.18—B.O.E. 10-5-91; 30-10-2009--; Prensa Española s.a—art.44—B.O.E. 20-6-91; 2-10-2003--; Pastor y Canals s.a—art.13—B.O.E. 13-8-91--; Industrias Cárnicas—Anexo 18—B.O.E. 17-8-91; 30-1-2013--; Auxinave—art.11—B.O.E.24-8-91--; Austrian Airlines—art.12—B.O.E. 24-9-91--; Unión Española de Explosivos s.a—art.20—B.O.E. 24-9-91; Art. 23--B.O.E. 3-2-2006--; Iberica Aga s. a—art..41—B.O.E. 24-9-91; 8-6-2001--; Empresa Autopista Vasco-Aragonesa-CESA—art.34—B.O.E. 14-2-92; Art. 35-B.O.E. 30-9-2010--; Ispanair s.a—art.11-B.O.E. 4-5-92; Art.56--B.O.E 16-1-2008; Diario El País s.a—art.54—B.O.E. 5-5-92; Art. 40--B.O.E. 3-2-2012--; Sociedad Española de Oxígeno s.a—art.33—B.O.E. 15-7-92--; Alcofar s.a—art.27—B.O.E. 28-7-92--; Seirt s.a—art.39—B.O.E. 28-7-92--; Telettra Española s.a—art.39—B.O.E.24-9-92--; Endesa—art.34—B.O.E. 29-1-93--; Art.75--B.O.E.13-2-2014--; Asfaltos Españoles s.a—art.92—B.O.E. 9-3-93--Art.68--B.O.E 11-7-2000; Adaro s.a—art.52—B.O.E. 16-4-93--; Parke Davis s.a—art.34—B.O.E. 28-4-93--; Avidesa-Luis Suñer s.a—art.30—B.O.E. 3-6-93--.

⁸⁵⁴ Convenio Colectivo de la Compañía Robertson España s.a—art.27—B.O.E. 1-10-92.

⁸⁵⁵ Ver nota en Capítulo de Gestión de la Incapacidad Temporal, habiéndose producido el final del proceso de transferencias en materia sanitaria en diciembre de 2001.

T.R.ET./2015, con los correlativos deberes de su observancia por parte de los trabajadores (artículos 5 b) y c) del Estatuto), es consecuencia directa evidente de una hasta ahora no muy eficaz actuación de los servicios públicos⁸⁵⁶ al desarrollar, además, actuaciones poco coherentes⁸⁵⁷.

De todos modos, es de una claridad meridiana que, al día de hoy, el masificado sistema de asistencia primaria (estamos pensando, naturalmente, y con carácter general, en los casos de enfermedad de breve duración temporal) contribuye a servir de trampolín impensado al trabajador absentista. Y paralelamente, tal masificación dificulta también el seguimiento de la historia médica (aun a pesar de la utilización de los medios informáticos) del paciente por el que tradicionalmente se ha denominado " médico de cabecera" (ahora médico de familia), constituyendo, además, la antesala de la ineficacia de unos tratamientos médicos tanteados por primera vez en cada visita ó consulta que se realiza⁸⁵⁸, colofón del mal planteamiento sanitario de la atención médica, en este caso en el primer nivel, la asistencia primaria.

Como conclusión de esta apartado podría decirse que, en vía de principio, todas las medidas que se adopten para la lucha contra el absentismo han de tener una positiva acogida. Naturalmente, centrándose en las concretas apuntadas por la negociación colectiva, particularmente las de reconocimiento y visita por parte del servicio médico de empresa, han de verse acompañadas de una labor de campañas de información y explicación de su labor pues la función del médico de empresa como del facultativo de la Mutua colaboradora con la Seguridad Social--la de todo médico en general--es procurar la sanidad del paciente, trabajador a nuestros efectos. Para ello, éste ha de ver en aquél a una persona que le conoce y le trata personalmente para su bienestar, no a un decimonónico "espía del patrono" de las novelas dickensianas, que sólo piensa en perjudicarlo. Pero el médico ha de ser, ante todo, un profesional íntegro, con una acreditada capacidad, lo que le va a permitir contar con el verdadero poder de decisión

⁸⁵⁶ Como ya hemos indicado, las críticas empresariales de ineficacia en la actuación de la Inspección Médica habían motivado el dictado de las Instrucciones sobre estándares de duración de la I.T. por la Dirección General del INSALUD, reorientadas en 2014 por el R.D. 625/2014, de 18 de julio, a lo que hemos hechos referencia.

⁸⁵⁷ Quizá por falta de unicidad de criterios no sólo entre las Inspecciones Médicas y el I.N.S.S. sino dentro de los propios equipos médicos de los EE.VV.II.

⁸⁵⁸ Entre otros, los problemas derivados de las coberturas de las ausencias de los médicos titulares.

en determinadas situaciones dudosas de enfermedad (especialmente en lo referente al percibo de complementos a cargo de la empresa en las situaciones de I.T).

Por ello, como gráficamente se establece en el IV Convenio Colectivo de la empresa Eads-Casa, Airbus Operations s.l. y Eads Casa Espacio⁸⁵⁹, es necesario establecer un sistema adecuado: "... para mantener la confianza y las buenas relaciones con el trabajador...".,en el que "...el médico de empresa no debe efectuar un control directo del absentismo...", sin perjuicio de que "...mantendrá, no obstante, sus relaciones con el médico de cabecera, tanto en la información como en el apoyo, comunicando si fuera necesario, a la Inspección su opinión relativa a la evolución y pronóstico de la enfermedad...".

El presente estudio no pretende obtener unas soluciones absolutas, que no existen, pero sí mostrar que han de diferenciarse claramente las situaciones en las que no existe responsabilidad --en las ausencias al trabajo-- ni de trabajador ni de empresa, de aquellas otras en las que se da una responsabilidad, bien compartida--o que debe entenderse compartida entre empresa y trabajador (accidente de trabajo por innovaciones tecnológicas no suficientemente explicadas; dudas del trabajador no aclaradas; medidas ínfimas de seguridad ;imprudencia profesional...)--, bien primordialmente de una u otro. Se estima que el primer paso, el principal para encontrar la (o una) solución a un problema, en este caso el del absentismo, es **hallar la causa** del mismo⁸⁶⁰ (sea de un trabajador ante sus ausencias reiteradas; sea en el conjunto de la empresa ó en un sector productivo de la misma...), puesto que la información de esta causa o causas nos dirán qué es lo que no funciona (o malfunciona), qué es lo que debe ser corregido, aplicándose a partir de esa determinación, las posibles soluciones que se entiendan idóneas.

Es evidente que, tal y como se ha señalado⁸⁶¹, la correcta aplicación de la normativa de seguridad y salud laboral, así como la existencia de un trabajo adecuadamente motivado

⁸⁵⁹ Artículo 59. B.O.E.28-2-2013

⁸⁶⁰ Ribaya Mallada F.J.- La gestión...óp. cit. pág.33 y ss.

⁸⁶¹ De las Heras Borrero, F.M.- "El absentismo laboral: sus causas y.... " óp.cit. pág. 199.

Por su parte, López Insúa, B. del Mar. El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Comares. Granada.2016, pág.147 afirma: "...Parece no querer ver (se refiere a

y espiritualmente enriquecedor, son dos aspectos importantísimos en la eliminación del absentismo. No se trata, por ello, de consagrar medidas ni de tipo genérico ni predeterminado, sin perjuicio de su posible utilidad práctica en casos concretos, sino de implicar a la dirección de la empresa y a los trabajadores --por medio de sus representantes-- en la tarea de lograr la mejor (no la mayor, sino la mejor) productividad dentro del clima idóneo, físico y psicológico, de trabajo, corresponsabilizándose en los justos términos que les correspondan. De este modo se practicará realmente el contenido de los derechos expresados en los artículos 4.g) ET (derecho básico del trabajador a participar en la empresa), 5.e) ET (deber de contribuir a la mejora de la productividad), 64.1.9 ET (participación de representantes legales de los trabajadores, como convencionalmente se determine, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa, en beneficio de los trabajadores y sus familias), y 64.1.10 ET (colaborar con la dirección de la empresa en conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los Convenios Colectivos). Buscando, en definitiva, la humanización del trabajo que, en palabras de Hernández Carnicer⁸⁶², "...se plasma en diversas actuaciones que van desde aspectos físico-ambientales, hasta el sistema de retribución, pasando por dimensiones de tipo administrativo, que, con frecuencia generan incidencias, y otras tales como la comunicación y participación, formación permanente, carreras profesionales, etc. Todo ello en el marco de un estilo o cultura de la empresa elaborada y asumida por todos los colaboradores...", que lleva a entender el recto sentido de la colaboración de capital y trabajo, en superación de la idea de su necesario enfrentamiento, lo que supone la profundización en la participación de cada uno en el trabajo, entendiendo esta por parte de los que somos católicos como una coparticipación personal en la tarea salvífica⁸⁶³, como lo presenta la Doctrina social de la Iglesia.

las modificaciones legislativas relativas al control de la I.T.) que una de las causas del absentismo en las empresas es la falta de motivación de los trabajadores, así como de medidas preventivas. Estoy convencida de que si se incidiese más en este campo se avanzaría mucho más y se mejoraría la calidad de vida de los trabajadores, al tiempo que se verían beneficiadas las empresas...".

⁸⁶² Hernández Carnicer J. "Reclutamiento y selección de personal como factor de integración de los recursos humanos de la empresa" La reforma del mercado de trabajo. Borrajo Dacruz, E.(coordinador). Actualidad Laboral. Madrid 1993.-págs.960 y ss.

⁸⁶³ Concilio Vaticano II. Constitución pastoral *Gaudium et spes*, nº 67.1965.

Esta colaboración ha de llevarse a cabo por medio de la negociación colectiva, única vía posible de realización de objetivos comunes en la empresa integrada en una sociedad democrática de Derecho—artículo 1 de la C. E--que reconoce como campo de actuación en este ámbito socioeconómico la que denomina economía social de mercado como vía de promoción de los intereses de trabajadores y empresarios. Es preciso, por tanto, profundizar en la consideración de tales medidas a través de la negociación colectiva, para buscar la aplicación de estos fines, repetidos en las referidas reformas laborales⁸⁶⁴ en esta materia, de forma que a través de la negociación se consiga el aumento de la productividad y la disminución del absentismo laboral, de forma que el análisis de los datos que oficialmente se obtengan de las medidas utilizadas sean útiles para buscar las soluciones específicas⁸⁶⁵.

3.- Los índices de absentismo como base del complemento empresarial

En la línea definida acerca del tratamiento del absentismo, en este apartado procedemos a analizar la relación que se establece entre el objetivo deseado de control del absentismo y el instrumento que constituye el abono de complementos de prestaciones económicas de I.T. a cargo de las empresas a través de las cláusulas específicas de los Convenio Colectivos. Como muestra práctica de la importancia del tema objeto de análisis, hemos de partir de la consideración de que la prestación económica de I.T. es uno de los supuestos más relevantes de existencia de fraude a la Seguridad Social. Así

⁸⁶⁴ La Exposición de Motivos de la ley 11/94, de 19 de mayo dice: "...la reforma del Estatuto se mueve en una doble dirección: potenciar el desarrollo de la negociación colectiva como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral...".

⁸⁶⁵ Según los Informes anuales de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, las cláusulas antiabsentistas, encuadradas en el epígrafe "Incentivos a la asistencia", se encontraban en un 19,5% de los Convenios en 2000; en el 18,6% en 2002; el 19,6% en 2005 y en el 19,1% en 2006. El Informe sobre la negociación colectiva en 1998 los engloba dentro de los "Incentivos de asistencia": 1225 Convenios (de un total de 3.492) afectando a 1.623.957 trabajadores sobre un total de 6.267. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI. Jornada de Estudio sobre la negociación colectiva. Ministerio de Trabajo. Madrid.1993.-pág.26.

lo puso de manifiesto en su día el estudio realizado por la Unidad Especial para el Estudio y Propuesta de Medidas para la prevención y corrección del fraude⁸⁶⁶, que en su informe⁸⁶⁷ venía a identificar hasta seis tipos de fraude en la prestación por I.T.⁸⁶⁸, de los cuales nos ocupamos del primero de ellos; esto es, la simulación de incapacidad por el trabajador, la actitud del trabajador fingiendo encontrarse en imposibilidad transitoria para trabajar ó la prolongación indebida de la misma.

Ya se ha hecho mención de que los pactos convencionales generales celebrados en nuestro país, más concretamente los Acuerdo Marco Interconfederal--A.M.I.--de 1980 y Acuerdo Económico Social--A.E.S.--de 1984, remitían a la negociación colectiva sectorial, territorial y de empresa en su caso, la adopción de medidas de reducción del absentismo, aunque indicaban unos criterios básicos de partida que debían ser objeto de desarrollo en los precitados ámbitos.

Entre ellos se proponía la renegociación de los complementos económicos en situación de incapacidad laboral transitoria--I.L.T.--a cargo de la empresa, buscando lo siguiente:

- a) Que con su importe se cubran efectivas necesidades de los trabajadores enfermos.
- b) Que para la renegociación de tales complementos en ámbito superior al de la empresa es necesario que en aquél se den circunstancias homogéneas generadoras del absentismo.
- c) Se diferenciarán dos clases de cláusulas, en función de que las partes puedan actuar con plena eficacia mediante la negociación colectiva ó no.

⁸⁶⁶ Esta Unidad Especial fue creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de agosto de 1993, encomendándosele el análisis y propuesta de medidas en relación con los actos que puedan ocasionar daños a la Hacienda Pública y a la Tesorería de la Seguridad Social, tanto en la vertiente de ingresos como en la de gastos. Se constituyó el 26 de octubre de 1993.

⁸⁶⁷ Informe sobre el fraude en España. Unidad Especial para el estudio y propuesta de medidas para la prevención y corrección del fraude. Instituto de Estudios fiscales. Madrid.1994.

⁸⁶⁸ A saber: la simulación de incapacidad por el trabajador; la compatibilización de la situación de I.T. con actividad laboral simultánea; la sustitución indebida de otras prestaciones—incapacidad permanente—por la I.T.; la suplantación de la causa de incapacidad; la cumplimentación inadecuada de los TC 1 y TC 2 por la empresa y la simulación en la cumplimentación de todas las formalidades necesarias para causar la prestación (alta, cotización y baja médica, lo que se denomina “ compra de la prestación”). Informe sobre el fraude...citado págs. 240 a 242.

- d) Que para la reducción del absentismo por causas injustificadas y fraudulentas han de actuar conjuntamente los representantes de los trabajadores y la empresa.
- e) Que finalmente, y atendiendo al aspecto sancionador de aquéllas, ha de establecerse una gradación en función de los distintos supuestos...".

Partiendo de estas orientaciones, se analiza la aplicación práctica convencional desarrolladora de tales medidas. Para ello, del examen de los Convenios Colectivos publicados en el B.O.E., tanto de sector como de empresa, que contienen cláusulas relativas a una conexión entre el absentismo y los complementos a las prestaciones económicas de I.T. a cargo de las empresas, se pueden extraer las conclusiones que a continuación se exponen.

En primer lugar, es preciso destacar que son escasos los Convenios que definen claramente el absentismo, esto es, qué se ha de entender a los efectos del Convenio concreto por absentismo, lo que puede resultar sorprendente ya que podría pensarse que constituiría un nivel mínimo de partida para las posteriores excepciones de situaciones no consideradas como causa de absentismo, que ordinariamente sí se establecen de forma expresa, como más adelante se indica⁸⁶⁹. Pero de todas maneras, parece estar implícita en todos los Convenios la fórmula genérica definitoria del absentismo que recogen algunos explícitamente: la que considera índice de absentismo el cociente resultante de dividir las horas(o días) de ausencia al trabajo, entre las horas (o días) de trabajo teórico⁸⁷⁰ en un determinado período de tiempo pues resulta bastante variable la toma en cuenta de tal índice de absentismo, al ser empleadas fórmulas de nivel de absentismo en el mes natural anterior, el trimestre, el semestre, el año, e incluso índice interanual, o en general, y sencillamente, las horas perdidas en relación con las horas teóricas de trabajo.

De otra parte, nos encontramos con que los Convenios que contienen cláusulas relacionando el índice de absentismo y el abono de complementos a cargo de la empresa

⁸⁶⁹ Convenios Colectivos de Crown Cork Company Iberica s.a—B.O.E. 1-10-92, 6-3-1998--; Fiestone Hispania s. a— B.O.E. 16-4-93; 11-6-2001--.

⁸⁷⁰ Convenios Colectivos de Cedosa— (B.O.E 18-2-91) (mes)-- ;Equipos nucleares s. a—B.O.E. 9-3-91, 26-2-2015--; Fábricas Lucía-Antonio Benéitez s.a— (anual) B.O.E. 7-5-91--; Pastas, papel y cartón—(12 meses) B.O.E. 6-6-91; 23-8-2013--; Venturini s.a—(interanual) B.O.E. 19-5-92; 27-8-2011--; Flabesa (anual)-B.O.E. 9-6-93, 20-7-1999-.

en las situaciones de I.T. vienen a recoger como cifra más reiterada el nivel o umbral del 5% (en torno a ese 5%)⁸⁷¹.

Se encuentra también cierta variedad en la atención de las contingencias a valorar para conformar el índice de absentismo aludido, si bien y con carácter general, suelen encontrarse excluidos convencionalmente de su cómputo los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, las enfermedades comunes cuya duración sea superior a 20 días⁸⁷², así como aquellas ausencias que se deban a hospitalización del trabajador. Y naturalmente también se excluyen los supuestos legalmente reconocidos de permisos retribuidos—artículos 19, 37, 45 y 68 T.R.E.T./2015 y 9 de la L.O.L.S., además de que aquellos que amplían, como condición de mejor derecho, los supuestos anteriores, y que encuentra su fundamento en la negociación colectiva.

Otra nota particular que encontramos en la negociación colectiva es la práctica de determinadas deducciones en el abono de complementos en función del índice de absentismo del año anterior, con una regularización a final del año en curso, de forma y manera que si ese índice de partida ha descendido (o no ha superado un determinado escalón), se reintegran a posteriori los descuentos practicados a los trabajadores, en los complementos a cargo de la empresa (o se le abonan, en definitiva, con carácter retroactivo)⁸⁷³. Perspectiva paralela, pero distinta, la constituyen los artículos de los Convenios que asocian la no superación de un determinado índice de absentismo al abono de una paga extraordinaria más⁸⁷⁴. E incluso, como consecuencia de pacto ad hoc, sin relación con lo hasta el momento analizado, al entender el Convenio Colectivo como un conjunto o “todo” a negociar, se toma en consideración la superación de un

⁸⁷¹ Recordemos que la reducción legal al 2,5 por ciento se produce con la Ley 35/2010, de 17 de setiembre., para volver al 5 por ciento con la Ley 3/2012, de 6 de julio de donde pasa al T.R.E.T./2015. Ver Convenios de Cedosa—B.O.E. 18-2-91--; Corberó s.a—B.O.E. 28-5-91--; Pastas, papel y cartón—B.O.E. 6-6-91, 23-8-2013--; Cristalería Española s. a—B.O.E. 13-8-91, 10-8-2010--; Mosa Alimentaria s. a—B.O.E. 25-9-91--; Venturini s. a—B.O.E. 18-2-92--; Firestone Hispania s. a—B.O.E. 16-4-93; 11-6-2011--. Si bien las fórmulas empleadas son de varios tipos: superación del 4 ó 5 por ciento; escalas que oscilan entre el 0 y el 75 por ciento.

⁸⁷² Insistimos en la referencia necesaria, como primer acercamiento, a lo preceptuado en el artículo 52 del T.R.E.T./2015

⁸⁷³ Convenio Colectivo de Repsol derivados s. a—B.O.E. 2-3-91; 30-5-2012--.

⁸⁷⁴ Convenios Colectivos de Corberó s. a—B.O.E. 28-5-91--; Cecofar—B.O.E. 4-6-93 ;16-5-2009--.

determinado nivel de absentismo como una causa de denuncia del Convenio celebrado, obligando a las partes a una nueva negociación⁸⁷⁵.

Por supuesto, todo lo expresado es con independencia de considerar comisión de falta sancionable--en virtud de la obligación de actuación de buena fe en la relación laboral (artículo 5 T.R.E.T./2015) el fingimiento de la situación de I.T. ó las ausencias injustificadas en función de una gradación correcta de tales hechos que, en última instancia y en función de su gravedad, podrían llevar al despido disciplinario, según el artículo 54.2 T.R.E.T./2015⁸⁷⁶.

Del estudio de las cláusulas convencionales prácticas recogidas que enlazan el absentismo con los complementos convencionales de prestaciones pactados se pueden finalmente obtener las siguientes reflexiones:

A) En preciso señalar que tales cláusulas son más habituales en Convenios de empresa que en acuerdos sectoriales, dado que para una regulación de tal ámbito han de existir circunstancias homogéneas o equivalentes en las empresas vinculadas por Convenio Colectivo de sector, lo que no suele resultar fácil.

B) Necesariamente derivado de la consecuencia anterior resulta evidente que la regulación convencional a nivel de empresa, e incluso dentro de ésta, a nivel de centro de trabajo en función de las peculiaridades de la actividad económica, se adapta más a la realidad concreta y a la vida socioeconómica diaria de la realidad empresarial tratada. Dentro de esta regulación evidentemente aparece como elemento imprescindible la definición propia del absentismo y el establecimiento, en su caso, de los índices más adecuados a las condiciones sociales de la empresa para la constatación del absentismo.

C) Aun a pesar de lo indicado acerca de la mayor cantidad de cláusulas referentes al absentismo a nivel de convenio empresarial, quizá, en primer lugar, como señal de la aún relativamente corta historia de la negociación colectiva en España, y en segundo, como prueba de la escasa importancia que todavía hoy se da al estudio y profundización

⁸⁷⁵ Convenio Colectivo del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescados y mariscos—B.O.E. 6-2-91; 10-10-2012--.

⁸⁷⁶ Argüelles Castro M.A.- El régimen disciplinario en la empresa. Aranzadi. Pamplona.1993.-págs.224 y ss.

de las negociaciones de las relaciones socio-laborales en las empresas españolas, no deja de resultar significativa la remisión de los Convenios a la única norma legal que por vía indirecta contempla el absentismo; esto es, el artículo 52 del T.R.E.T/2015, cuando se trata de concretar índices o referencias para la fijación de efectos a las ausencias.

D) La consecuencia directa entre las mejoras voluntarias y su conexión con el absentismo es la cesación por parte empresarial en el abono de los complementos de prestaciones económicas de I.T. a los trabajadores que inicien o permanezcan en tal situación a partir de la superación de un concreto nivel pactado⁸⁷⁷. Con determinadas modalidades, ya que si bien con carácter general la medición (superación en este caso) de índice de absentismo a considerar, se hace a nivel de empresa o de centro de trabajo, también se encuentran pactos en los que los índices absentistas a tener en cuenta son de cálculo individual--con respecto al trabajador concreto en situación de I.T.-- o a partir de un determinado número de ausencias⁸⁷⁸.

4.- Perspectivas y tendencias negociadoras: los “recortes” de complementos de prestaciones de I.T. como medida antiabsentista

Como se ha destacado el Real Decreto-ley 5/1992 modificó el sistema jurídico de la prestación económica de I.T. derivada de enfermedad común dentro de los primeros quince días, lo que, a su vez, y teóricamente debería suponer, en vía de principio, un distinto enfoque en la negociación de los complementos de prestaciones a cargo de las empresas. No podemos dejar de señalar que la modificación normativa causada por el ante citado Real Decreto-ley y transformada posteriormente en la Ley 28/1992, parecía provocar, al menos nominalmente, una reconducción de las posiciones empresariales en la negociación de complementos convencionales hacia posiciones más duras, y permítase el juicio, no demasiado realistas ó efectivas (al menos en los Convenios en los que existe una consolidación de aquéllas cláusulas complementarias) como lo demuestra el hecho de recoger la siguiente recomendación textual el punto 7 in fine,

⁸⁷⁷ Ver este mismo Capítulo

⁸⁷⁸ Convenios Colectivos de Corberó s. a—B.O.E. 28-5-91--; Comercio mayorista de distribuidores de especialidades farmacéuticas—B.O.E. 3-8-91, 9-7-2012--; Repsol Petróleos s. a—B.O.E. 4-8-92, 30-5-2012--.

dedicado a la I.T. de la Circular para la negociación colectiva⁸⁷⁹ de las organizaciones patronales más representativas: "...en resumen, es necesario revisar los compromisos regulados por Convenios Colectivos en esta materia con el fin de no aceptar mayores cargas que las legalmente establecidas y sin que deban incluirse en Convenio Colectivo compromisos adicionales en materia de otras prestaciones complementarias..."; texto que se ve plasmado de forma casi idéntica en las Recomendaciones para la negociación colectiva siguientes, llegando hasta la de 2008, en la que se incluye en los siguientes términos: "...Por lo que hemos de reiterar que aun a pesar del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma modificante, no se puede decir que en la negociación colectiva se observe⁸⁸⁰ una variación sustancial en la regulación convencional de los complementos de las prestaciones económicas de I.T. a cargo de las empresas, puesto que la experiencia negocial demuestra que es muy difícil retirar una cláusula en la que se reconozca un determinado derecho para los trabajadores, a lo que va unido el pesado lastre de la repetición del clausulado convencional....".

A este respecto, los Acuerdos I y II para la negociación colectiva firmados por CEOE-CEPYME, UGT y CC.OO en 2010 y 2012⁸⁸¹ silencian totalmente los complementos de las prestaciones de I.T. y las medidas de enfrentamiento al fenómeno absentista. Dicho esto, sí que una variación normativa producida en 2012, la reforma laboral introducida consecutivamente por el Real Decreto-ley 3/2012 y su transformación en ley, la Ley 3/2012, puede constituirse en un instrumento que sirva para cambiar el enfoque de la negociación colectiva, y dentro de ella, la regulación (en su caso) de los complementos de prestaciones de I.T. como un instrumento de lucha contra el absentismo como se ha considerado en este trabajo. De este modo, se abre la posibilidad contemplada en estas normas de aplicar el descuelgue empresarial del Convenio colectivo de ámbito superior a los pactos relativos a complementos de prestaciones de I.T., entendidos éstos incluidos tanto dentro de una interpretación amplia de la inaplicación de las condiciones salariales, como en su referencia expresa en la letra g) del apartado 3 del artículo 82 T.R.E.T/2015. Sobre todo supone un cambio el hecho de poder negociar directamente un Convenio de empresa en el que se reduce el impacto de las mismas o incluso se

⁸⁷⁹ Circular para la negociación colectiva 1995.CEOE-CEPYME.Madrid. Febrero 1995.

⁸⁸⁰ Tortuero Plaza J.L. y Sánchez-Urán Azaña Y.-La Incapacidad Temporal. Régimen...óp. cit. págs. 184 y ss.

⁸⁸¹ 9 de febrero de 2010 (B.O.E. 22 de febrero de 2010) y 25 de enero de 2012 (B.O.E 6 de febrero de 2012) respectivamente.

excluyan de regulación pactada los complementos, reconociéndose legalmente la prevalencia del Convenio de empresa sobre el de ámbito superior, sea sectorial o territorial, a nivel de provincia o Comunidad Autónoma --que de facto constituyen el mayor número de los Convenios negociados--, a medio de la modificación introducida en el entonces vigente apartado 2 del artículo 84 T.R.E.T/1995 por la precitada ley 3/2012.

Esta posibilidad va a facilitar a la empresa regular las condiciones de trabajo con sus propios trabajadores a efectos de adaptarse con mayor realismo y eficacia a la situación de aquélla, máxime teniendo en cuenta la crisis económica a la que la situación española en ámbito sociolaboral está sometida, con el incremento del desempleo que supera el 20 por ciento de la población activa y ronda el 50 por ciento en el empleo juvenil. Si a ello unimos que las empresas españolas han de buscar ser competitivas, la reducción del absentismo es uno de los elementos precisos para lograrlo, constituyendo esa idea una de las más repetidas en los diferentes Acuerdos para la negociación colectiva a nivel estatal como se ha expuesto; por tanto la regulación, llegando en su caso a su supresión, de las cláusulas complementarias de prestaciones de I.T, supone el abordar de forma realista el momento en el que las empresas, fundamentalmente las PYMES y microempresas españolas, se encuentran actualmente.

En este sentido, el III Acuerdo para la negociación colectiva de 2015⁸⁸² recoge en su punto 6 la referencia explícita al absentismo injustificado, que “...conlleva una pérdida de productividad e incide de manera negativa en los costes salariales...”, perjudicando “...la competitividad de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y renta de los trabajadores...”. Señala a continuación que su reducción ha de constituir un “objetivo compartido por las representación sindical y empresarial” al afectar a “... las condiciones de trabajo, el clima laboral, la productividad y la salud de los trabajadores...”. Para su abordamiento sugiere partir de un diagnóstico compartido por las denominadas representaciones social y económica para poder desarrollar “...metodologías sencillas y adecuadas a la realidad...” que permitan su erradicación , sobre la base de un conocimiento riguroso de la empresa de “...su absentismo: sus

⁸⁸² Firmado por COE-CEPYME; UGT Y CC.OO el 8 de junio de 2015, para 2015, 2016 y 2017, pendiente de publicación en el BOE a la fecha en que se escribe este trabajo

causas, las circunstancias que las rodean, su coste, etc...”, concluyendo que a tal fin, los convenios “...deberían analizar las causas del absentismo injustificado y establecer criterios para reducirlo, definir mecanismos de seguimiento y evaluación con la representación de los trabajadores, y en su caso, medidas correctoras y de control...”.

Por consiguiente, dado que, como se ha señalado, los agentes sociales reconocen la gravedad del problema que el absentismo supone, el pactar una serie de medidas de lucha contra aquél, entre las cuales están la "...renegociación de los complementos económicos en situación de I.T. a cargo del empresario...", viene a mostrar que las cláusulas convencionales relacionando el abono de aquéllos con el nivel de absentismo, serán quizá menos frecuentes como consecuencia del abandono de la rutina reiterativa del clausulado en los sucesivos Convenios aunque las que se establezcan como consecuencia de la negociación probablemente sí que sean mucho más concretas, eficazmente asumidas y de mayor técnica jurídica, a condición de que se analicen más profundamente todos los factores que puedan incidir, no sólo en la productividad stricto sensu considerada, sino en el desarrollo adecuado de las relaciones laborales en la empresa. Lo que ha de suponer de un lado, que los Sindicatos cumplan su función constitucional de defensa de los intereses de los trabajadores en la empresa, pero implicados en su existencia, entendiéndola como una realidad necesaria para el desarrollo económico y no como un "mal menor" actual, previo al asalto de los factores productivos por parte de la clase trabajadora⁸⁸³. Y de otro, que los empresarios valoren adecuadamente la aportación de los trabajadores en el desempeño empresarial, con pleno respeto de unos--empresarios--y otros--Sindicatos--a las reglas de juego de la economía social de mercado.

De este modo, recogiendo el sentido expresado en los Convenios colectivos firmados y publicados a nivel nacional tras las dos últimas normas citadas de la enésima reforma

⁸⁸³ “...La emancipación del trabajo exige que los medios de trabajo se eleven a patrimonio común de la sociedad y que todo el trabajo sea regulado colectivamente, con un reparto equitativo del fruto del trabajo...”. Glosas marginales al Programa del Partido Obrero alemán. pág. 265.-Marx. K.- en la obra Antología de Marx. Tierno Galván, E. Cuadernos para el diálogo s.a. Madrid. 1975.“... el primer paso de la revolución obrera es la elevación del proletariado a clase dominante, la conquista de la democracia. El proletariado se valdrá de su dominación política para ir arrancando gradualmente a la burguesía todo el capital, para centralizar todos los instrumentos de producción en manos del Estado...”. El Manifiesto Comunista. Marx, K. en la obra Antología de Marx. óp. cit. pág.

laboral y del T.R.E.T, se puede concluir, en primer lugar, que los convenios en general, se refieren a la relación entre absentismo y complementos de prestaciones de I.T. a cargo de las empresas de una forma más rotunda, de modo que la superación de un determinado índice de absentismo suponga una causa de denuncia del Convenio⁸⁸⁴, de limitación de su extensión temporal⁸⁸⁵ o de su abono a la primera baja⁸⁸⁶, fijar en fin su cuantía en relación con los índices general⁸⁸⁷ o individual de absentismo⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ Convenio colectivo para el sector de conservas, semiconservas, ahumados, cocidos, secados, elaborados, salazones, aceite y harina de pescados y mariscos. XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (B.O.E. 1210/2012): "... En los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, durante los primeros 30 días de IT los trabajadores y trabajadoras percibirán hasta el 100% de su retribución mensual ordinaria. De tal modo que el empresario abonará como complemento salarial el 100% de la retribución de los tres primeros días de baja por I.T., y completará como complemento salarial hasta el 100% de la retribución ordinaria desde la cuantía que se fije del subsidio para el período de I.T desde el cuarto día hasta el día 30 de baja por incapacidad temporal.

⁸⁸⁵ XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (B.O.E. 1210/2012): "... En los supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, durante los primeros 30 días de IT los trabajadores y trabajadoras percibirán hasta el 100% de su retribución mensual ordinaria. De tal modo que el empresario abonará como complemento salarial el 100% de la retribución de los tres primeros días de baja por I.T., y completará como complemento salarial hasta el 100% de la retribución ordinaria desde la cuantía que se fije del subsidio para el período de I.T desde el cuarto día hasta el día 30 de baja por incapacidad temporal.

⁸⁸⁶ Convenio colectivo estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (B.O.E .9/7/2012): "... 2. A partir de ésta, segunda baja y consecutivas, la empresa no abonará cantidad alguna en los tres primeros días aun con justificante médico. A partir del cuarto día y siguientes la empresa complementará hasta el 100 por 100 y hasta un máximo de 18 meses las prestaciones sujetas a cotización a las que obligatoriamente tuviera derecho el trabajador..."

⁸⁸⁷ V Convenio colectivo Estatal del Corcho (B.O.E. 21/9/2012): "...2. Complementos de Incapacidad temporal. La empresa complementará desde el primer día el salario del trabajador en situación de incapacidad temporal, hasta el 100% del mismo, en los siguientes supuestos: A) Cuando la incapacidad temporal derive de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, siempre que el índice de absentismo derivado de IT por accidente de trabajo o enfermedad profesional no supere el 1,75% colectivamente en la empresa y el 3,75% individualmente. Estos porcentajes se calcularán en base al absentismo antes indicado correspondiente al año inmediatamente anterior y tomando como base para el año 2007 los índices del año 2006.Estos índices serán publicados en el tablón de anuncios de la empresa y remitidos a la Comisión Paritaria durante el mes de enero de cada año natural. El incumplimiento de este requisito comportará el abono del 100% sin tener en cuenta los índices anteriormente expresados hasta que se dé cumplimiento a tal requisito .B) Cuando la incapacidad temporal derive de accidente no laboral o enfermedad común, siempre que el trabajador haya estado hospitalizado ininterrumpidamente como consecuencia de dicho accidente o enfermedad por un período de al menos 10 días .C) Cuando la incapacidad temporal sea declarada en situación de riesgo durante el embarazo.

Los pactos a nivel de empresa por su parte, abordan más específicamente la regulación de la relación entre absentismo y complementos prestacionales de I.T. a cargo de la empresa a través de varias fórmulas: sencillamente mediante su supresión; no introduciéndolos o realizando una remisión a la normativa legal⁸⁸⁹; para fijar un abono en metálico por reducción del índice de absentismo, un *bonus*, por no superación de un índice determinado (que viene a ser la excepción)⁸⁹⁰; asocian duración, clase de baja, conceptos salariales e índice general de absentismo⁸⁹¹; con abono retroactivo en su caso

⁸⁸⁸ Convenio colectivo estatal de perfumería y afines (B.O.E 8/10/2012); "...4) Para reducir el absentismo injustificado (entendiendo como tal la incapacidad temporal de acuerdo con el epígrafe anterior y la falta no justificada), la primera baja por IT que se produzca cuando la cifra individual de absentismo excediera del 3 por 100 de la jornada/hora a trabajar durante el período de tres meses naturales, el trabajador afectado dejará de percibir el complemento de incapacidad temporal si consuetudinariamente o mediante pacto expreso lo viniera devengando. Tal cómputo se efectuará trimestralmente. Desde la segunda baja por IT, inclusive, y cuando la cifra individual de absentismo exceda del 2 por 100 de de la jornada/hora a trabajar durante el período de tres meses naturales, el trabajador afectado dejará de percibir el complemento de Incapacidad Temporal. En la aplicación de este apartado, la Empresa tendrá en cuenta la evolución histórica de absentismo del trabajador afectado..."

⁸⁸⁹ I Convenio Colectivo de la empresa Lodisna, SLU (B.O.E. 17/8/2012): "... 19. Incapacidad temporal: Las prestaciones en situación de incapacidad temporal por contingencia común o laboral, serán las legalmente estipuladas en cada momento por la Ley General de la Seguridad Social..."

⁸⁹⁰ Convenio colectivo de la empresa Puntocash (B.O.E. 1/10/2012: "Artículo 38. Se establece un premio contra el absentismo que estriba en el cobro de una cantidad pagadera para todos y cada una de los trabajadores afectados por este Convenio, con el siguiente condicionado: a) Requisitos para el devengo.—El derecho al cobro de esta cantidad se adquiere si a título colectivo, primero el total de la plantilla no ha superado un absentismo del 2,0% computado por año natural. Si se excede dicho porcentaje no hay lugar a percepción alguna. Si por el contrario no se alcanzase el nivel del 2%, lo cobrarán todos aquellos Conductores Mecánico de Ruta que hallándose en activo el último día del año, hayan cumplido un año de permanencia en la empresa y no hayan faltado al trabajo mas de 40 ..." I Convenio Colectivo de la empresa Cofely España, S.A.U. (B.O.E. 29/8/2012): "...El personal que posea a final de año un índice de absentismo inferior o igual al 2 %, y no perciba BONUS por objetivos, como compensación, durante el año siguiente, recibirá un 1 % sobre su Salario Base, durante los años de vigencia del Convenio. Esta compensación tendrá carácter de gratificación extraordinaria no siendo consolidable en los siguientes años..."

⁸⁹¹ V Acuerdo Complementario al Convenio General de la Industria Química de la empresa Repsol YPF Lubricantes y Especialidades, S.A. (18/8/2012): Artículo 37. *Prestaciones en situación de I.T.* En los casos de I.T. derivada de accidente, enfermedad profesional y maternidad, la Compañía complementará, desde el primer día de la baja, la prestación abonada por la Seguridad Social hasta alcanzar el 100 % de los siguientes conceptos: Sueldo base. Gratificaciones extraordinarias. Complemento de antigüedad. Complemento de vinculación. Plus Convenio. Complemento Salarial de Regularización. Tratándose de bajas derivadas de enfermedad común o accidente no laboral, la garantía de complemento sobre los conceptos salariales indicados se ajustará a los siguientes porcentajes en función de la duración del proceso de I.T.: Del 1.º al 15.º día, el 70 %.Del 16.º al 30.º día, el 80 %.A partir del 30.º

o con sometimiento a requisitos formales o asistenciales (presentación de partes, observación de instrucciones de descanso...) ⁸⁹²; limitan el complemento en el tiempo sobre la duración legal de las prestaciones económicas ⁸⁹³; llevan a cabo una combinación de todos estos elementos más los permisos retribuidos ⁸⁹⁴, e incluso distinguen padecimientos específicos en las contingencias profesionales ⁸⁹⁵.

día, el 100 %. No obstante lo anterior, si el índice de absentismo por estas causas no fuera superior al 3,1 % anual, se procederá a la devolución de los descuentos practicados, en la nomina de enero del año siguiente

⁸⁹² VI Convenio Colectivo de la empresa Volkswagen Finance, S.A. (17/8/2012): "... Las prestaciones económicas extra-reglamentarias por enfermedad se percibirán únicamente previo cumplimiento de los requisitos anteriormente especificados y previa comprobación de que se han observado las prescripciones médicas establecidas: reposo, permanencia en domicilio, curas, tratamiento, control, etc..." I Convenio Colectivo de la empresa Agrupación de Servicios de Internet y Prensa, S.L. (B.O.E. 3/7/2012): "... El control de la enfermedad, a efectos de reconocimiento del derecho al percibo de esta compensación, corresponde al Servicio Médico. En caso de no reconocerse esta percepción, se informará al Comité de Empresa.

⁸⁹³ Convenio colectivo de la empresa «Gestión de Publicaciones y Publicidad, S.L.» (B.O.E. 6/8/2012): "... Durante los doce primeros meses de incapacidad temporal del trabajador, sea por enfermedad común, por enfermedad profesional o por accidente laboral o no laboral y siempre que por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social se reconozcan derechos a prestación económica por incapacidad temporal, la empresa le abonará la diferencia entre lo que perciba en tal situación y el cien por cien de su salario bruto fijo. 2. A partir de ésta, segunda baja y consecutivas, la empresa no abonará cantidad alguna en los tres primeros días aun con justificante médico. A partir del cuarto día y siguientes la empresa complementará hasta el 100.

⁸⁹⁴ I Convenio colectivo de la empresa «ACCEPTA Servicios Integrales, S.L.U.» (B.O.E. 6/6/2012): "... Artículo 42. *Complementos en los supuestos de incapacidad temporal.* Incapacidad Temporal derivada de Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional: Se complementará el 100% del salario base desde el primer día de la baja médica. Incapacidad Temporal derivada de Accidente o Enfermedad Común: se complementará el salario base según los siguientes baremos: a) Del día 1 al 3, el 70% del salario base, con el tope de 9 días al año, y con baja médica. b) Del día 4 al 20, el 75% del salario base y con baja médica. c) Del día 21 en adelante: 100% del salario base hasta un año, y con baja médica. No obstante lo anterior, en el momento de causar baja por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, se utilizará el saldo no consumido de su bolsa de 35 horas anuales del artículo 23.2 del presente convenio, relativo a permisos retribuidos, para aplicarlo a las horas de los días no complementados al 100%. Los trabajadores están obligados a presentar la baja de la seguridad social en un plazo de 72 horas, aceptando, previo aviso, poder ser reconocidos por el médico de la Mutua, al objeto de que este informe sobre la imposibilidad de prestar servicio, sometiéndose la discrepancia, si la hubiere, a la Inspección Médica de la Seguridad Social..."

⁸⁹⁵ XXV Convenio Colectivo de la empresa Bimbo SAU (B.O.E. 3/6/2012): "... o prestando servicios profesionales en el puesto de trabajo se produjera fractura o fisura y/o amputación total o parcial, heridas inciso-contusas o quemaduras de tercer o segundo grado, hernia inguinal, atrapamientos en elementos móviles de maquinas, contactos eléctricos, y caídas de altura, la ayuda será del 100% desde el primer día. Igual ayuda tendrá en caso de rotura total o parcial de ligamentos o tendones, siempre que está rotura esté relacionada con las funciones habituales que realiza el trabajador o la misma se produzca realizando funciones no habituales a las que haya sido

En consecuencia, tanto a nivel convencional sectorial como fundamentalmente de empresa, la afectación de la situación económica se plasma en la limitación de los complementos prestacionales de I.T en los pactos establecidos, de una manera mucho más acentuada que la mantenida hasta la modificación legal señalada de la prevalencia del Convenio de empresa, con mucha mayor referencia al absentismo, para emplear los complementos en esa doble dimensión de ampliación de la cobertura de las contingencias a través del sistema de Seguridad Social de una parte, y sobre todo actualmente con mayor conciencia al pactarlos, de su utilización como instrumento de afrontamiento del objetivo de reducción del absentismo.

5.- Una perspectiva antiabsentista diferente: la reducción de cuotas a través de la prevención de riesgos laborales

Resulta evidente que una razón importante que motiva el estudio del absentismo laboral lo constituye el coste que ocasiona a las empresas de lo que se deriva la necesidad de invertir en su conocimiento puesto que parece percibirse como un elemento no controlado por los gestores de aquéllas⁸⁹⁶. Sin embargo, según se profundiza en el estudio de este fenómeno se comprende que sobre él inciden tal diversidad de variables que requiere el análisis detallado de sus componentes además de conocer la regulación de su gestión dentro de cada sistema de Seguridad Social⁸⁹⁷. Por ello, además de la perspectiva económica del gasto, se han emprendido otros enfoques de atención al absentismo, principalmente en los países del norte de Europa, desde la perspectiva de la promoción del bienestar laboral y la salud de los trabajadores enlazados con la prevención de riesgos laborales en el sentido apuntado por la Organización Mundial de la Salud de la rentabilidad económica en organizaciones saludables, para señalar como

destinado el trabajador. En el supuesto de hernia discal que haya sido operada, derivada de las situaciones antes descritas (accidente de trabajo ocurrido en el centro de trabajo o prestando servicios

⁸⁹⁶ Villaplana García, M^a D.- Absentismo y... op.cit. pág.36.

⁸⁹⁷ Ídem. pág. 40

razones por las cuales las empresas deben mejorar en un mercado global, además de las económicas, la exigencia del cumplimiento de las normas y la ética empresarial⁸⁹⁸.

En esa línea paralela de actuación en búsqueda de la seguridad y el bienestar de los trabajadores en su desempeño laboral enlazándolo con el rendimiento empresarial, ya el número 3 del artículo 72 del T.R.L.G.S.S /1974, antecedente del artículo 108.3 T.R.L.G.S.S/1994 y del actual 146.3 T.R.L.G.S.S/2015, recogía la posibilidad⁸⁹⁹ de reducir la cuantía de las cuotas empresariales a la Seguridad Social hasta un 10 por ciento, a las empresas que se distingan por la utilización de medios eficaces de prevención, si bien se limita su alcance a las correspondientes a contingencias profesionales, esto es accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. No obstante, esta norma no tuvo aplicación práctica aun a pesar de la aprobación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Ciertamente su desarrollo normativo no tuvo lugar hasta 2010, a pesar de la intensificación práctica que desde 1995 ha tenido la prevención de riesgos laborales entendida en el correcto sentido de integrar eficazmente esta materia en el sistema de gestión de la empresa es evidente. Todo ello de acuerdo con los principios de la acción preventiva que señala el artículo 15 de ley : evitar la aparición de riesgos en el trabajo, evaluar los riesgos que no se puedan evitar, combatir los riesgos en su origen y planificar la prevención, lo que llevará en buena lógica a una reducción de la siniestralidad que correlativamente suponga la disminución de los costes de la I.T.⁹⁰⁰ y en definitiva a una disminución de los procesos de tal contingencia con un incremento paralelo de la productividad en las empresas.

De todas formas, aun con las modificaciones normativas operadas en la Tarifa de Primas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales⁹⁰¹, primero con reducción del diez por ciento y después con la aprobación sucesiva de nuevas Tarifas de

⁸⁹⁸ OMS. Entornos laborales saludables: fundamentos y modelo de la IMS. Contextualización, prácticas y literatura de apoyo, citado por Villaplana García, M^a D.- Absentismo... cit. pág. 38

⁸⁹⁹ También en su caso de incrementarlas hasta un 20 por ciento como máximo en caso de reiteración, a las empresas incumplidoras en materia de higiene y seguridad en el trabajo.

⁹⁰⁰ No solamente con la reducción de las cuantías de los subsidios de I.T. sino en atención también a los costos en especie derivados de la asistencia sanitaria, con evidente valoración económica también.

⁹⁰¹ Ver "El sistema de incentivos para la reducción de cotizaciones por contingencias profesionales. Análisis crítico de urgencia" Lafuente Suárez, J.L.- Actualidad Laboral 13/2010, julio 2010.

Primas de cuatro en cuatro años, y con las recomendaciones del “Informe Durán”⁹⁰², hasta la aprobación del R.D. 404/2010, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias a las empresas que hayan contribuido a la prevención de la siniestralidad laboral, no se produjo el desarrollo reglamentario del entonces vigente artículo 108.3 T.R.L.G.S.S/1994 y se llevó a la práctica, mediante el denominado “sistema de *bonus*”, esa bonificación en las cuotas de contingencias profesionales a favor de las empresas que, en aplicación de medidas preventivas, contribuyan a la disminución de la siniestralidad. El R.D. 404/2010 fue desarrollado a su vez por la Orden TIN/1448/2010⁹⁰³.

En realidad, el R.D.404/2010 no establece directamente reducciones en las cuotas-- y de hechos sus artículos 1.4 y 5 hablan de “incentivos”--,sino que regula la posibilidad de que las empresas, previo el cumplimiento de los requisitos que establece, puedan solicitar y obtener una “devolución” de parte de las primas ingresadas como cotizaciones por contingencias profesionales. Para ello deberán presentar una solicitud a la Mutua colaboradora con la Seguridad Social o Entidad Gestora en su caso, con la que hayan formalizado el concierto de las contingencias profesionales, la cual, fiscalizado el cumplimiento de los requisitos exigidos, emitirá un informe-propuesta no vinculante a la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Este órgano, tras efectuar las comprobaciones necesarias, primero verificará que el volumen de recursos disponibles permite afrontar el pago de las solicitudes, reduciendo en caso contrario las cuantías proporcionalmente, tras lo que dictará Resolución que comunicará a la entidad proponente, así como a la Tesorería General de la Seguridad Social para que proceda a su abono, en su caso. Si la Resolución fuera desestimatoria porque la Dirección General no considerara acreditada la concurrencia de las condiciones necesarias por parte de la empresa, igualmente lo comunicará a la entidad proponente para que proceda a notificárselo a la empresa solicitante con el fin de que ésta pueda formular alegaciones que, junto con el informe

⁹⁰² Encargado en 2000 por el Presidente del Gobierno a Federico Durán, Presidente del Consejo Económico y social para conocer la situación de la siniestralidad en España. Fue presentado en marzo de 2001 con el título “Informe sobre riesgos laborales y su prevención”; colaboraron en su redacción más de una quincena de expertos y se efectúan más de sesenta propuestas concretas.

⁹⁰³ La solicitud correspondiente a presentar en 2015 se determina por el artículo 31 de la Orden IESS/86/2015, de 30 de enero (B.O.E. 31 de enero), para los períodos máximo de observación 2011/2014

de la Mutua colaboradora o Entidad Gestora, serán remitidos a la Dirección General para que resuelva. Ante el silencio de la norma, habrá que entender que frente a la resolución denegatoria procede la interposición de recurso contencioso.

Al tratarse de incentivos en forma de “*bonus*”, la financiación del mismo viene determinada por el artículo 5 del R.D. 404/2010: el abono de las cuantías reconocidas en su caso procede de las Mutuas con cargo al Fondo de Prevención y Rehabilitación, constituido con el 80 por ciento del exceso de excedentes de la gestión de las Mutuas al que se refiere el artículo 96 T.R.L.G.S.S/2015, que debe ser depositado en el Banco de España a nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social y a disposición del Ministerio de Trabajo. A su vez, de ese Fondo de Prevención, a los efectos del “*bonus*”, las Mutuas colaboradoras dispondrán anualmente de un 3 por ciento del saldo existente al 31 de diciembre de cada año, en proporción a su contribución al mismo.

En cuanto a las empresas beneficiarias, el artículo 2 del R.D. 404/2010 distingue entre “empresas beneficiarias en general” --artículo 2.--, siendo éstas las que hayan superado un volumen de cuotas por contingencias profesionales de 5.000€ en el denominado período de observación, y “pequeñas empresas beneficiarias” -artículo 3-, que son las que no hayan alcanzado esa cuantía en un período máximo de observación de cuatro años, pero que hayan cotizado--siempre por contingencias profesionales-- durante el mismo al menos en la cantidad de 250€. El período de observación viene regulado en el artículo 6 del R.D. 404/2010, considerándose como tal el número de ejercicios naturales consecutivos e inmediatamente anteriores al de la solicitud del sistema de incentivos, que no hayan formado parte de una solicitud anterior y con un máximo de cuatro ejercicios, teniendo en cuenta que, alcanzado el volumen mínimo de cotización, comenzará a computarse un nuevo período de observación para las empresas que no soliciten la aplicación del “*bonus*”.

Los requisitos que deben cumplirse para poder solicitar la devolución de cuotas son diferentes también según se trate de empresas beneficiarias en general o de pequeñas empresas beneficiarias. Para las primeras --artículo 2.1-- las condiciones son las siguientes:

- a) Haber realizado inversiones en instalaciones, procesos o equipos que puedan contribuir a la eliminación o disminución de riesgos laborales durante el período de observación.
- b) No rebasar en el período de observación los índices de siniestralidad general y extrema a los que aludiremos posteriormente, y de los que se excluyen los accidentes *in itinere*.
- c) Estar al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social.
- d) No haber sido sancionadas por resolución firme en el período de observación, por la comisión de infracciones graves o muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.
- e) Acreditar el cumplimiento de los requisitos básicos en materia de prevención.
- f) Acreditar la realización durante el período de observación de, al menos, dos de las siguientes acciones:
 - 1ª.-Incorporar o ampliar recursos preventivos propios aun cuando no estuvieran obligadas legalmente.
 - 2ª.-Realizar auditorías externas del servicio de prevención a pesar de no tener obligación legal de llevarlas a cabo.
 - 3ª.-Acreditar la existencia de planes de movilidad vial en la empresa como medida preventiva de los accidentes de trabajo *in itinere* y en misión.
 - 4ª.-Acreditar la disminución del porcentaje de los trabajadores expuestos a riesgos de enfermedad profesional durante el período de observación.
 - 5ª.-Obtención de certificación de calidad de la organización y funcionamiento del sistema de prevención de riesgos empresarial.

Las pequeñas empresas beneficiarias --artículo 3.1-- habrán de acreditar el cumplimiento de los requisitos referidos en las letras a), c), d), e) y f) del artículo 2.1, amén haber realizado alguna de las siguientes acciones:

- 1ª.-Asunción por el empresario de la actividad preventiva o designación de trabajadores en la empresa que asuman dicha actividad.
- 2ª.- Obtención por quienes asuman la obligación anterior de formación real y efectiva en materia de prevención de riesgos laborales.

Se ha citado como requisito para que las empresas puedan ser beneficiarias del sistema de incentivos el que no rebasaran en el período de observación los límites que se establezcan respecto de los índices de siniestralidad general y extrema, definidos en el Anexo II del R.D. 404/2010, de forma que aquéllas de cumplir con ambos índices, lo que significa que no pueden superar el límite que anualmente se establezca en la Orden de desarrollo pertinente⁹⁰⁴. Este Anexo II determina la forma de cálculo de los indicados índices:

Índice de siniestralidad general:

Importe de la prestación de I.T por cont..prof en el período de observación

I _____

Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación

Número total de partes de AT y EP con baja laboral durante período de observación

II _____

Cuotas totales por contingencias profesionales durante el período de observación

El subíndice I hace referencia a cada uno de los códigos de la Clasificación Nacional de Actividades (CNAE) recogidos en la Tarifa de primas de cotización a la Seguridad Social por contingencias profesionales.

El número 2 define el Índice de Siniestralidad Extrema:

Número total de reconocimientos de I.P. y de fallecimientos en período de observación

III _____

Cuotas totales por contingencias profesionales durante el periodo de observación

Que se tomará en consideración en los supuestos en los que se hubiera producido el fallecimiento o la declaración de una incapacidad permanente (total, absoluta, o gran

⁹⁰⁴ Dichos índices y los límites cuantitativos fueron establecidos para 2009 por la Orden TIN 1448/2010, de 2 de junio (B.O.E. 4 de junio), por la que se desarrolla el R.D 404/2010, de 31 de marzo, y prorrogados para 2010 por el artículo 31 de la Orden TIN 4/2011, de 18 de enero (B.O.E. 20 de enero), de normas de cotización para 2011. Por medio de la Orden ESS/ 86/2015, de 30 de enero (B.O.E. 31-1) se establecen los valores límite de los índices de siniestralidad general y de siniestralidad extrema, correspondientes al ejercicio 2015.

invalidez) derivada de contingencias profesionales, siempre excluidos los que tengan su origen en accidentes *in itinere* puesto que si el índice de siniestralidad extrema de la empresa superase el límite establecido al efecto en la precitada Orden de desarrollo, el *bonus* no será concedido y ello con independencia de los resultados de los anteriormente definidos índices de siniestralidad general.

El artículo 4 del R.D. 404/2010 explicita la cuantía de los incentivos que las empresas puedan obtener, sin perjuicio del límite, como hemos indicado, del 3 por ciento del Fondo de Prevención dedicado cada ejercicio a su financiación. Así, las empresas beneficiarias en general la cuantía del incentivo podrá alcanzar hasta el 5 por ciento de las cuotas por contingencias profesionales satisfechas durante el período de observación, pudiendo alcanzar hasta el 10 por ciento si los períodos de observación son consecutivos y en el inmediatamente anterior se ha percibido el *bonus*; pero en todo caso con el límite del importe de las inversiones efectuadas en materia de prevención a las que se refieren los artículos 1 a) y 3.1 del R.D. 404/2010.

Las pequeñas empresas beneficiarias --artículo 3-- que soliciten la aplicación del incentivo, cuya cuantía no podrá superar el importe de la cotizado por contingencias profesionales durante el período de observación, y en última instancia, obtendrán como máximo 250€ para el primer período, elevándose hasta 500€ en los períodos inmediatamente siguientes siempre que lo hubieran percibido en el anterior.

En conclusión⁹⁰⁵, reconociendo lo positivo que resulta la materialización de los resultados de la prevención en la disminución de la I.T. y por tanto de su contribución a la lucha contra el absentismo, la crítica deviene principalmente de su tramitación previa a través de solicitud, no constituyendo, pues una supuesto directo de reducción de cuotas, unida a la, permítaseme el adjetivo, mezquindad de su limitación dineraria, por lo que la experiencia de su aplicación determinará su eficacia real.

Por lo que se refiere a las contingencias comunes, fue con la aprobación de la Ley 35/2010⁹⁰⁶ cuando se abordó por vez primera la posibilidad de reducción de cuotas a las

⁹⁰⁵ Ver Conclusiones y Valoración crítica del artículo precitado.

⁹⁰⁶ A través de la Disposición adicional decimonovena.

empresas. Se llevaría a cabo tal operación mediante la introducción de un nuevo apartado 4 al artículo 73 del entonces vigente T.R.L.G.S.S./1994, por el que se permitía a las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social destinar una parte de los excedentes obtenidos en la gestión de las contingencias profesionales o de la I.T. por enfermedad común. Se establecía un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas en los términos que reglamentariamente se desarrollen, en proporción a los ahorros de costes generados al sistema, siempre que tales empresas hubieran reducido los costes de la I.T. por debajo de los límites establecidos u obtenido una significativa reducción de los mismos como consecuencia de la aplicación de planes pactados con la representación de los trabajadores que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de trabajo de los afectados por enfermedad común y mejoren el control del absentismo injustificado. Esta redacción es mantenida en el actual artículo 97.2 T.R.L.G.S.S./2015, que habilita esta medida de reducción de cuotas a través del Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social⁹⁰⁷. El futuro desarrollo reglamentario establecerá las condiciones referidas y permitirá aclarar la principal duda que surge al respecto de su aplicación, esto es, si la reducción será solamente aplicable a las empresas que tengan cubiertas las contingencias profesionales o concertada la gestión de la I.T. por contingencias comunes con una Mutua colaboradora, obteniendo la reducción precisamente de aquella con la que hayan firmado el convenio de asociación⁹⁰⁸.

⁹⁰⁷ Así como a la "...la creación o renovación de centros asistenciales y de rehabilitación adscritos a las mutuas, a actividades de investigación, desarrollo e innovación de técnicas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores de patologías derivadas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales a desarrollar en los centros asistenciales adscritos a las mutuas...".

⁹⁰⁸ Ver Capítulo Quinto.

CAPÍTULO NOVENO

LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: DEL CONTRASTE A LA EQUIPARACION

1. Los Regímenes especiales de seguridad social desde el punto de vista de la incapacidad temporal

La L.G.S.S/1966 en su artículo 10 preveía el establecimiento de determinados regímenes especiales, en paralelo con el Régimen General, en función de la naturaleza, peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de sus procesos productivos, se considerase necesario. De esta forma se crearon el régimen del personal al servicios de los organismos del movimiento; de funcionarios públicos civiles, militares y de entidades estatales autónomas así como el del personal civil no funcionario de establecimientos militares; de socios trabajadores de cooperativas de producción; de servidores domésticos, de estudiantes y de representantes de comercio, además de los Regímenes Especiales de los Trabajadores del Mar, el Especial Agrario (en los cuales, pese a su carácter mixto, se incluían aquellos trabajadores que, dentro de tales Regímenes especiales, desarrollaban una actividad por cuenta propia), y el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos propiamente dicho (R.E.T.A.), que comprende aquellos que realizan de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas⁹⁰⁹.

Sin perjuicio de que en el momento de la regulación establecida por la L.G.S.S/1966, la atención de la I.T venía dirigida al Régimen General, las diversas vicisitudes que en los regímenes especiales se van produciendo a lo largo del tiempo, en primer lugar con la desaparición de algunos por incorporación a otros, van a mostrar que la prestación objeto de nuestro estudio se va extendiendo a todo el sistema, a partir de una consideración primera como prestación de cobertura voluntaria, para llegar a su consolidación en cada régimen, pero sin que sea preciso llevar a cabo un estudio completo de cada uno de éstos, al ser limitadas las especialidades propias en ellos, de forma que no haremos referencia al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar,

⁹⁰⁹ Artículo 2 del Decreto 2530/1970.

pues en su regulación se asimilan los trabajadores por cuenta propia a los trabajadores por cuenta ajena de este Régimen Especial⁹¹⁰.

A nuestros efectos será suficiente con referirnos a su tratamiento en el Régimen de Trabajadores Autónomos y en de los Funcionarios públicos precisamente por darse en ellos las mayores diferencias en la consideración de la contingencia protegida de la I.T. aunque es preciso señalar que la tendencia a la equiparación es la línea normativa apuntada por las sucesivas modificaciones legales. No obstante, sí realizaremos una referencia al Régimen Especial Agrario, justificada por la particular evolución normativa que el mismo ha experimentado de una parte, con la Ley 18/2007 que incorporó a los trabajadores por cuenta propia de este régimen especial a un creado sistema especial agrario de trabajadores por cuenta propia dentro del R.E.T.A., y de otra, con la aprobación de la Ley 28/2011 en virtud de la cual se integró el Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad social.

2. El Régimen Especial de trabajadores autónomos

2.1. Campo de aplicación y régimen jurídico⁹¹¹

Con respecto al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos—R.E.T.A-- , propiamente dicho, hemos de comenzar diciendo que como resultado de la evolución y transformación del Mutualismo Laboral en un Sistema de Seguridad Social, los trabajadores independientes y autónomos que habían accedido a la protección del

⁹¹⁰Texto Refundido aprobado por Decreto 2864/74, de 30 de agosto. Tiene su desarrollo reglamentario en el Decreto 1867/70, de 9 de julio

⁹¹¹ Para el estudio del Régimen Especial de trabajadores autónomos ver Cabezas Conde, U y Lancuentra Buerra, A. Trabajadores independientes, profesionales libres y pequeños empresarios, Selecciones Editoriales, Barcelona, 1961; Montoya Melgar, A. La Seguridad Social de los trabajadores autónomos, RISS, número 5 (1963); Gala Vallejo, C. Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. MTSS. Madrid. 1991; Gómez Caballero, P. Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000; Blasco Lahoz, J.F., El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, Tirant lo Blanch, Valencia.1995; El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría(doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; Goerlich Peset, J.M; Pedrajas Moreno, A.; Sala Franco, T. Trabajo autónomo: nueva regulación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

primero a través del Decreto 1167/1960, se vieron incluidos en éste por expresa determinación del artículo 7.1.b) de la L.G.S.S/1966, previendo para ellos un régimen especial en el apartado c) del número 2 de su artículo 10 conocido como Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia.

Estas previsiones fueron desarrolladas por el Decreto 2530/1970 y la O.M. de 24 de setiembre de 1970, conteniendo los artículos 2 del Decreto y 1 de la O.M. la definición de los trabajadores por cuenta propia a los efectos de inclusión en este Régimen especial de la Seguridad Social: se entenderá por trabajador por cuenta propia o autónomo a aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas, con una apostilla de una presunción iuris tantum de inclusión en este concepto y por tanto en el R.E.T.A., de aquellas personas que ostenten la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, usufructuario, arrendatario u otro concepto análogo. Consecuentemente con ello los artículos 3 y 4 del Decreto y 2 de la O.M. de desarrollo regulan una inclusión obligatoria en el R.E.T.A. de los españoles mayores de 18 años, así como los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos⁹¹² legalmente residentes en nuestro país, cualquiera que se su sexo y estado civil, que realicen su actividad en el territorio nacional y que se hallen incluidos en alguno de los apartados siguientes:

--Trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales y familiares.

--El cónyuge, los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, de los autónomos que de forma habitual, personal y directa colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados de aquéllos.

--Los socios de las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las comanditarias que trabajen en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa.

⁹¹² Con respecto a los extranjeros habrá que estar a lo previsto en el actual artículo 7.2 TRLGSS/2015 y normativa reguladora de la extranjería.

De otra parte, avanzando en el tiempo, la Disposición Adicional Cuarta del T.R.L.G.S.S./1994 permitió a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado optar en sus Estatutos por su integración en el Régimen General o su encuadramiento en el R.E.T.A., y la Disposición Adicional 27ª del mismo Texto Refundido incluyó obligatoriamente en el mismo a los socios de sociedades capitalistas que ejerzan las funciones de dirección y gerencia⁹¹³ o presten otros servicios para ellas, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo ó indirecto de aquéllas, recogiendo dos presunciones acerca de este control:

A) Se entiende en todo caso que existe el control cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presume, salvo prueba en contrario, igualmente existente el control ante la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

1ª.- Que al menos la mitad del capital social de la sociedad para la que presta sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2ª.- Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

Con independencia de estos supuestos,⁹¹⁴ como regla de cierre de la inclusión obligatoria en el R.E.T.A., el último párrafo del nº 1 de la indicada Disposición Adicional 27ª del T.R.L.G.S.S./1994 indica que en los supuestos en los que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá probar a través de cualquier medio de prueba que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

En un ámbito paralelo, la aprobación del Estatuto del Trabajador Autónomo por la Ley 20/2007⁹¹⁵ tiene dos manifestaciones en relación con la inclusión en sistema de la Seguridad Social de dos colectivos diferentes. Así, su Disposición Adicional décima modifica parcialmente el Decreto 2530/1970 en lo relativo a la inclusión a los hijos

⁹¹³ Excluyéndose los socios de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social sea la mera administración del patrimonio de los socios.

⁹¹⁴ Y teniendo en cuenta lo ya expresado con relación a los agrarios incorporados al RETA.

⁹¹⁵ Desarrollado reglamentariamente por el R.D. 197/2009, de 23 de febrero.

menores de 30 años de los trabajadores autónomos que podrá ser contratados como trabajadores por cuenta ajena por éstos, aun a pesar de darse convivencia entre ellos, lo que supone por consiguiente su afiliación y alta en su caso en el Régimen General de la Seguridad Social y no en el R.E.T.A, aunque expresamente se excluye por prescripción legal su cobertura por desempleo. La segunda manifestación hace referencia a la configuración legal de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, dando reconocimiento legal expreso a esa figura⁹¹⁶ de los que se hablará más adelante.

Con la aprobación del T.R.L.G.S.S/2015 se incluyó la regulación de los trabajadores autónomos en el Título IV, artículos 305 a 322, el primero de los cuales extiende la inclusión en este Régimen Especial a las personas físicas mayores de dieciocho años que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. A su vez, el número 2 de este mismo artículo declara expresamente comprendidos en el R.E.T.A⁹¹⁷ a los trabajadores incluidos en el sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios; a quienes ejerzan funciones de dirección y gerencia en los mismos términos que la referida Disposición Adicional 27ª del anterior Texto Refundido de 1994; a los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias; a los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común; los socios trabajadores de las sociedades laborales cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado con los que convivan alcance, al menos, el 50 por ciento, salvo que acrediten que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere

⁹¹⁶ Lo que en ámbito del Derecho europeo se venía calificando como trabajado parasubordinado.

⁹¹⁷ Señala expresamente incluidos también a quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas en el apartado 1, que requiera la incorporación a un colegio profesional, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimoctava; los miembros del Cuerpo Único de Notarios; los miembros del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, así como los del Cuerpo de Aspirantes; las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que presten servicios, a tiempo completo, en los servicios de salud de las diferentes comunidades autónomas o en los centros dependientes del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, por las actividades complementarias privadas que realicen y que determinen su inclusión en el sistema de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional decimoctava;

el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares; los trabajadores autónomos económicamente dependientes; el cónyuge y los parientes del trabajador por cuenta propia o autónomo que realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena; los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante que perciban ingresos directamente de los compradores.

2.2. Las prestaciones del R.E.T.A. y la inclusión de la incapacidad temporal

En la introducción del Decreto 2530/1970 se indicaba que en la regulación del R.E.T.A. se tendía a lograr "...la homogeneidad con el Régimen General, que han permitido las especiales características del grupo..."-, y de acuerdo con ello la acción protectora del R.E.T.A.--artículo 27-- comprendía:

- Prestaciones por invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.
- Prestaciones económicas por vejez.
- Prestaciones económicas por muerte y supervivencia.
- Ayuda económica con ocasión de intervención quirúrgica⁹¹⁸.
- Asistencia sanitaria a pensionistas.
- Beneficios de asistencia social.
- Servicios sociales en atención a contingencias y situaciones especiales.

No se establecían, pues, ni las prestaciones de asistencia sanitaria ni las económicas de I.T., que fueron introducidas como mejoras voluntarias por el R.D. 1774/1978 y la O.M. de 28 de julio de 1978, que permitían la acogida a tales prestaciones con el abono de una cotización adicional que complementaba la obligatoria⁹¹⁹. El subsidio se abonaba tanto para caso de enfermedad como accidente (esto es, sin distinción entre contingencias comunes y profesionales) a partir del 15º día desde la baja. Para acceder al derecho a la prestación económica de I.T., el artículo 4 de la O.M. de 28 de julio de 1978 requería que el trabajador autónomo reuniese un período de carencia de 180 días

⁹¹⁸ Suprimida por R.D. 43/84, de 4 de enero.

⁹¹⁹ Esa cotización era el 2,2 por ciento sobre la base reguladora. El subsidio económico de I. T se percibía a partir del 15º día de la baja, sobre el 75 por ciento de la base mensual de cotización por la que se viniese cotizando. Requería igualmente haber completado una cotización de seis meses;

dentro de los 5 últimos años en paralelo con el Régimen General, obligación exigible y tiempo de cotización mínimo actualmente determinado en el artículo 130 a) T.R.L.G.S.S./1994. Reunido el período de carencia, la base reguladora de la prestación económica de I.T. según la interpretación dada al artículo 5 de la indicada O.M. por la Resolución de 16 de setiembre de 1994 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades colaboradoras de la Seguridad Social, será la base de cotización correspondiente al mes anterior al de producirse la baja, al entenderse de aplicación el artículo 13 del Decreto 1646/1972. La base reguladora de la prestación económica de I.T. en el R.E.T.A., venía pues, determinada por la base de cotización elegida por el trabajador, establecidas a su vez por las leyes anuales de presupuestos y las OO.MM. de desarrollo, dentro de las máximas y mínimas de cada ejercicio.

Esta situación se mantuvo hasta 1984, año en el que el R.D. 43/1984, amplió la acción protectora del R.E.T.A. a la cobertura obligatoria de la asistencia sanitaria y a la prestación económica de I.T. puesto que se había producido un gran incremento de los costes de la asistencia sanitaria a nivel general, que la introducción de la referida norma enmarcaba en un efecto de discriminación para los sujetos del R.E.T.A. cuyo coste de asistencia sanitaria era superior-- al tener que satisfacer una cuota adicional para acceder a estas prestaciones--, amparándose en uno de los principios básicos del Sistema de la Seguridad Social expuestos por la L.G.S.S./1966, la consideración conjunta de riesgos colectivos. Se trataba a través de esta norma que regulaba la inclusión obligatoria de ambas coberturas de "... introducir un principio de mayor racionalidad y ordenación de la gestión, así como el de aplicar en el Régimen Especial citado los principios de solidaridad y de no discriminación en las cotizaciones a igualdad de prestaciones, así como suprimir la posibilidad de aseguramiento de riesgos individuales...", sin dejar de reconocer, al tiempo, que hasta entonces, "... únicamente se mejoraba la asistencia sanitaria cuando se tenía necesidad de la misma...".

Posteriormente la Disposición Adicional 12ª de la ley 30/1995 da una nueva redacción a la Disposición Adicional Undécima del actual T.R.L.G.S.S./1994 y produce un nuevo golpe de timón a la consideración de las contingencias cubiertas por el R.E.T.A. al volver a regular la prestación económica de I.T. como prestación de cobertura voluntaria, implicando en su atención a las hoy Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social al establecer, primero con carácter voluntario, e imponer después a través de la

Disposición Adicional 14ª de la ley 66/1997, la gestión de la prestación económica de I.T. de los trabajadores afiliados al R.E.T.A. a través de aquéllas, con imposibilidad de realizarlo con el I.N.S.S. cuya cobertura se mantiene únicamente para la gestión de las prestaciones económicas de I.T. cuya protección estuviera contemplada antes de la aprobación de esta última norma.

El hecho de que la prestación económica de I.T. para los trabajadores autónomos no contemplara abono de cantidad alguna en los quince primeros días de la situación de baja y la inexistencia de previsión alguna diferenciadora para la prestación que se derive de contingencias profesionales, han sido dos de las reivindicaciones constantes de las Asociaciones profesionales⁹²⁰ agrupadoras de los trabajadores por cuenta propia de nuestro país. La primera de ellas fue atendida como por la Disposición Adicional 15ª de la ley 66/1997, de forma que los porcentajes aplicados a la base reguladora para la determinación de la cuantía de la prestación económica de I.T. serían los vigentes para los procesos derivados de contingencias comunes en el Régimen General⁹²¹. Así que tal y como hemos visto, tras las variaciones normativas introducidas en la L.G.S.S/1974 por el Real Decreto-ley 5/1992 transformado en la ley 28/1992; el contenido del artículo 8 de la O.M. de 13 de octubre de 1967 y la redacción del artículo 131 T.R.L.G.S.S/1994, el trabajador autónomo pasaba apercibir el 60 por ciento de la base reguladora entre los días 4º a 20º, y el 75 por ciento a partir del 21ª día, hasta un máximo de 365 días de duración de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.,1 a) T.R.L.G.S.S./1994.

Con relación a la segunda, esto es, la atención específica a las contingencias profesionales, hemos de señalar que las diversas conversaciones y negociaciones mantenidas fundamentalmente en los años 2002 y 2003 por las antedichas representaciones con los representantes gubernamentales de los ministerios implicados, Trabajo, Seguridad Social, Economías y Hacienda, dieron lugar a un primer paso en la extensión de la acción protectora de contingencias profesionales para el R.E.T.A. con la redacción de la Disposición Adicional trigésima cuarta de la ley 53/2002⁹²² en la que se recogió la introducción, como mejora voluntaria, de la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales siempre que previa o

⁹²⁰ Fundamentalmente la Federación Nacional de Trabajadores Autónomos.

⁹²¹ Ver Capítulo Tercero.

⁹²² Ley de Acompañamiento a la de Presupuestos para 2003.

simultáneamente los trabajadores autónomos hayan optado por la mejora de la prestación económica de I.T.; conllevando tal opción una nueva cotización adicional cuyo establecimiento se remite a la aprobación por parte del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de una clasificación de los trabajadores autónomos por actividades económicas y epígrafes para verse incluidos en la tarifa de primas entonces vigente en el Régimen General, aprobada a su vez por el R.D. 2930/1979, y aplicar los porcentajes que se fijan sobre la base de cotización mensual elegida por el autónomo interesado.

Estos tipos y epígrafes fueron aprobados por el R.D.-ley 2/2003, llevado a la Ley 42/2006 con una nueva redacción dada por la Ley 51/2007 en su disposición final decimocuarta, de carácter provisional, y con redacción definitiva por la Disposición final octava de la ley 26/2009, que pergeña una división en 99 actividades atendiendo a la Clasificación Nacional de Actividades (CNAE) en línea paralela a los precitados del Régimen General de la Seguridad Social, con dos Cuadros, el I en función de la Clasificación reseñada, y el II aplicable a ocupaciones en todas las actividades.

El reconocimiento de la cobertura específica de la situación de I. T derivada de contingencias profesionales conllevó la necesidad de proceder a la definición del accidente de trabajo y la enfermedad profesional de los trabajadores autónomos, en paralelo con lo normado para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General en los artículos 115 y 116 T.R.L.G.S.S/1994⁹²³, en orden al pago de las prestaciones económicas, que se llevó a cabo a medio del artículo 40.4 de la Ley 53/2002 que agregó una Disposición Adicional trigésima cuarta al T.R.L.G.S.S/1994 de la Ley 53/2002 que las regula en el párrafo dos de su número 1. De este modo se entiende el accidente de trabajo del autónomo como el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determinan su inclusión en el R.E.T.A; y la enfermedad profesional, la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas anexa al R.D. 1299/2006. Por tanto, respecto de los accidentes de trabajo, no se contempla la

⁹²³ Actuales 156 y 157 T.R.L.G.S.S/2015.

inclusión de la consideración como tales de los que pudieran ocurrir *in itinere*⁹²⁴, de manera que en todo caso tendrían la cobertura propia de las contingencias comunes. Al tiempo esta norma mantiene la referida equiparación del régimen de las prestaciones económicas de I.T. del R.E.T.A con el Régimen General de manera que en los supuestos de contingencias comunes, el abono de la prestación comenzará a partir del cuarto día desde el inicio de la enfermedad o accidente no laboral a razón del 60 por ciento entre ese día y el vigésimo, y el 75 por ciento a partir de ese día, a diferencia de los casos de I.T. derivados de contingencias profesionales en los que el abono de la prestación se iniciará a partir del día siguiente al de la producción del accidente laboral o del inicio de la enfermedad profesional a razón del 75 por ciento de la base reguladora desde tal fecha⁹²⁵.

Mediante el R.D.1273/2003 se desarrollaron las previsiones de la Ley 53/2002 relativas a la extensión de la cobertura de contingencias profesionales de los trabajadores autónomos, conteniendo su capítulo II, artículos 9 a 12, normas complementarias para el reconocimiento de la I.T cualquiera que sea la contingencia que la origine. Posteriormente el R.D. 428/2004 al modificar el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las Mutuas incorporó, coherentemente con su función, la asunción de la protección de las contingencias profesionales de los trabajadores autónomos siempre que previa o simultáneamente asuman la cobertura de la gestión de la mejora voluntaria del subsidio económico de I.T.

La Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajador Autónomo estableció, en fin, la obligatoriedad de la cobertura de las prestaciones derivadas de I.T. para los trabajadores autónomos a través de su artículo 26.1, con cobertura necesaria a través de una Mutua

⁹²⁴ A diferencia de lo que sucede con los “trade” como se verá.

⁹²⁵ Al respecto hemos de hacer referencia a determinadas normas aprobadas por Comunidades Autónomas como sucedía con la Resolución de 4 de abril de 2003 de la Consejería de Trabajo y Promoción de Empleo del Principado de Asturias que establece ayudas para los trabajadores afiliados al R.E.T.A. destinadas a sufragar los costes derivados de suscribir un nuevo contrato de trabajo con otro trabajador por período de inactividad del autónomo por baja, así como a compensar los costes derivados de la cotización al R.E.T.A. en los casos en que no se suscriba el nuevo contrato durante la situación de baja del trabajador por cuenta propia, siempre que la inactividad de éste no esté cubierta por ninguna clase de seguro obligatorio, público o privado.

colaboradora de la Seguridad Social⁹²⁶, y la Disposición Adicional Tercera de esta Ley impuso tal cobertura con efectos de 1 de enero de 2008 para aquellos trabajadores autónomos que no hubieran optado por la cobertura voluntaria anterior de las prestaciones de I.T., salvando únicamente el caso de que tuvieran derecho a ellas en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social (pluriactividad); cobertura que había de realizarse necesariamente con una Mutua colaboradora. Además, el número 2 de esta disposición encomendó al Gobierno la determinación de aquellas actividades desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad en las que se declarará la obligatoriedad de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; actividades a las que sí será de aplicación la extensión de la protección del accidente *in itinere* en línea paralela con los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social⁹²⁷.

Actualmente el R.E.T.A está regulado en el T.R.L.G.S.S/2015⁹²⁸, que dedica un artículo específico, el 321, a la prestación económica de I. T de los autónomos, en el que, sin perjuicio la remisión reglamentaria respecto a las condiciones de acceso al derecho, regula la percepción del subsidio económico a partir del 4º día de la baja derivada de contingencias comunes, y del día siguiente al de la baja cuando esta deriva de contingencias profesionales. El número 2 de ese mismo artículo expresamente señala que los porcentajes a aplicar a la base reguladora para obtener el subsidio serán los mismos que los fijados para el Régimen General.

Para terminar con este apartado hemos de referirnos a dos notas particulares en términos generales del R.E.T.A, pero en su aplicación a la contingencia protegida objeto de estudio de la I. T. y otra de específico encaje en la I.T de los trabajadores autónomos. La primera relativa a la responsabilidad empresarial y la segunda la invitación al pago en caso de existencia de descubiertos en la cotización por la necesidad de encontrarse al

⁹²⁶ Lo que quiere decir que una persona que estuviera afiliada al R.E.T.A., antes del 1 de enero de 1998, que hubiera tenido cubierta la contingencia de I.T., y hubiera causado baja en este Régimen, volviendo nuevamente a darse de alta con posterioridad a aquella fecha, si optase por la cobertura de I.T. debería formalizarla obligatoriamente con una Mutua que, por cierto, no ven con demasiada simpatía la gestión de la prestación económica de I.T. de los autónomos.

⁹²⁷ Artículo 156.2 a) T.R.L.G.S.S/2015.

⁹²⁸ Título IV, artículos 305 a 317.

corriente para el disfrute de prestaciones.

En cuanto a la primera, ante la inexistencia de un empresario vinculado al trabajador en el ámbito de este Régimen Especial, no cabe hablar del reconocimiento de una responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones legales de afiliación y cotización que en su caso revierte al propio trabajador autónomo⁹²⁹, que asume la doble condición de empresario-cotizante y trabajador-beneficiario⁹³⁰. De esta manera no cabe la aplicación del recargo de prestaciones económicas previsto en el actual artículo 164 T.R.L.G.S/2015 en caso de producción de contingencias profesionales como expresamente establece el artículo 4 del R.D. 2373/2003.

Respecto a la segunda nota particular, para el reconocimiento de prestaciones en el R.E.T.A el trabajador autónomo además de estar en alta o situación asimilada⁹³¹ y reunir el período de carencia necesario en su caso⁹³², debe encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social en el momento en que se produzca el hecho causante de aquéllas, aunque la prestación sea reconocida en virtud del cómputo recíproco de cotizaciones con un régimen de trabajadores por cuenta ajena⁹³³. En caso de no encontrarse al corriente en el pago de las cuotas, y siempre que reuniera el período de carencia necesario para causar la prestación (en este caso) de I.T., la Entidad Gestora

⁹²⁹ Blasco Lahoz, J.F. Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos. Bomarzo. Albacete.2015. Pág 46

⁹³⁰ Rodríguez Escanciano, "El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos ante el proceso de reformas en la legislación de las Mutuas". Actualidad Laboral 9/2014, pág 2.

⁹³¹ Las situaciones asimiladas al alta las recogen los artículos 29 del R.D.2530/1970 y 69,72 y 73 de la O. M .de 24 de setiembre de 1970.

⁹³² El artículo 318 T.R.L.G.S.S/2015 enumera las normas del Régimen General aplicables a las prestaciones reconocidas en el R.E.T.A. Al respecto señala Apilluelo Martín, M. Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente. Tirant lo Blanch. Valencia.2006., pág. 161 es preciso tener en cuenta que a efectos de prestaciones no producen efecto las cotizaciones realizadas por el autónomo sin obligación de hacerlo; las efectuadas por los autónomos indebidamente dados de alta; las diferencias de las bases de cotización por aplicar una base superior por el período a que se refieran y las cotizaciones indebidamente ingresadas por cualquier otra causa.

⁹³³ Blasco Lahoz, J.F.-Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia, óp. .cit. pág. 47

“invitará”⁹³⁴ al solicitante a abonar las cuotas debidas en el plazo improrrogable de 30 días naturales, contados a partir de la recepción de la expresada invitación como previenen los artículos 28.2 del Decreto 2530/1970 y 5 del R.D.1273/2003. Si éste abona las cantidades debidas dentro del plazo, se le considerará al corriente de las mismas a los efectos de la prestación solicitada; si el abono se produce fuera del expresado plazo, se le concederá la prestación reducida en un 20 por ciento⁹³⁵. La interpretación de la validez de los abonos de cuotas ha dado lugar a una variada casuística⁹³⁶ que ha llevado a la Jurisprudencia a entender que la invitación no alcanza a las cotizaciones prescritas necesarias para cubrir el período de carencia exigido⁹³⁷; que un trabajador incluido en el R.E.T.A no se encuentra al corriente en el pago de las cuotas cuando la Tesorería le concede un aplazamiento con posterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación⁹³⁸; que las cotizaciones cuyo pago aplazado permitió la Tesorería han de surtir plenos efectos en cuanto a considerar dichos períodos en situación de estar al corriente para el reconocimiento del derecho a prestaciones⁹³⁹.

De otra parte, existe la posibilidad de que los trabajadores autónomos que formalmente no hubieran cursado su alta en el R.E.T., pero sí reunieran los requisitos de inclusión, puedan realizar las cotizaciones pertinentes, con los recargos correspondientes, al objeto

⁹³⁴ Es el verbo empleado por las normas. Al respecto Sempere Navarro, A.V “Aplazamiento de cuotas y devengo de prestaciones en el RETA. Comentario a la STS de 24 de setiembre de 2003”. Repertorio de Jurisprudencia número 29/2003. Aranzadi, BIB 2003/1524, pág. 2, considera que el término empleado de “invitación” ofrece la impresión de un auténtico trueque (cotizaciones por prestaciones), muy alejado de los principios inspiradores del sistema de Seguridad Social (universalidad, unidad de caja, igualdad, solidaridad).

⁹³⁵ Tal reducción se da en las prestaciones de pago único o subsidios temporales. En caso de pensiones, su concesión producirá efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas. Artículo 28.2 Decreto 2530/1970. La reducción no significa que se rebajen 20 puntos sobre los tipos aplicables (del 60 y del 75 por ciento) a la base reguladora de forma que se percibiese el 40 o el 55 por ciento sobre ella, sino que una vez calculada la prestación, se vería reducida en ese 20 por ciento, de forma que los tipos serían el 48 y el 60 por ciento respectivamente. García Ninet, J. I.- “El derecho a la prestación económica por incapacidad laboral transitoria en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos pese a no estar al corriente en el pago de las cuotas (Breve comentario a la S.T.S 4ª de 18 de mayo de 1992)”. TRSO número 22/1992, pág. 49.

⁹³⁶ Blasco Lahoz, J.F.- Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Bomarzo. Albacete.2015. Pág. 48

⁹³⁷ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S de 3 de febrero de 1993. Recurso 1017/1992.

⁹³⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 24 de setiembre de 2003. Recurso 3752/2002 y 17 de abril de 2007. Recurso 4576/2005.

⁹³⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 23 de diciembre de 2002. Recurso 454/2001.

de producción de efectos para prestaciones en este Régimen Especial. En este sentido se reguló por la disposición adicional 10ª de la Ley 22/1993 que constituirá posteriormente la disposición adicional 9ª del T.R.L.G.S.S/1994, para las situaciones de formalización del alta que se hubieran producido a partir del 1 de enero de 1994, que, en interpretación del T.S⁹⁴⁰ siempre que se trate de hechos posteriores a la entrada en vigor de la legislación que reconoce tal validez, sin que sea posible reconocer efectos retroactivos⁹⁴¹.

El artículo 319 del vigente T.R.L.G.S.S/2015 incorpora la estudiada posibilidad producción de efectos de las cuotas ingresadas correspondientes a períodos anteriores al alta formalizada. Se remite al desarrollo reglamentario y recoge la imposición no sólo del recargo correspondiente, sino que el número 2 del referido artículo prevé además la imposición de sanciones administrativas y el devengo del interés legal del dinero vigente en el momento del pago como consecuencias del ingreso fuera de plazo.

La tercera de las notas, que señalábamos como característica específica de la prestación de I. T en este Régimen Especial, es la necesidad de la presentación de una declaración sobre la persona que está gestionando directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza, de que sea titular el trabajador autónomo que lucra la prestación económica de I. T⁹⁴², o la solicitud de baja temporal o definitiva de

⁹⁴⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 22 de julio de 1998. Recurso 3559/1997.

⁹⁴¹ Sentencias de la Sala de lo Social del T.S, entre otras, de 1996, 30 de abril. Recurso 3772/1995; 19 de junio. Recurso 3381/1995; 10 y 11 de octubre. Recursos 646/1996 y 1303/1996, 26 de enero de 1998. Recurso 1533/1997; 27 de marzo y 21 de noviembre de 2001. Recursos 3075/2000 y 552/2001; 25 de enero de 2005. Recurso 1021/2004; 15 de enero de 2008. Recurso 145/2007. García- Casillas Díaz, J.M.- “De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de la seguridad social y sus efectos sobre las prestaciones económicas de los trabajadores por cuenta propia”. Aranzadi Social. Vol. V. BIB 19971990. págs. 9-10 distinguía cuatro posibles situaciones temporales a efectos de la validez del abono extemporáneo de cuotas por períodos anteriores al alta: 1.- Las realizadas desde la entrada en vigor de la O.M. de 30 de mayo de 1962 hasta la aprobación del Decreto 2530/1970 en su redacción original. 2.- Los ingresos producidos desde la entrada en vigor del precitado Decreto. 3.- Las satisfechas tras la aprobación del R.D. 497/1986 que da nueva redacción al artículo 28.3 del Decreto 2530/1970. 4.- Las pagadas con posterioridad a 1 de enero de 1994 de acuerdo con la nueva redacción de la disposición adicional 9ª de la disposición adicional 10ª de la Ley 22/1993 (posterior disposición adicional 9ª del T.R.L.G.S.S/1994.

⁹⁴² En el supuesto de que se trata de un autónomo colaborador la declaración viene orientada a justificar la prestación de servicios de aquél para el titular del negocio.

tal actividad⁹⁴³, a la Entidad Gestora o Mutua colaboradora que asume la gestión y el control de la I.T. Tal obligación viene contemplada por el artículo 78.2 del R.D. 1993/1978, se extiende también a los supuestos en los que la I.T deriva de contingencias profesionales⁹⁴⁴, y tiene por objeto permitir, tanto a la Administración como a la Mutua colaboradora en su caso, la comprobación y verificación de la situación en la que queda el establecimiento del que es titular el autónomo en situación de I.T.

La persona que sustituye al autónomo titular de la actividad puede ser un trabajador por cuenta ajena que esté prestando servicios con carácter ordinario para el titular de la actividad y que se encuentre afiliado y en alta en el Régimen General de la Seguridad social. También un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que ya esté colaborando con aquél y se encuentre debidamente afiliado y en alta en el R.E.T.A, ordinariamente en la misma actividad⁹⁴⁵, o que incluso se diera de alta en el R.E.T.A con el objeto de suplir precisamente al titular de la actividad en situación de I.T. durante el tiempo en que permaneciese de baja⁹⁴⁶.

La declaración sobre la gestión del negocio durante la baja por I.T. de su titular es un documento preceptivo para el reconocimiento del derecho a la prestación económica, y aquél debe presentarla en el plazo de 15 días desde el inicio de la misma junto con el parte de baja y la solicitud del abono del subsidio. De mantenerse en la situación de I.T., ha de presentarse con una periodicidad semestral desde la fecha de inicio de la misma, si así fueran requerido. La presentación fuera de ese plazo no puede dar lugar a la pérdida de la prestación por el período anterior a la misma sino únicamente a la

⁹⁴³ Estamos refiriéndonos a la declaración de baja del Impuesto de Actividades Económicas—IAE-. Pero ello no quiere decir que, en relación a una prestación de I.T. ya reconocida finalice el derecho a la prestación económica por cese en la actividad, pues ésta no es una causa extintiva recogida en la normativa. Martínez Septién, J.F, “Incidencias en materia de encuadramiento en la Seguridad Social durante la situación de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”. Base de Datos, Estudios y Colaboraciones. Información Laboral (CD 1996-2007). Lex Nova. Valladolid. 2008.pág.2

⁹⁴⁴ Artículo 89.2 del R.D. 1993/1978.

⁹⁴⁵ Ello no quiere decir que pudiera estar de alta en el R.E.T.A por otra actividad y fuese a llevar la gestión del establecimiento del titular en situación de I.T.

⁹⁴⁶ Discrepamos de la opinión de Martínez Septién, J.F “Incidencias en materia de encuadramiento en la Seguridad Social...” op.cit., págs. 6-8, acerca del carácter dudoso de esta afiliación por faltar la necesaria nota de habitualidad, puesto que ello conllevaría a que en ningún caso se podría producir la primera afiliación, tanto de un autónomo titular como de un colaborador al faltar siempre la nota de habitualidad.

posibilidad por parte de la Entidad Gestora o Mutua colaboradora de suspender cautelarmente la prestación hasta el dictado de la resolución del expediente de solicitud. Así lo ha dictaminado el T.S. en Sentencia de 12 de mayo de 2005⁹⁴⁷. La presentación tardía podría dar lugar al inicio de un expediente sancionador en base al incumplimiento del artículo 21.4 de la L.I.S.O.S en virtud de lo establecido en el artículo 40.1 de la misma⁹⁴⁸. También puede dar lugar la falta de presentación dentro de los 15 días siguientes al inicio de la I.T. a las actuaciones de oficio conducentes a la verificación de la situación en que queda el establecimiento tras al inicio de la I.T. de su titular. Si lo que sucede es no la presentación tardía sino la falta de presentación de la declaración, la Resolución del expediente de I.T. será denegatoria de la misma, sin perjuicio de la posibilidad de nueva solicitud e inicio de un nuevo expediente dentro del plazo de prescripción de cinco años del artículo 53 T.R.L.G.S.S/2015 pero teniendo en cuenta que se producirá la caducidad de cada mensualidad al año de su vencimiento ex artículo 54 del mismo texto legal.

2.3. La conexión de la prestación económica con las bases de cotización en el R.E.T.A.

Existe una equiparación entre el Régimen General y el R.E.T.A en el porcentaje y el cálculo de las bases reguladoras de la prestación económica, por lo que la determinación del subsidio económico de I.T. a percibir por un trabajador afiliado a este segundo Régimen vendrá dada por la base de cotización mantenida por el mismo, concretamente por la que hubiera cotizado en el mes anterior a la producción de la contingencia protegida. A estos efectos, es el propio trabajador autónomo el que elegirá, con las limitaciones legales que se dirán, las bases por las que cotizará y recibirá, en su caso, las prestaciones. Ciertamente es preciso tener en cuenta que, más que los márgenes que las

⁹⁴⁷ Recurso 1643/2004.

⁹⁴⁸ Artículo 21.4 L.I.S.O.S: “ No facilitar o comunicar fuera de plazo a las entidades correspondientes los datos, certificaciones y declaraciones que estén obligados a proporcionar, u omitirlos, o consignarlos inexactamente”. Artículo 40.1 L.I.S.O.S.:” Las infracciones en materia de relaciones laborales y empleo, en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 siguiente, en materia de movimientos migratorios y trabajo de extranjeros, en materia de empresas de trabajo temporal y empresas usuarias, excepto las que se refieran a materias de prevención de riesgos laborales, que quedarán encuadradas en el apartado 2 de este artículo, así como las infracciones por obstrucción se sancionarán: a) Las leves, en su grado mínimo, con multas de 60 a 125 euros; en su grado medio, de 126 a 310 euros; y en su grado máximo, de 311 a 625 euros.

Leyes de Presupuestos anuales establecen para la elección de base influyen en la misma la consideración de los beneficios o rendimientos a obtener u obtenidos en el desarrollo de la actividad de que se trate, sobre todo en sus inicios ya que la cotización al R.E.T.A se considera como un gasto más; gasto importante además, puesto que ante la inexistencia de “empresario” o por mejor decir, dado que el empresario del trabajador autónomo es él mismo, el abono de las cuotas es totalmente a su cargo⁹⁴⁹. O sea, el autónomo busca en primer lugar, con buena lógica, la obtención de ingresos (beneficios) que le permitan vivir con desahogo (esto es, no cubriendo solamente los gastos derivados del ejercicio profesional), y sólo una vez llegado en su caso a un determinado volumen de ingresos, esto le permite reconsiderar su cotización al R.E.T.A de forma que la considere como una inversión para su futuro o una cobertura de riesgos de posible aparición en el desempeño ordinario de su actividad⁹⁵⁰.

Con independencia de ese razonamiento, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado venían estableciendo con carácter ordinario una limitación a la elección de la base máxima de cotización de los autónomos a partir de los 50 años de edad⁹⁵¹, en orden a condicionar la obtención de una elevada pensión de jubilación con una cotización limitada a los quince últimos años, en evitación, de una parte, de una discriminación con respecto a los trabajadores por cuenta ajena con una vida laboral más extensa, y de otra, para remarcar las líneas del inicio de la política de extensión sucesiva de los períodos trabajador y cotizados con vistas a comprender toda la vida laboral para el cálculo de la

⁹⁴⁹ Lo que viene a suponer una diferencia de más de 30 puntos porcentuales entre los tipos de cotización del trabajador por cuenta ajena y los autónomos, que éstos han de satisfacer a su cargo. Una de las medidas que propone Lacalle, D. Acabemos con el paro. Cómo poner fin a la mayor lacra social y económica de nuestro país. Deusto.2015. Págs. 27 y ss, es la de bajar cuotas a autónomos: “...Cercenar la inaceptable cuota de autónomos, que ha aumentado en un 20 por ciento. Los trabajadores que hayan montado su propia empresa (administrador societario) y los autónomos con más de una decena de empleados a su cargo pagan una cuota mensual próxima a los 314€ mensuales, inasumible en un entorno de incertidumbre y riesgo empresarial...”.

⁹⁵⁰ Ya no en un nivel mínimo o de subsistencia sino para buscar uno equivalente de sustitución de rentas obtenidas con la actividad desarrollada con vistas a la jubilación, y con el pensamiento pues en atender a circunstancias de posible concurrencia durante su vida laboral (incapacidad temporal o definitiva, fallecimiento...).

⁹⁵¹ La última fue la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado para 2010. A partir de la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 se establecen los segmentos de edad (47, 48, 50 años de edad) que se mantienen actualmente.

pensión de jubilación⁹⁵².

Para el año 2016 las normas de cotización se encuentran en el Título VIII, artículo 115 de la Ley 48/2015, desarrollada por la Orden ESS/70/2016. De esta manera, en el R.E.T.A, con independencia de las aludidas circunstancias personales del autónomo en directa relación con la actividad personal, habitual y directa que desempeña, la aplicación de las diferentes situaciones contempladas en las normas a los efectos de cotización, darán lugar a la percepción de las prestaciones económicas de I.T. en función de aquéllas. Así, la elección de la Base de cotización por el trabajador autónomo en función de las normas indicadas, estará condicionada por y dará lugar a las siguientes situaciones:

Primera. De indicación general o elemental; la base de cotización en este Régimen Especial será la elegida por el trabajador entre las bases mínima y máxima que le corresponda en función de su edad y condiciones de afiliación.. Durante el año 2016 la base elegida estará comprendida entre una base mínima de cotización de 884,40 euros mensuales y una base máxima de cotización de 3.642 euros mensuales.

Segunda. En función de la edad inferior a 47 años y su cotización anterior en su caso, los trabajadores autónomos que a 1 de enero de 2015, sean menores de 47 años de edad podrán elegir, dentro de los límites de las bases mínimas y máximas. Igualmente tendrán esa misma posibilidad de elección de bases los trabajadores autónomos que en esa fecha tengan 47 años de edad y su base de cotización en el mes de diciembre de 2015 haya sido igual o superior a 1.945,80 euros mensuales, o causen alta en este Régimen Especial.

Los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2015, tengan 47 años de edad, si su base de cotización fuera inferior a 1.945,80 euros mensuales no podrán elegir una base de cuantía superior a 1.964,70 euros mensuales, salvo que ejerciten su opción en tal sentido antes del 30 de junio de 2015, lo que producirá efectos a partir del 1 de julio del mismo año, o que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como

⁹⁵² Barr, N. y Diamond, P. La reforma necesaria. El futuro de las pensiones. El Hombre del Tres. Madrid.2012. Págs. 166 y ss.

consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 47 años de edad, en cuyo caso no existirá dicha limitación.

Tercera. En función de edad superior a 48 años. La base de cotización de los trabajadores autónomos que, a 1 de enero de 2016, tengan cumplida la edad de 48 o más años estará comprendida entre las cuantías de 963,30 y 1.964,70 euros mensuales, salvo que se trate del cónyuge superviviente del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de este, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con 45 o más años de edad, en cuyo caso la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 884,40 y 1.945,80 euros mensuales. No obstante, la base de cotización de los trabajadores autónomos que con anterioridad a los 50 años hubieran cotizado en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social cinco o más años, tendrán las siguientes cuantías:

- a) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido igual o inferior a 1.945,80 euros mensuales, se habrá de cotizar por una base comprendida entre 893,10 euros mensuales y 1.964,70 euros mensuales.
- b) Si la última base de cotización acreditada hubiera sido superior a 1.945,80 euros mensuales, se habrá de cotizar por una base comprendida entre 893,10 euros mensuales y el importe de aquélla incrementado en un 1 por 100, pudiendo optar, en caso de no alcanzarse, por una base de hasta 1.964,70 euros mensuales. Lo previsto en el anterior párrafo b) será asimismo de aplicación con respecto a los trabajadores autónomos que con 48 o 49 años de edad hubieran ejercitado la opción prevista en el párrafo segundo del apartado Cuatro.2 del artículo 132 de la Ley 39/2010.

Cuarta. Los trabajadores cuyo alta en este Régimen Especial se haya practicado de oficio, como consecuencia, a su vez, de una baja de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social o en otro régimen de trabajadores por cuenta ajena, podrán optar, cualquiera que sea su edad en el momento de causar alta, entre mantener la base de cotización por la que venían cotizando en el régimen en que causaron baja o elegir una base de cotización aplicando las reglas generales previstas, a tales efectos, en este Régimen Especial.

Quinta. Los trabajadores autónomos dedicados a la venta ambulante o a domicilio (CNAE 4781 Comercio al por menor de productos alimenticios, bebidas y tabaco en puestos de venta y mercadillos; 4782 Comercio al por menor de productos textiles, prendas de vestir y calzado en puestos de venta y mercadillos; 4789 Comercio al por menor de otros productos en puestos de venta y mercadillos y 4799 Otro comercio al por menor no realizado ni en establecimientos, ni en puestos de venta ni en mercadillos) podrán elegir como base mínima de cotización durante el año 2016, una base de 893,10 euros mensuales, o una base de 764,40 euros mensuales.

Los trabajadores autónomos dedicados a la venta a domicilio (CNAE 4799) podrán también elegir como base mínima de cotización durante el año 2016 una base de 893,10 euros mensuales, o una base de 491,10 euros mensuales. Esta norma será igualmente de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado dedicados a la venta ambulante, que perciban ingresos directamente de los compradores. En tales casos, en el supuesto en que se acredite que la venta ambulante se lleva a cabo en mercados tradicionales o «mercadillos», con horario de venta inferior a ocho horas al día, se podrá elegir entre cotizar por una base de 893,10 euros mensuales, o una base de 491,10 euros mensuales.

La elección de bases de cotización prevista en el párrafo precedente también será de aplicación a las personas que se dediquen de forma individual a la venta ambulante en mercados tradicionales o «mercadillos» con horario de venta inferior de ocho horas al día, siempre que no dispongan de establecimiento fijo propio, ni produzcan los artículos o productos que vendan.

En cualquier caso, se deberá cotizar obligatoriamente por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aplicando, sobre la base de cotización elegida, la tarifa de primas establecida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, en la redacción dada por la disposición final décima novena de la Ley 22/2013, sobre la misma base de cotización elegida por los interesados.

Sexta. Según la disposición transitoria primera de la Orden ESS/70/2016, los trabajadores comprendidos en este régimen especial que, a la fecha de surtir efectos las nuevas bases de cotización, hubieran optado por las bases máximas permitidas hasta ese

momento, podrán elegir hasta el último día del mes siguiente a su publicación en el B.O.E, cualquier base de cotización de las comprendidas entre aquélla por la que vinieran cotizando y el límite máximo que les sea de aplicación, pudiendo ingresar, sin recargo, hasta el día 31 de marzo, surtiendo efectos la nueva base elegida desde el 1 de enero de 2016.

Séptima. Los trabajadores por cuenta propia o autónomos podrán cambiar dos veces al año la base de cotización, eligiendo otra, dentro de las establecidas en la norma, siempre que lo soliciten en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, Administración de la misma o a través del Servicio de Internet, antes del día 1 de mayo, con efectos del 1 de julio siguiente, y antes del 1 de noviembre, con efectos del 1 de enero del año siguiente. Esta solicitud podrá ser realizada a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social⁹⁵³.

En el supuesto de estar cotizando por cualquiera de las bases máximas del RETA, podrán solicitar que su base se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se incrementen las bases máximas, con el tope del límite máximo. Asimismo, aun no cotizando por las bases máximas podrán solicitar que se incremente su base automáticamente en el mismo porcentaje en que se incrementen las bases máximas, con el límite del tope máximo aplicable al trabajador.

Las solicitudes anteriores al 1 de noviembre de cada año tendrán efectos desde el 1 de enero del año siguiente a la fecha de la solicitud, y la renuncia a estas opciones podrá realizarse en el mismo plazo y tendrá efectos a partir del 31 de diciembre del año en que se presente la solicitud.

Octava. Según los números 12 y 13 del artículo 15 de la Orden ESS/70/2016, respecto a los trabajadores autónomos que en algún momento del año 2015 y de manera simultánea hayan tenido contratado a su servicio un número de trabajadores por cuenta ajena igual o superior a 10, la base mínima de cotización tendrá una cuantía igual a la prevista como base mínima para los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1 del Régimen General que, para el año 2016, está fijada en 1.067,40 euros mensuales.

⁹⁵³ www.seg-social.es

Los trabajadores autónomos incluidos en este régimen especial al amparo de lo establecido en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y del artículo 21.3 de la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales, a excepción de aquellos que causen alta inicial en el mismo, durante los 12 primeros meses de su actividad a contar desde la fecha de efectos de dicha alta, tendrán una base mínima de cotización de cuantía igual a la prevista como base mínima para los trabajadores encuadrados en el grupo de cotización 1 del Régimen General, fijada para el año 2015 en 1.056,90 euros mensuales.

Existe pues una red de reglas en función de varios elementos, destacadamente la edad a partir de los 47 años que condicionan la elección de la base de cotización del autónomo y llevan a considerar que el legislador está pensando en limitar el incremento de las bases de cotización para, a su vez, reducir la futura cuantía de las prestaciones de jubilación y/o incapacidad. De todos modos, como hemos analizado, el cálculo de la base reguladora de la prestación económica de I.T. se realizará considerando la base por la que se hubiera cotizado el mes anterior a la producción de la contingencia protegida, por lo que también intervienen los indicados factores en la elección de la base de cotización, que condiciona pues la base reguladora de la prestación.

2.4. El TRADE y la protección de la contingencia de incapacidad temporal

El reconocimiento legal de la existencia del trabajo autónomo subordinado⁹⁵⁴ es

⁹⁵⁴ Palomeque López, M.C., "Trabajo subordinado y trabajo autónomo en el ordenamiento laboral español" *Gaceta Laboral* nº 10. 1994. Sobre la figura del trabajador autónomo económicamente independiente, Ver Supiot, A. (Coordinador) *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Informe para la Comisión Europea. Traducción española. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999. Goerlich Peset, J.M; Pedrajas Moreno, A; Sala Franco, T. *Trabajo autónomo. Nueva regulación*. op.cit.pág 97. Montoya Melgar, A y Martín Jiménez, R. *Estatuto del Trabajador Autónomo: comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio*. Thomson Reuters. Civitas. Navarra. 2007. Suárez Corujo, B. "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajador Autónomo". *Temas Laborales* nº 94/2008, págs. 241 y ss. Del Rey Guanter, S (Director); Conde Viñuelas, F y Gala Durán, C (coordinadores). *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*. Lex Nova. Valladolid. 2007. Martín Valverde, A. "La Ley y el Reglamento del Estatuto del Trabajador Autónomo: puntos críticos". *Actualidad Laboral* 11/2009. págs 6 y ss. Montoya Melgar, A. *El contrato del TRADE. La ley y el Reglamento*. Cuadernos Civitas.Thomson Reuters.Madrid 2009.Alvarez Cuesta, H. "El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente: análisis de los últimos pronunciamientos judiciales". *Actualidad Laboral* 10/2014. págs. 1122 y ss.

introducida en nuestro ordenamiento jurídico con la promulgación del Estatuto del Trabajador Autónomo, aprobado por la Ley 20/2007. Respecto a ella se ha dicho que otorgó rango legal por primera vez al R.E.T.A⁹⁵⁵. Fue desarrollada reglamentariamente por el R.D. 197/2009. Estas normas regulan la figura jurídica indicada designada en España trabajador autónomo dependiente (TRADE), dedicándole el capítulo III del título II, artículos 11 a 18. Define el primero de ellos a estos TRADE como aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales, siempre que además, reúnan simultáneamente las condiciones que señalan las letras a) a e) del número 2 de ese artículo.

Estas circunstancias son, a saber, las siguientes: no han de tener trabajadores por cuenta ajena a su cargo ni contratar o subcontratar toda o parte de su actividad con terceros, y ello tanto respecto de la actividad conectada con el cliente del que económicamente depende como de las actividades que pudiera contratar con otros; no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presenten servicios bajo cualquier modalidad contractual laboral para el cliente; disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el desarrollo de su actividad e independientes de los del cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente; desarrollar esa actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que reciba del cliente y finalmente recibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad de acuerdo a lo pactado con el cliente, asumiendo el riesgo y ventura de la misma.

No obstante, el cumplimiento de las condiciones expresadas, el número 3 del artículo 11 excluye explícitamente de la calificación de TRADE a los titulares de establecimientos o locales comerciales, industriales o profesionales y de despachos u oficinas abiertas al público que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica en derecho admitida.

⁹⁵⁵ Castro Argüelles, M^a A." Puntualizaciones sobre Seguridad Social de los autónomos económicamente dependientes" Actualidad laboral 8/2009. págs. 894 y ss.

Por lo que se refiere a la protección social, al autónomo económicamente dependiente le es de aplicación la regulación general de los trabajadores autónomos ordinarios, por remisión al R.E.T.A. del artículo 26 del Estatuto del Trabajador Autónomo. Comprenderá la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes, sean o no de trabajo; las prestaciones económicas en las situaciones de I.T; riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia; incapacidad permanente; jubilación; muerte y supervivencia y familiares por hijo a cargo, añadiendo el número 2 de ese artículo que las prestaciones de servicios sociales serán las “establecidas legalmente”, comprendiendo en todo caso las correspondientes a reeducación, rehabilitación de personas con discapacidad; asistencia a la tercera edad y recuperación profesional.

Como característica particular de la protección social de los TRADE es preciso indicar que el número 3 del precitado artículo 26 del Estatuto del Trabajador Autónomo determina la obligatoria cobertura para ellos, de la contingencia de I.T así como de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, a diferencia del carácter voluntario que, como hemos indicado, dichas contingencias tienen para los autónomos ordinarios. Por ello el reconocimiento, extensión y cuantía de las prestaciones se producirá en los mismos términos que para el trabajador autónomo normal contiene el R.E.T.A, en base a la convergencia en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social como prescribe el número 5 del mismo artículo 26, tal y como hemos indicado.

De otra parte, la obligatoria inclusión de las contingencias profesionales en la protección de autónomo económicamente dependiente conlleva la elaboración de una definición a efectos del “trade”, no de las enfermedades profesionales que viene dada por el legalmente necesario encuadre en los listados reglamentarios del R.D 1299/2006, sino de los accidentes de trabajo en su enlace con el concepto legal expresado por el artículo 156 T.R.L.G.S.S/2015, especialmente con el juego de la presunción de producción del mismo del número 3 de este artículo y la consideración de los accidentes in itinere--artículo 156.2 a) de la misma norma-- En su virtud, el párrafo segundo del también número 3 del artículo 26 del Estatuto del Trabajador Autónomo entiende que a los efectos de la cobertura por contingencia profesional, se entenderá accidente de

trabajo del “trade” toda lesión corporal que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, incluyendo también el que se origine al ir o al volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Se amplía de esta manera el concepto de accidente de trabajo respecto al definido para el trabajador /autónomo ordinario, de una parte al extenderlo al accidente *in itinere*, y de otra al considerar como tal a la lesión que tenga su causa o sea consecuencia de su actividad profesional, sin perjuicio de la necesidad de acreditación a estos efectos del nexo causal existente entre la misma y el daño producido; supuestos de todas maneras, no previstos en la cobertura de la protección por contingencias profesionales para el autónomo ordinario.

Por fin, además, la frase continuadora del punto y seguido de ese segundo párrafo del artículo 26 del Estatuto del Trabajador Autónomo, establece una presunción, si bien admitiendo la prueba en contrario, de la ausencia del carácter laboral del accidente producido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate; esto es, se presume que no es accidente laboral el sufrido por el “trade” fuera del desarrollo de su actividad habitual, debiendo en su caso el trabajador acreditar que la lesión producida está causada o es consecuencia de su actividad profesional, recogiendo por consiguiente, *sensu contrario* y con carácter limitativo, el juego de presunciones y extensiones del concepto de accidente de trabajo del artículo 156 T.R.L.G.S.S/2015.

2.5. El sistema especial de trabajadores agrarios por cuenta propia

Por lo que se refiere al Régimen Especial Agrario⁹⁵⁶, a partir del 1 de enero de 2008⁹⁵⁷,

⁹⁵⁶ La calificación de trabajador por cuenta propia en el mismo venía establecida en el Decreto 2123/1971 y en el Decreto 3772/1972, de forma que se entendía por tales a aquellas personas (trabajadores) que en forma habitual, personal, directa y como medio habitual de vida, realicen labores agrarias, forestales, pecuarias o propiamente agrícolas, siendo titulares de pequeñas explotaciones, definiendo por tales, a tenor de la O.M. de 5 de febrero de 1983, las que tuvieran un líquido imponible por Contribución Territorial Rústica y Pecuaria que no excediera de 50.000 ptas., que, a tenor de la Circular 3-007, de 7 de marzo de 1997, de la Tesorería General de la Seguridad Social --y en virtud de la extinción de esa figura impositiva llevada a cabo por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre--, se actualizó el valor catastral y se fijó en 27.157,72 Euros. Con respecto a cónyuge y parientes del titular de la explotación familiar hasta el tercer grado, se requería que se dedicasen predominantemente a la actividad en forma personal y directa, de forma que se presumía que la actividad agraria constituye su medio fundamental de vida siempre que de la misma obtenga ingresos para cubrir sus propias necesidades o en su caso las de la unidad

en virtud de lo determinado por el artículo 2.1 de la Ley 18/2007, los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario quedan incorporados al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en el que se crea el “Sistema Especial Agrario” a efectos prestacionales y de cotización. Posteriormente la Ley 28/2011 procedió a la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad social. De este modo, se reservó la afiliación al Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios dentro del R.E.T.A, de acuerdo con la regulación actual contenida en los artículos 323 a 326 T.R.L.G.S.S/2015, que comprende a los trabajadores agrarios por cuenta propia que cumplan los siguientes requisitos:

--Que sean titulares de una explotación agraria de la que obtengan al menos el 50 por ciento de su renta total, incluyendo otras actividades complementarias de aquélla en su caso, y siempre que la parte de la renta obtenida directamente de su explotación no sea inferior al 25 por ciento de su renta total y el tiempo de trabajo en éstas sea superior al menos a la mitad de su tiempo de trabajo total.

--Que los rendimientos netos anuales obtenidos en la explotación por cada titular no superen la cuantía equivalente al 75 por ciento del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización establecida en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social⁹⁵⁸.

--Que realicen personal y directamente las labores agrarias en la explotación cuando ocupen no más de dos trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo, o caso de tratarse de trabajadores por contrato de duración determinada, que el número de jornales satisfechos a los eventuales agrarios no supere los 546 en un año, computado de fecha a

familiar, aun cuando ocasional o permanentemente realice otros trabajos que pudieran dar lugar o no a su inclusión en otro Régimen de la Seguridad Social. Sólo cuando la dedicación a las labores agrarias fuera ocasional o no constituyeran su medio fundamental de vida quedarían excluidos del Régimen Agrario.

⁹⁵⁷ Los trabajadores incorporados a la actividad agraria a partir del 1 de enero de 2008, incluidos en el Sistema Especial, que tuvieran 40 o menos años de edad en el momento de la incorporación y sean cónyuge o descendientes del titular de la explotación agraria, se aplicarán, sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria, una **reducción** equivalente al 30 por 100 de la cuota resultante de aplicar a la base mínima el tipo del 18,75 por 100, durante 5 años.

⁹⁵⁸ Para 2016 la base máxima mensual de cotización es de 3.642€ a tenor de lo prevenido en el artículo 115 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, desarrollada por la Orden ESS 70/2016, de 29 de enero (B.O.E. de 30 de enero), por lo que estaríamos hablando de una renta máxima de 32.7784€ de rentas totales a obtener en la explotación agraria por cuenta propia para poder mantener la afiliación al Régimen Especial Agrario.

fecha.

La falta de concurrencia de alguno de estos requisitos implicará el necesario encuadramiento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ordinario, esto es, fuera del Sistema especial, aplicándose esta regla tanto al titular de la explotación como a cónyuge y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, mayores de 18 años y que realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la correspondiente explotación familiar⁹⁵⁹, si bien se reconocen expresamente condiciones particulares relativas a cotización y cobertura de contingencias⁹⁶⁰.

Concretándonos a la prestación económica de I.T., no fue sino hasta la aprobación del Real Decreto-ley 9/1982 cuando se incluyó como mejora voluntaria tanto para contingencias comunes como profesionales⁹⁶¹ dentro del antiguo Régimen Especial Agrario. Actualmente, en relación con los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios en virtud de las reglas ya citadas, contenidas por el artículo 324 T.R.L.G.S.S/2015, la I.T. se regula en el artículo 326 del mismo texto legal que, al disponer el carácter voluntario de su cobertura, con fundamento en la Disposición adicional tercera número 3 de la Ley 20/2007, Estatuto del Trabajador Autónomo⁹⁶². La opción de cubrir la protección de la contingencia de I.T., a la fecha se realiza y tiene el mismo alcance que el establecido en los artículos 47 del R.D. 84/1996 y 75 del R.D. 1993/1995, es decir, la adhesión tiene una vigencia de un año, prorrogándose por períodos anuales, salvo denuncia expresa realizada con

⁹⁵⁹ Hacen referencia directa a las prácticas fraudulentas de acceso irregular al Régimen Especial Agrario, fundamentalmente en Galicia, Extremadura y Andalucía Sala Franco y Salas Baena. La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la Seguridad Social. Laboral Práctico. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007. página 97 y concordantes.

⁹⁶⁰ Artículos 325 y 326 T.R.L.G.S.S/2015 y el vigente desarrollo en el artículo 15 de la Orden TAS 76/2008, de 22 de enero, en función de las coberturas que hubieran venido manteniendo en el Régimen Especial Agrario como trabajadores por cuenta propia.

⁹⁶¹ Con los mismos requisitos y condiciones que los trabajadores por cuenta propia establecidas por R.D.1774/1978 y O.M. de 28 de julio de 1978; esto es, nacia en caso de enfermedad o accidente, a partir del decimoquinto día a partir de la baja en el trabajo ocasionada por dichas contingencias,

⁹⁶² En el desarrollo realizado por R.D. 1976/1982, parcialmente modificado, a su vez por el R.D. 2110/1994, se determinó que la opción por esa contingencia tendría un período mínimo de vigencia de tres años, con prórroga automática por períodos de igual duración salvo renuncia por escrito del interesado formulada antes del 1 de octubre para producir sus efectos desde el día 1 de enero del año siguiente.

anterioridad al 1 de octubre del año anterior al que haya de producir con el objeto de renunciar a la cobertura o acceder a ella a través de distinta Mutua colaboradora con la Seguridad Social⁹⁶³. El subsidio económico se percibe en las mismas condiciones que para los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por lo que remitimos su examen el siguiente apartado no sin apuntar simplemente que el cobro de la prestación económica se dará en vía de principio en los términos del Régimen General de la Seguridad Social, esto es, aplicando los mismos porcentajes sobre la base reguladora de la prestación económica que aquéllos tanto para la I.T. derivada de contingencias comunes como si deriva de riesgos profesionales.

Por lo que se refiere al Sistema Especial Agrario para trabajadores por cuenta propia agrarios, se establecen a partir de 1 de enero de 2011 unas normas específicas relativas a bases y tipos de cotización que por consiguiente tendrán su repercusión en el cálculo del subsidio de I.T. Para el año 2016⁹⁶⁴ son las siguientes: por lo que se refiere a la base de contingencias comunes, cuando el trabajador haya optado por elegir como base de cotización una base comprendida entre 893,10 euros mensuales y 1.071,60 euros mensuales, el tipo de cotización aplicable será el 18,75 por 100. Si el trabajador cotizara por una base de cotización superior a 1.071,60 euros mensuales, a la cuantía que exceda de esta última le será de aplicación el tipo de cotización del 26,50 por 100. Como decíamos, la cobertura de la I.T. es voluntaria, y el tipo de cotización que se establece para contingencias comunes es diferente según el interesado se haya acogido a la protección por contingencias profesionales o por cese de actividad. Así, en el primer caso (opción por la protección de carácter profesional), el tipo de cotización será el 2,80 por ciento, a aplicar a la cuantía completa de la base de cotización de aquél; en el segundo (sin acogerse a la cobertura de contingencias profesionales), el tipo será del 3,30 por ciento.

Para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se aplicarán las reglas generales del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos; esto es, resulta de aplicación la Tarifa de Primas establecida en la disposición adicional cuarta

⁹⁶³ Martín Valverde, A y García Murcia, J (dirección y coordinación). Tratado Práctico de Seguridad Social. Vol. II. Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra. 2013. pág 94 y ss.

⁹⁶⁴ Artículo 115 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, desarrollada por el artículo 16 de la O.ESS/70/2015, de 29 de enero

de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, en la redacción dada por la disposición final décima novena de la Ley 22/2013, sobre la misma base de cotización elegida por los interesados para contingencias comunes⁹⁶⁵.

3. Particularidades de la incapacidad temporal en el ámbito de los funcionarios públicos⁹⁶⁶

3.1. Los regímenes de funcionarios públicos: tipología y ámbito funcional

El funcionario público es la persona física que presta servicios para la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles y modalidades (estatal, autonómica o local, central o periférica, etc.), mediante el pertinente nombramiento, percibiendo un salario y estando sujeto al régimen jurídico propio de la función pública⁹⁶⁷. Se rigen por la legislación básica aprobada por el Estado, actualmente constituida por el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, la Ley de Funcionarios civiles del Estado, texto refundido aprobado por el Decreto 315/1964, la Ley 30/1984 y por las normas que las Comunidades autónomas aprueben para sus funcionarios, con respeto a esa normativa básica estatal. Existen, además, normas especiales destinadas a numerosos Cuerpos específicos de funcionarios.

La protección social de los funcionarios históricamente se desarrollaba a través de mecanismos mutualistas. Es la Ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social la que

⁹⁶⁵ Resultará aplicable, igualmente en este Sistema Especial, la cotización adicional del 0,10 por ciento, prevista para financiar las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, cuando no se hubiera optado por la cobertura de las contingencias profesionales. En el supuesto de no haber optado por la cobertura de la totalidad de las contingencias profesionales, se abonarán en concepto de invalidez, muerte y supervivencia, una cuota resultante de aplicar a la base de cotización elegida el tipo del 1 por ciento.

⁹⁶⁶ Sobre la protección social de los funcionarios en general, ver Alonso Olea, M y Serrano Guirado, E. La Seguridad Social de los funcionarios públicos. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1957. Corvo, V. La Seguridad Social de los funcionarios de las Administraciones Públicas. La Casa del Abogado. Madrid. 1994. Gonzalo González, B y Nuño Rubio, J.L. Seguridad Social de los funcionarios públicos en España. Marcial Pons. Madrid. 1997. Dolz Lago, M.J. El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004. Rodríguez Cardo, I. La Seguridad Social de los Empleados, Cargos y Servidores Públicos. Thomson Aranzadi. Navarra. 2008.

⁹⁶⁷ Martín Valverde, A. y García Murcia, J (Dirección y coordinación). Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social. Vol. II. óp. cit., pág.206

integró a los funcionarios públicos en el sistema de seguridad social, dando lugar al Régimen Especial de funcionarios públicos civiles y militares recogido en el artículo 10.2 c) de la L.G.S.S.S/1966, en función de las peculiaridades de su actividad. Sin embargo, esa incorporación formal al sistema se lleva a cabo a través de una protección mutualista mantenida hasta la fecha, en función de las distintas Administraciones públicas en las que los funcionarios presten sus servicios, pero con una cada vez más manifestada tendencia a la asimilación con las contingencias protegidas del Régimen General de la Seguridad Social.

El artículo 10 o) de la Ley 7/2007, al regular los derechos individuales de los funcionarios públicos, recoge su derecho a “...las prestaciones de Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación...”, con lo que, al tiempo que reconoce el derecho de aquéllos a la protección social, asume la particularidad de la concreción del ejercicio de ese derecho, asumiendo la naturaleza básica mutua de la manifestación regular de la protección de este colectivo. De este modo, aunque los artículos 7.1 e) y 10.2 c) T.R.L.G.S.S/2015, siguiendo la línea iniciada por la L.G.S.S/1966 y mantenida por los Textos Refundidos de 1974 y 1995 establecen un Régimen Especial de la Seguridad Social de los funcionarios públicos, civiles y militares, en contraste con el referente del sistema constituido por el Régimen General, no existe un único sino tres regímenes especiales. Es decir, la Seguridad Social de los funcionarios públicos comprende, a su vez, tres Regímenes: el de los funcionarios civiles del Estado; el de las Fuerzas Armadas y el del personal adscrito al servicio de la Administración de Justicia, gestionados por la Mutualidad de Funcionarios civiles del Estado--MUFACE--; el Instituto Social de las Fuerzas Armadas--ISFAS-- y la Mutualidad General Judicial--MUGEJU-- respectivamente.

El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios civiles del Estado contaba con una regulación de referencia constituida por la Ley 29/1975, aunque adolecía de una verdadera dispersión normativa, de forma que la sistematización de su normativa se produce con la aprobación del Real Decreto legislativo 4/2000, que aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado. Su desarrollo reglamentario lo constituyó el R.D. 375/2003, con una modificación posterior por medio del R.D. 2/2010, relativa precisamente a la I.T. así como a las situaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.

El Régimen Especial de las Fuerzas Armadas está gestionado, como hemos indicado, por el ISFAS, y está regulado por el Real Decreto Legislativo 1/2000 y Real Decreto 1726/2007. En el mismo es preciso distinguir a su vez el personal militar y la Guardia Civil⁹⁶⁸ del personal civil funcionario que preste sus servicios en establecimientos militares o de la Guardia Civil.

La gestión del Régimen de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, en fin, corresponde a la Mutualidad General Judicial—MUGEJU—. Su regulación viene contenida en el Real Decreto Legislativo 3/2000; en la Ley Orgánica del Poder Judicial y su Reglamento 1/1995, de 7 de junio⁹⁶⁹.

Con todo, hemos de señalar que la reducción de tal diversidad o por mejor decir, la tendencia a la unidad predicada por las normas del sistema de Seguridad Social desde la Ley de Bases y la L.G.S.S/1966, tiene su desarrollo en lo referente a los funcionarios públicos con la aprobación del Real Decreto-ley 13/2010, en cuyo artículo 20 se determina que a partir del 1 de enero de 2011 y con carácter indefinido, se adscribirán de inicio al Régimen General de la Seguridad Social todos los funcionarios públicos de nueva incorporación a partir de esa fecha⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Con respecto a los primeros no existía propiamente situación de I.T.⁹⁶⁸ porque mantenían el derecho al percibo de su retribución íntegra mientras padecan una incapacidad temporal para la prestación de sus servicios, mientras que el personal civil funcionario que preste sus servicios en establecimientos militares o de la Guardia Civil, al igual que los pertenecientes al Régimen de Funcionarios civiles, mantenían su retribución íntegra durante los tres primeros meses y a partir del cuarto recibían la prestación de I.T. en las condiciones antes expresadas, extendiéndose la duración máxima hasta los 21 meses.

⁹⁶⁹ En referencia al contenido básico expresado de la protección de la MUGEJU las únicas diferencias consistían en que la prestación económica de I.T. propiamente dicha comienza en este Régimen a partir del séptimo mes de baja, de forma que perciben los mutualistas de la Mutualidad General Judicial sus retribuciones durante los 6 primeros meses de licencia por enfermedad, extendiéndose su duración hasta los 20 meses. Y que el reconocimiento del subsidio no está condicionado por período de carencia alguno.

⁹⁷⁰ Sin perjuicio de mantener especificidades propias de los mismos relativas, entre otras cuestiones, a la edad de jubilación forzosa, declaraciones de incapacidad o las normas referidas a pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. De este modo, pues, la normativa del Régimen General en materia de pensiones será de aplicación a los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011, lo que puede suponer un primer paso en la trayectoria hacia la integración de los Regímenes de Funcionarios Públicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

3.2. Las particularidades en la protección de la contingencia de I.T.

Las peculiaridades de los Regímenes Especiales de funcionarios públicos se extienden al tratamiento de la cobertura de la situación de I.T. como contingencia protegida por lo que se estudia de forma somera y como contraste, tal y como expresamos en el título de este capítulo, el tratamiento prestacional de las diversas normas reguladoras de los funcionarios públicos en atención a la I.T.⁹⁷¹.

Para el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios civiles del Estado, las situaciones de I.T. se definen en los 18.1 y 46 b) de su norma reguladora, en paralelo con el Régimen General. Puede ser causada tal contingencia por enfermedad común y profesional, accidente sea o no en acto de servicio⁹⁷² y los períodos de observación en caso de enfermedad profesional. La duración de la I.T. será la misma que en el Régimen General de la Seguridad Social, por remisión al artículo 169 T.R.L.G.S.S/2015 del artículo 92.1 del R.D. 375/2003⁹⁷³.

⁹⁷¹ Señala Lacalle, D. Acabemos con el paro...op.cit .pág. 53: "...En España se da un caso de privilegio del sector público sobre el privado sorprendente. Las bajas laborales en la Administración también son un 50 por ciento más altas que las del sector privado, y la remuneración, según el Banco de España, es un 36 por ciento mayor...". Consultar <http://goo.gl/sudmkN>. Boletín Económico del Baco de España de febrero de 2015. Artículo elaborado por Laura Hospido y Enrique Moral-Benito, de la Dirección General del Servicio de Estudios.

⁹⁷² El artículo 59.3 del R.D. 375/2003 define esta clase de accidente como aquel que se produzca con ocasión o como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio a la Administración.

⁹⁷³ Antes de la aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012, las percepciones económicas, durante los tres primeros meses del período de baja, comprendían la totalidad de las retribuciones básicas y complementarias del funcionario en la misma cuantía que le corresponderían si estuviera prestando sus servicios,⁹⁷³ teniendo en cuenta que estas retribuciones son satisfechas con cargo a los mismos conceptos presupuestarios y no forman parte de la protección mutualista sino que constituyen un derecho retributivo del funcionario cargo del órgano al que se haya adscrito en virtud de lo preceptuado por el artículo 21.a) del Texto Refundido y 94.1 a) y 94.2 de su desarrollo reglamentario. A partir del cuarto mes de baja, el funcionario conservaba las retribuciones básicas y dejaba de percibir las retribuciones complementarias y comenzará a percibir un subsidio de I.T. cuya cuantía íntegra considerada en cómputo mensual, unida a las anteriores retribuciones básicas, no podía exceder de las percepciones totales íntegras devengadas e imputadas al tercer mes de licencia, según establecen los artículos 21.3 y 96.3 del Texto Refundido y reglamento respectivamente. De esta forma, la cuantía del subsidio, fija e invariable durante la I.T. y de acuerdo con lo prevenido en los artículos 21.1.b) del Real Decreto legislativo 4/2000 y 96.1 del Real Decreto 375/2003, era la mayor de estas dos cantidades:

Por lo que se refiere al período de carencia, los funcionarios han de tener acreditado un período mínimo de cotización de 6 meses, acreditación no necesaria cuando la I.T. se derive de contingencias profesionales. Rige el principio de automaticidad, de forma que el funcionario puede causar prestaciones en los supuestos de falta de afiliación o alta imputable a la Administración, aun cuando se trate de contingencias comunes, a diferencia del Régimen General de la Seguridad Social⁹⁷⁴.

Finalmente, en paralelo con el Régimen General, la I.T. tendrá una duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días si se presume que durante ellos pueda producirse el alta médica por curación; es decir, 545 días. Igualmente cabe una prórroga extraordinaria hasta un máximo de 730 días (180 días más) cuando el funcionario continuase necesitando tratamiento médico, pero existan expectativas de recuperación o mejoría de su estado y por tanto de reincorporación. A este respecto hay que destacar que la duración máxima del período temporal de cobro de percepciones en situación de I.T. es diferente en tanto en cuanto para los funcionarios civiles la prestación comienza a percibirse a partir del cuarto mes, por lo que a estos efectos la duración máxima es de 27 meses (24 meses a los que hay que sumar los tres primeros de percibo de retribuciones, no de subsidio). En el supuesto de período de observación por enfermedad profesional, también en paralelo con el Régimen General, la duración será de 6 meses prorrogables por otros seis meses más.

En el Régimen Especial de las Fuerzas Armadas la contingencia de I.T. está regulado en los artículos 67 a 75 del R.D. 1726/2007, entendiéndose por situaciones determinantes de la misma las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente común o en acto de servicio, o como consecuencia de él, así como los períodos de observación por enfermedad profesional, cuando se prescriba la baja en el servicio durante los mismos. La protección de la I.T. a través de este Régimen Especial tiene unas características similares al de los funcionarios civiles del Estado en lo relativo a prestación económica

--El 80 por ciento de las retribuciones básicas incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia por enfermedad.

--El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de la licencia por enfermedad.

⁹⁷⁴ Rodríguez Cardo, I. La Seguridad Social de los Empleados, Cargos y Servidores Públicos. Thomson Aranzadi. Navarra. 2008. Pág.119.

(artículo 71), que consistirá en un subsidio económico cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la situación de I.T, sería la mayor de: a) El 80 por 100 de las retribuciones básicas correspondientes al primer mes de licencia, incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, considerándose a estos efectos retribuciones básicas tanto el sueldos como los trienios y en su caso, el grado, b) El 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia; nacimiento del derecho (artículo 72), pues se abona una vez transcurridos tres meses desde el inicio de la I.T.⁹⁷⁵; así como a duración y extinción de la protección, por remisión expresa del artículo 73.2 del R.D. 1726/2007 a las normas del Régimen General de la Seguridad Social⁹⁷⁶

En el Régimen de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, la regulación de la I.T. se encuentra en el Real Decreto Legislativo 3/2000, artículos 18 a 20, si bien el artículo 18 habla de “incapacidad laboral” por referirse a las dos modalidades que contempla, la temporal propiamente dicha, y la permanente. A este respecto, las diferencias se encontraban en que la prestación económica de I.T. propiamente dicha comienza en este Régimen a partir del séptimo mes de baja (artículo 20), de forma que perciben los mutualistas de la Mutualidad General Judicial sus retribuciones durante los 6 primeros meses de licencia por enfermedad, extendiéndose su duración hasta los 20 meses, y que el reconocimiento del subsidio no está condicionado por período de carencia alguno puesto que la extinción y duración de la protección la remite expresamente el artículo 19.4 a la regulación del Régimen General de la Seguridad Social.

3.3. Las particulares medidas de control de la incapacidad temporal

Con referencia al control de la situación de I.T. , aunque en este caso limitada al

⁹⁷⁵ De acuerdo con el número 2 del artículo 72 del R.D. 1726/2007, durante los primeros tres meses los funcionarios civiles afectados percibirán los derechos económicos que les reconoce el artículo 69 de la Ley de Funcionarios civiles del Estado.

⁹⁷⁶ El derecho a la prestación se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate conforme a las normas del Régimen General, por ser dado de alta médica el funcionario con o sin declaración de incapacidad permanente, por haberse reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación, por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos médicos precisos para la evaluación de la situación, o por fallecimiento.

Régimen Especial de los Funcionarios civiles del Estado gestionado por la MUFACE, como hemos indicado, la aproximación del Régimen General de la Seguridad Social ha venido dada por el dictado de la Orden PRE/1744/2010 que regula el procedimiento para el reconocimiento, seguimiento y control de las situaciones de I.T. de los funcionarios correspondientes, aprobando no sólo los modelos de partes a emitir como justificación documental de las bajas, sino también el *iter* regulador de la expedición de los mismos por los facultativos correspondientes, antes del cuatro día siguiente a la producción de la contingencia; la de los partes quincenales de confirmación de la baja; de informes adicionales de ratificación a efectos de prórroga al agotarse el décimo mes de su inicio o en su caso, de extinción de la I.T. por posible declaración de Incapacidad Permanente; del parte de alta por curación; la presentación de los mismos ante los órganos de personal, y en fin el seguimiento de la situación de I.T. (artículo 10). Con respecto a este último aspecto, el precitado Acuerdo de encomienda de gestión entre la MUFACE y el I.N.S.S lleva a los EE.VV.II el conocimiento de los reconocimientos médicos de seguimiento y control de las situaciones de I.T. de los funcionarios civiles del Estado, en las mismas condiciones que los realizados a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social, en base a los cuales MUFACE adopta las decisiones pertinentes relativas a la prórroga de la I.T., su extinción por inicio de proceso de incapacidad permanente o por alta por curación.

Inmediatamente antes de la aprobación del precitado Real Decreto-ley 13/2010, específicamente en materia de control de I.T. de los funcionarios civiles del Estado se dictó la Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio, por la que se regula el procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de incapacidad temporal (así como las de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) en su Régimen Especial de la Seguridad Social, desarrollando lo prevenido en los artículos 88 a 101 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, a tenor de lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2000.

Esta Orden establece un procedimiento de seguimiento de la I.T. paralelo al desarrollado en el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los EE.VV.II por el R.D. 1300/1995 y que, de hecho, da lugar a la firma de un Acuerdo de encomienda de

gestión entre la MUFACE y el I.N.S.S, aprobado por Resolución de 3 de febrero de 2010 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia del Gobierno,⁹⁷⁷ para que éste, por medio de los Equipos de Valoración de Incapacidades, realice en todo el territorio nacional de los reconocimientos médicos a los funcionarios incluidos dentro del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, que estén en la situación de incapacidad temporal (o que hayan solicitado la respectiva licencia maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural).

3.4. Las restricciones provocadas por las limitaciones presupuestarias

Los efectos de la crisis económica vivida desde los últimos años de la década anterior, y las consiguientes restricciones presupuestarias, se dejaron notar también en la contingencia de I.T. La principal incidencia se produjo con el Real Decreto-ley 20/2012, en cuyo artículo 9 se precisan las decisiones adoptadas relativas a la prestación económica de I.T del personal al servicio de las Administraciones Públicas, organismos y entidades dependientes y órganos constitucionales que, introduciendo un paralelismo con el nivel prestacional reconocido por el Régimen General de la Seguridad Social, reduce la protección que hasta este momento gozaban los trabajadores públicos durante los primeros tres meses de su situación de baja.

Por su ubicación en el Título I, y por lo establecido en la Disposición final cuarta de esa norma, el citado art.9 goza de carácter básico al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.13 y 149.1.18^a y 156.1 de la Constitución, que atribuyen al Estado la competencia para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y por ello adquiere preeminencia normativa sobre cualesquiera otras disposiciones preexistentes, incluso las de origen convencional, como veremos. Así, todo el personal adscrito al mutualismo administrativo--número 3--incluyendo los integrantes de las carreras judicial y fiscal, secretarios judiciales y funcionarios de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia comprendidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial--número 4-- percibirán, cuando la I.T. provenga de contingencias comunes, desde el primer al tercer día de esta situación, el 50 por ciento de las retribuciones básicas,

⁹⁷⁷ B.O.E. de 9 de febrero de 2010.

complementarias y de la prestación por hijo a cargo en su caso, tomando como referencia las percibidas en el mes inmediatamente anterior al de causarse la baja. Desde el día 4º al 20º, ambos inclusive, percibirán el 75 por ciento de tales retribuciones, y a partir del 21º y hasta el 90º, ambos inclusive, percibirán la totalidad de las retribuciones indicadas. Cuando la situación de I.T. derive de contingencias profesionales, la retribución a percibir podrá ser complementada, desde el primer día, hasta alcanzar como máximo el 100 por 100 de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad. A partir del 90º día, será de aplicación el subsidio establecido en la normativa específica de cada régimen especial.

Según el número 5 del artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012, cada Administración podrá determinar los supuestos en que, con carácter excepcional y debidamente justificados, su personal pueda percibir un complemento hasta alcanzar, como máximo, el 100 por 100 de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento, considerándose en todo caso justificados debidamente los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.

Con relación al personal funcionario incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, el número 2 del precitado artículo 9 señala los límites para el complemento de prestaciones que cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias pudiera establecer como complemento retributivo a cargo de la Administración, que no podrá exceder de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 20/2012.

Los límites son los siguientes: cuando la I.T. derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el 50 por ciento de las retribuciones que se vengán percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad; desde el día 4º al 20º, ambos inclusive, el complemento a añadir en su caso a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social, no podrá superar, sumadas ambas cantidades, el 75 por ciento de las retribuciones que vinieran correspondiendo a dicho personal en el mes anterior a causarse la incapacidad. A partir del día 21º y hasta el 90º, ambos inclusive, podrán reconocerse la totalidad de las retribuciones básicas, de la prestación por hijo a cargo, en su caso, y de las retribuciones complementarias. Cuando la I.T. derive de contingencias profesionales, la prestación económica reconocida por la Seguridad

Social podrá ser complementada desde el primer día hasta alcanzar como máximo el 100 por 100 de las retribuciones que vinieran correspondiendo al personal en I.T. en el mes anterior al de causarse la baja por dichas contingencias.

Es necesario reseñar que de acuerdo con el párrafo segundo del número 5 del artículo 9 de esta norma, los funcionarios adscritos a los regímenes especiales del Mutualismo administrativo no percibirán, en situación de I.T., por contingencias comunes, una cantidad inferior a la que corresponda en su caso a los funcionarios adscritos al Régimen General de la Seguridad Social, incluyendo los complementos que pudieran serles de aplicación a estos últimos.

En definitiva, la regulación aprobada por el Real Decreto-ley 20/2012, relativa a las percepciones de los funcionarios en situación de I.T., tiende a una igualación con las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social; equiparación a la baja como se puede apreciar, al reducir las percepciones recibidas durante los tres primeros meses de incapacidad, que en la situación anterior, como vimos, no sufrían merma alguna en relación con las retribuciones disfrutadas, mientras que a partir del 13 de julio de 2012, fecha de entrada en vigor de la citada norma, la percepción sufre reducción en cincuenta y veinticinco puntos porcentuales en los primeros tres días y desde el cuarto al vigésimo respectivamente, manteniéndose no obstante el cobro del cien por cien a partir del vigésimo primer día (a diferencia del Régimen General, que sólo contempla el mantenimiento del setenta y cinco por ciento), aun cuando se introduzca la posibilidad de complementar el cobro del cien por cien por circunstancias excepcionales y justificadas, y en todo caso en los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.

Además, y en relación con las ausencias que no constituyan bajas por I.T., la Ley 17/2012, dispuso (mediante su disposición adicional trigésima octava) que la ausencia al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal, por parte del personal al que se refiere el artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012, comportaría la aplicación del mismo descuento en nómina previsto para la situación de incapacidad temporal en los términos y condiciones que establezcan respecto a su personal cada una de las Administraciones Públicas.

Todas estas normas, de carácter básico, requerían una regulación complementaria en el seno de cada uno de los grandes vectores de la Administración pública (estatal y autonómica). La adaptación del RDL 20/2012 para el personal de la Administración General del Estado se llevó a cabo directamente a través de la Disposición adicional 18ª de esa misma norma legal, que a tales fines transcribe íntegramente el contenido del ya mencionado art.9.2. Para la operatividad de estas previsiones legales en dicho ámbito funcional se dictó la Instrucción del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 15 de octubre de 2012, que llevó a cabo una interpretación restrictiva de los conceptos susceptibles de complemento, refiriéndose únicamente a retribuciones fijas e invariables cuando realmente, al no existir una referencia explícita, cabría entender que todos los conceptos retributivos deberían ser tomados en cuenta a la hora de calcular el complemento⁹⁷⁸. De su lado, para la adaptación de la Ley 17/2012 a ese mismo ámbito, la ya citada DA 38ª dispuso que en el caso de la Administración del Estado, organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma y órganos constitucionales, el descuento no se aplicará cuando el número de días de ausencia por enfermedad o accidente en el año natural no supere la cifra que se establezca por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y con los requisitos y condiciones determinados en la misma.

La Orden HAP/2802/2012 desarrolló lo dispuesto por la Ley 17/2012 para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, de forma que el descuento en nómina de las ausencias no será de aplicación a cuatro días de las mismas a lo largo del año natural, de las cuales sólo tres podrán tener lugar en días consecutivos, siempre que estén motivadas en enfermedad o accidente, y no den lugar a incapacidad temporal, lo que exigirá la justificación de la ausencia en los términos establecidos en las normas reguladoras de la jornada y el horario de aplicación en cada ámbito. De este modo, los días de ausencia al trabajo que superen ese límite de días de ausencia al año, motivadas por enfermedad o accidente y que no den lugar a una situación de incapacidad temporal, comportarán la misma deducción de retribuciones del 50% prevista para los tres primeros días de ausencia por incapacidad temporal en el artículo 9 y en la Disposición adicional

⁹⁷⁸ Pérez Alonso, M.A., Los complementos de I.T. en el sector público. El Real Decreto-ley 20/2012 y las normas de adaptación, Editorial Bomarzo, 2014, págs. 57 y ss.

decimoctava del Real Decreto-ley 20/2012, aplicándose igualmente dicha deducción cuando se incumpla la obligación, derivada de las previsiones del régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación, de presentar en plazo el correspondiente parte de baja.

Por su parte, las Comunidades Autónomas se procedió a la adaptación de aquellas normas básicas con formulas variadas: o bien han copiado el régimen estatal, o bien han realizado las modificaciones precisas para la fijación de los conceptos retributivos objeto de complemento⁹⁷⁹. Los recursos judiciales formulados frente a las disposiciones autonómicas de adaptación fueron desestimadas por el T.S al concluir que los preceptos impugnados “...no regulan el régimen general derecho a la negociación colectiva reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución, ni disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general, ni, en particular, sobre los directamente por aquellos concernidos, que mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuente, derivada de su posición en el sistema de fuentes...”⁹⁸⁰, con cita de los Autos del Tribunal Constitucional 85/2011 y 104/2011, y de las Sentencias de la propia Sala de 16 de julio de 2014 y 22 de enero de 2015⁹⁸¹ dictadas en supuestos semejantes, para estimar que “...la Ley estatal puede modificar y restringir los derechos reconocidos por convenio colectivo, sin que con ello sus disposiciones violen los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva, siempre que las limitaciones que introduzcan sean razonables y proporcionadas...”.

⁹⁷⁹ En Asturias, según la Ley 4/2012 (BOPA 21-2), las retribuciones comprendidas en el complemento de I.T son las retribuciones de carácter fijo: sueldo, trienios, complemento de destino, complemento específico, complemento de productividad fija y el de carrera. Para Galicia, la Disposición Adicional duodécima de la Ley 9/2012 (DOG 9-8) se remite al artículo 2 de la Ley 1/2012 (DOG 2-3) que fija un complemento hasta el 100 por 100 en casos de I.T. con hospitalización o intervención quirúrgica. Con respecto a la I.T. derivada de contingencias comunes fija complementos hasta el 50 por ciento de las retribuciones cuando se trate de la primera baja en el año natural, y del 40 por ciento en la segunda, sin que exista complemento para bajas posteriores. A continuación, establece un complemento hasta alcanzar el 75 por ciento de las retribuciones para los días de baja desde el cuarto hasta el vigésimo inclusive, y del 100 por 100 a partir del día vigésimo primero.

Ver Pérez Alonso, M.A, “La incapacidad temporal del empleado público en las Comunidades Autónomas y en la Administración local tras el Real Decreto 20/2012”. Cuadernos de Derecho Local, número 32, junio 2013, págs. 26-43, que recoge expresamente la adaptación normativa de las Comunidades Autónomas en adaptación del Real Decreto-ley 20/2012.

⁹⁸⁰ Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 9 de marzo de 2015 (Recurso 4/2014), con cita de las de 10 de febrero de 2012 (Recurso 107/2011); 13 de febrero de 2013 (Recurso 40/2012); 15 de marzo de 2013 (Recurso 69/2012); 16 de abril de 2013 (Recurso 2521/2012) y 17 de noviembre de 2014 (Recurso 287/2013).

⁹⁸¹ Recursos 119/2014 y 8/2015.

Ahora bien, a partir de 2015 comienzan a dictarse disposiciones por parte de los órganos de gobierno de estas entidades territoriales que permiten la recuperación de los derechos suspendidos a partir de la aprobación del Real Decreto-ley 1/2012 y particularmente del Real Decreto-ley 20/2012 en materia de complementos de I.T.⁹⁸².

⁹⁸² Para Andalucía, Acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de marzo de 2016 (BOA 18-3). En La Rioja, el Gobierno y las representaciones sindicales han firmado un Acuerdo el 8 de abril de 2016 dentro de la Mesa General de Negociación en cuyo punto Cuarto se remite al proceso negociador llevado a cabo a nivel nacional. Para la Comunidad de Madrid, artículo 20 de la Orden de 22 de enero de 2016, de la Consejería de Empleo y Hacienda (BOCM de 29-1), por la que se dictan instrucciones para la gestión de las nóminas del personal de la Comunidad de Madrid para 2016. En Castilla-La Mancha se ha firmado el 1 de febrero de 2016 un acuerdo en la Mesa General de negociación de los empleados públicos de esta Comunidad en cuyo punto sexto se regulan los complementos de I.T. En la Región de Murcia se publicó en el BORM de 16 de noviembre de 2015 el Acuerdo para la mejora del empleo público, recuperación de las condiciones de trabajo y desarrollo de un nuevo modelo de función pública, de 6 de octubre de 2015, en cuyo apartado 4.8 se regulan los complementos de I.T.

CAPÍTULO DÉCIMO

LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL: CONVENIOS BILATERALES, NORMATIVA INTERNACIONAL Y EUROPEA DERECHO COMPARADO

1.- Perspectiva internacional de la seguridad social

Los sistemas de seguridad social en sus dos modelos básicos, profesional y universal, han nacido normalmente para dar protección a los nacionales (o residentes, en su caso) de un determinado país. Son, pues, sistemas nacionales, regulados por la correspondiente normativa nacional, sufragados con recursos nacionales y gestionados por instituciones del país de referencia⁹⁸³.

Por diversos factores los sistemas de seguridad social han ido adquiriendo paulatinamente dimensión transnacional o internacional: movimientos de personas de unos países a otros por razones de trabajo, reconocimiento de derechos sociales por instrumentos internacionales, aprobación de directrices o recomendaciones por organizaciones de carácter internacional....

Cabe distinguir dos grandes tipos de normas internacionales de seguridad social. Por un lado, los convenios entre Estados, que normalmente son bilaterales pero que también pueden ser multilaterales (como el Convenio Europeo de seguridad social aprobado en el seno del Consejo de Europa o el Convenio Iberoamericano). Por otro lado, las normas aprobadas por instituciones internacionales, que generalmente tratan o bien de impulsar la puesta en marcha de sistemas de seguridad social en los países afectados, o bien de conectar unos sistemas con otros para facilitar la circulación de personas⁹⁸⁴.

Una posición especial ocupa en este contexto la Unión Europea, que desde muy pronto desarrolló diversas competencias en materia de seguridad social: coordinación de sistemas nacionales, aprobación de normas sobre igualdad y no discriminación, aprobación de recomendaciones en algunos aspectos relativos a seguridad social (como

⁹⁸³ Martín Valverde, A. y García Murcía, J. (Dirección y coordinación) Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social (Vol.I). óp. cit. págs. 55 y ss.

⁹⁸⁴ Venturi, A. Los Fundamentos científicos de la Seguridad Social. Centro de Publicaciones. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1995. págs. 269 y ss.

jubilación).

Desde la perspectiva española tienen importancia todas esas manifestaciones de seguridad social internacional: España ha firmado convenios bilaterales y multilaterales, ha ratificado muchas normas internacionales y pertenece a la Unión Europea.

Junto a los instrumentos de seguridad social internacional también puede ofrecer interés el conocimiento de las pautas básicas de otros sistemas nacionales, especialmente de nuestro entorno. Al fin y al cabo, los sistemas de seguridad social suelen seguir modelos que normalmente ya han sido experimentados en otros países....

En el presente capítulo vamos a estudiar sucesivamente los convenios bilaterales celebrados por España, los instrumentos de carácter internacional y las previsiones de seguridad social de la Unión Europea. Finalmente se expondrá, de manera muy sucinta y abreviada, el régimen de seguridad social de diversos países pertenecientes a la Unión Europea, especialmente en relación con la contingencia de incapacidad temporal.

2.- La incapacidad temporal convenios bilaterales o multinacionales firmados por España

Como se ha dicho, España ha firmado numerosos convenios de carácter bilateral o multilateral en materia de seguridad social, normalmente para atender las necesidades de protección generadas por flujos migratorios, en uno y otro sentido. Aunque sea más reciente, vale la pena citar en primer lugar, por su mayor dimensión territorial, el Convenio multilateral iberoamericano de Seguridad Social, de 10 de noviembre de 2007.

Este importante Convenio recoge explícitamente normas relativas a prestaciones económicas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, respecto a las cuales se genera el derecho conforme a la legislación a la que estuviera sujeto el trabajador en el momento de producirse el accidente o causado la enfermedad y se acumulan períodos de cotización en distintos países, salvo que se superpongan, a efectos de generar derecho a prestaciones. Su entrada en vigor se ha producido el 1 de mayo de 2011, tras su ratificación por siete Estados; no obstante, para que la entrada en vigor en los

Estados Parte que lo han ratificado tenga efectividad es necesario que dichos Estados Parte suscriban el Acuerdo de Aplicación que lo desarrolla y hasta el momento, las dos condiciones reseñadas en el apartado anterior, han sido satisfechas por España, Bolivia, Brasil, Chile, Ecuador, Paraguay y Uruguay. En España y Bolivia el Convenio tiene efectividad desde el 1 de mayo de 2011, en Brasil desde el 19 de mayo de 2011; en Ecuador desde el 20 de junio de 2011; en Chile desde el 1 de septiembre de 2011; en Uruguay desde el 1 de octubre de 2011 y en Paraguay desde el 28 de octubre de 2011. Los textos del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social y de su Acuerdo de Aplicación han sido publicados en el Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2011.

Por lo que se refiere a Convenios bilaterales firmados por España en los que se incluyan normas de Seguridad Social, existen 24 Tratados internacionales⁹⁸⁵ firmados por España en materia de Seguridad Social, y entre ellos encontramos regulación concreta de la I.T en los siguientes, por orden alfabético:

Andorra. El Convenio de Seguridad Social entre España y Andorra y el Acuerdo Administrativo para la aplicación del convenio se firmaron el 9 de noviembre de 2001 y están en vigor desde el 1 de enero de 2003. Han sido publicados en el Boletín Oficial del Estado de 4 de diciembre de 2002. Con respecto a España incluye el tratamiento de la Asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad común o profesional y accidente sea o no de trabajo y Prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral.

Argentina. El Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina se firmó el 28 de enero de 1997 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2004. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de diciembre de 2004. Se refiere, entre otras, a las prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Australia. El Convenio de Seguridad Social entre España y Australia se firmó el 31 de enero de 2002 y entró en vigor el 1 de enero de 2003. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado del 19 de diciembre de 2002. Norma los aspectos relativos a

⁹⁸⁵ http://www.seg-social.es/Internet_1/Normativa/index.htm?C1=1001&C2=2013

Prestaciones económicas por incapacidad temporal en casos de enfermedad común o accidente no laboral; Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Brasil. El Convenio de Seguridad Social entre España y Brasil, de 16 de mayo de 1991, vigente desde el 1 de diciembre de 1995, sustituye al anterior de fecha 25 de abril de 1969. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 15 de enero de 1996.

A partir de 19 de mayo de 2011, fecha de aplicación por parte de Brasil del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, el Convenio bilateral sólo se aplicará para las prestaciones de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, prestaciones de protección familiar y subsidio de defunción. Regula las siguientes prestaciones de carácter contributivo del sistema de Seguridad Social: Asistencia sanitaria por maternidad o enfermedad o accidente; Prestaciones económicas por incapacidad temporal y maternidad.

Chile. El Convenio de Seguridad Social entre España y Chile, firmado el 28 de enero de 1997 y vigente desde el 13 de marzo de 1998, sustituye al anterior de fecha 9 de marzo de 1977. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 25 de marzo de 1998. Norma prestaciones en materia de Asistencia sanitaria por maternidad o enfermedad o accidente; Prestaciones económicas por incapacidad temporal y maternidad; Prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional

Corea. El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Corea fue firmado el 14 de julio de 2011 y entró en vigor en 1 de abril de 2013, previa publicación en el B.O.E. de 8 de mayo de 2013. Se refiere a prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad.

Ecuador. El Convenio de Seguridad Social de 4 de diciembre de 2009, entre España y Ecuador, que sustituye al anterior de 8 de mayo de 1974, entró en vigor el 1 de enero de 2011. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 7 de febrero de 2011, incluyendo prestaciones por incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral. Prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Filipinas. El Convenio de Seguridad Social entre España y Filipinas de 12 de noviembre de 2002, que sustituye al anterior de 20 de mayo de 1988, entró en vigor el 1

de agosto de 2012. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 3 de julio de 2012. Existe referencia específica a las siguientes prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social: Prestaciones por incapacidad temporal por enfermedad común y accidente no laboral. Prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional

Marruecos. El Convenio de Seguridad Social entre España y Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 de octubre de 1982. Contiene cita expresa de normas relativas a asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes sean o no de trabajo. Prestaciones por incapacidad temporal y maternidad.

Paraguay. El 1 de marzo de 2006 entró en vigor un nuevo Convenio de Seguridad Social entre España y Paraguay, firmado el 24 de junio de 1998, que viene a sustituir al Convenio General sobre Seguridad Social de 25 de junio de 1959 y al Convenio Complementario al Convenio de Seguridad Social de 2 de mayo de 1972. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de febrero de 2006. Y regula prestaciones económicas por incapacidad temporal, por enfermedad común o accidente no laboral; prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional

Perú. El nuevo Convenio de Seguridad Social entre España y la República del Perú se firmó el 16 de junio de 2003 y entró en vigor el 1 de febrero de 2005. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 5 de febrero de 2005. Contiene normas referentes a asistencia sanitaria, en los casos de enfermedad común o profesional, accidente sea o no de trabajo y maternidad. Incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral. Prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

República Dominicana. El Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Dominicana se firmó el 1 de julio de 2004 y entró en vigor el 1 de julio de 2006. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 12 de junio de 2006. Regula prestaciones por incapacidad temporal en los casos de enfermedad común y accidente no laboral; Prestaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Rusia. El Convenio de Seguridad Social entre España y la Federación de Rusia se firmó el 11 de abril de 1994 y entró en vigor el 22 de febrero de 1996. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 1996. Refiere normas referentes a las siguientes prestaciones del sistema de la Seguridad Social: Prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. Prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Túnez. El Convenio de Seguridad Social entre España y Túnez se firmó el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 26 de diciembre de 2001. Hace referencia a las siguientes prestaciones de carácter contributivo del sistema de la Seguridad Social: Asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo. Prestaciones económicas por incapacidad temporal en casos de enfermedad común y accidente no laboral. Prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales.

Ucrania. El Convenio de Seguridad Social entre España y Ucrania se firmó el 7 de octubre de 1996 y entró en vigor el 27 de marzo de 1998. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de abril de 1998. Y contiene normas relativas a prestaciones por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral y maternidad. Prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Uruguay. El 1 de abril de 2000 entró en vigor un nuevo Convenio de Seguridad Social entre España y Uruguay, firmado el 1 de diciembre de 1997, que viene a sustituir al Acuerdo Administrativo, de fecha 21 de junio de 1979. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero de 2000. Regula, entre otras, prestaciones económicas por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Venezuela. El Convenio de Seguridad Social entre España y Venezuela se firmó el 12 de mayo de 1988 y entró en vigor el 1 de julio de 1990. Está publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 7 de julio de 1990. Regula, entre otras las siguientes prestaciones de carácter contributivo del sistema de la Seguridad Social: Prestaciones por incapacidad temporal en casos de enfermedad común y accidente no laboral así como prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional.

3. Normas de Seguridad Social aprobadas por organizaciones internacionales

La relevancia del instrumento de protección que constituye la Seguridad Social, incluyendo la institución que estudiamos, la protección durante las situaciones de incapacidad transitoria para el trabajo, aparece tempranamente en la consideración de las normas de ámbito internacional. Cabe destacar aquí, en especial, dos organizaciones internacionales: la Organización Internacional del Trabajo--O.I.T.-- y el Consejo de Europa. En un epígrafe separado hablaremos de la Unión Europea, por sus particulares características.

Por lo que se refiere a la O.I.T., ha de reseñarse que en 1921 aprobó el Convenio 12 sobre la indemnización por accidentes del trabajo en la agricultura, así como la Recomendación número 17 sobre el seguro social en la agricultura; en 1925 se aprobaron los Convenios 17 y 18 sobre las indemnizaciones por accidente de trabajo y sobre las enfermedades profesionales, junto con las Recomendaciones respectivas 22, 23 sobre los primeros, y 24 sobre las segundas, así como el Convenio 19 relativo a la igualdad de trato entre trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo; en 1927 redactaron los Convenios 24 y 25 sobre el seguro de enfermedad en la industria y la agricultura respectivamente, y la Recomendación número 29 sobre el seguro de enfermedad, dictándose en 1929 se dictó la Recomendación 31 sobre la prevención de accidentes de trabajo, regulaciones actualmente superadas.

Es de cita obligada por la relevancia que supone la introducción de una idea sistemática en el ámbito de la protección social el Convenio 102 de la O.I.T, norma mínima de Seguridad Social de 1952 establece el contenido básico⁹⁸⁶ que ha de incorporar un

⁹⁸⁶ En palabras de Reynaud, E. "Seguridad Social para todos: balance de la situación y retos a nivel mundial". Reynaud, E y Supiot, A (coordinadores) Protección social y trabajo decente. Nuevas perspectivas para las normas internacionales de trabajo. La Ley. Madrid. 2006. págs. 32 y ss., "...La nueva concepción de la Seguridad Social que ha encontrado su traducción en el Convenio número102 corresponde a un elemento esencial de las políticas puestas en práctica por los países occidentales después de la guerra. Estas políticas consistían en asegurar a todos la seguridad socio-económica a través del pleno empleo--muy particularmente de los padres de familia-- y la Seguridad Social...".

sistema de Seguridad Social para su reconocimiento como tal en base a la protección que tal organismo internacional considera imprescindible para ello. Incluye a efectos de nuestro estudio, las prestaciones de asistencia sanitaria (artículos 7 a 12), económicas de I.T. (prestaciones monetarias de enfermedad, artículos 13 a 18), y prestaciones en caso de accidente de trabajo y la enfermedad profesional (artículos 31 a 38). Y centrándonos en la atención específica de la contingencia estudiada de I.T. sobre normas convencionales vigentes a la fecha, el Convenio 121 y su Recomendación, de 1964, se refieren a las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. El Convenio 130, de 1969 y la Recomendación, de igual fecha, recogen las determinaciones sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad. Y por lo que hace referencia a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, hemos de citar los Convenios 118, de 1962, sobre igualdad de trato y 157, de 1982, sobre conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, así como la Recomendación número 167, de 1983, sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social.

Al centrarnos en el espacio europeo, con independencia de la normativa de la UE que se citará después, conviene referirse sobre todo a las normas aprobadas por el Consejo de Europa. En este contexto, hemos de citar en primer lugar la Carta Social Europea, texto fundamental del Consejo de Europa, que fue firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y fue ratificada por España por Instrumento de 29 de abril de 1961, por el que las partes contratantes se comprometen a establecer o mantener un régimen de seguridad social; a mantener el régimen de seguridad social en un nivel satisfactorio; a esforzarse por elevar progresivamente en nivel del régimen de seguridad social, así como a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos encaminados a conseguir la igualdad de trato de los nacionales de cada una de las partes contratantes y la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de seguridad social⁹⁸⁷.

Con posterioridad se aprobaron dos importantes instrumentos del Consejo de Europa sobre la seguridad social, con distintos fines. Por un lado, el Código Europeo de

⁹⁸⁷ Con motivo de su vigesimoquinto aniversario, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adoptó un protocolo adicional, de 5 de mayo de 1988, ratificado por España el 7 de enero de 2000. La última revisión de la Carta se ha producido el 3 de mayo de 1996, pero España no ha procedido, al menos hasta la fecha, a su ratificación;

Seguridad Social, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964 (ratificado por España mediante Instrumento de 12 de febrero de 1993), que incluye en sus artículos 7 a 12 las referencias a la asistencia sanitaria; en los 13 a 18 las correspondientes a indemnizaciones por enfermedad, y en los artículos 31 a 38 los relativos a las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

Por otro lado, fueron aprobados el Convenio Europeo de Seguridad Social y Convenio Complementario para la aplicación del mismo, firmados en París el 14 de diciembre de 1972 (el Instrumento de Ratificación de España del Convenio Europeo de Seguridad Social se publicó en el Boletín Oficial del Estado de fecha 12 de noviembre de 1986 y entró en vigor el 25 de Abril de 1986). Los países que están adheridos o que han ratificado este Convenio son: Austria, Bélgica, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Turquía. Según este instrumento, y como norma general en su aplicación, los trabajadores desplazados están sometidos a la legislación del país en cuyo territorio están ejerciendo su actividad laboral; ahora bien, si se trata de un traslado temporal (un año como período máximo inicial, prorrogable sin duración máxima) pueden mantener la legislación española de Seguridad Social.

Por lo que se refiere al objeto de nuestro estudio, el artículo 19 del Convenio se refiere a la totalización de períodos de aseguramiento en cualquiera de los Estados miembros a los efectos de reunir el período de carencia que fuera preciso para obtener adquirir, mantener o recuperar prestaciones que cubran la enfermedad y, por su parte, el Capítulo 3, artículos 38 a 50, regulan requisitos para el acceso y conservación del derecho a prestaciones, en especie o en efectivo, derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

4. La seguridad social en la Unión Europea

4.1. Las normas de coordinación de seguridad social de trabajadores migrantes

La principal aportación de la Unión Europea a la seguridad social sigue residiendo en las normas de coordinación de sistemas nacionales dedicadas a trabajadores migrantes,

que tienen su base en los Tratados fundacionales y en sus sucesivas versiones⁹⁸⁸. Es verdad que en diversos textos más recientes, como la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores en la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹⁸⁹, pero no se puede decir que exista regulación directa de la seguridad social por parte de las instituciones comunitarias, ni que exista un sistema europeo de seguridad social. También es cierto que el Título dedicado a política social dentro de los Tratados de la UE confiere competencias en materia de protección social a las instituciones comunitarias, pero de momento no han servido tales previsiones para la aprobación de reglas (de armonización o de ejecución directa) acerca de cómo debe ser o cómo debe organizarse el sistema de seguridad social. Tan sólo las directivas clásicas sobre igualdad y no discriminación por razón de sexo (y la Directiva sobre asistencia sanitaria, más recientemente) han incidido, desde esa exclusiva perspectiva, en estos terrenos.

Aunque las razones⁹⁹⁰ que podrían esgrimirse para justificar esta ausencia de desarrollo unitario en el tema de Seguridad Social se extenderían desde una especial dificultad de encontrar aspectos comunes en una amplia diversidad de tratamiento legal de la institución en cada estado miembro hasta la consideración de la Seguridad Social como

⁹⁸⁸ Tras el abandono del intento de aprobar una Constitución europea, la redacción actual corresponde al Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuyo artículo 51 dispone que el Consejo por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias, creando en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus causahabientes: la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales así como para el cálculo de éstas; b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los estados miembros.

⁹⁸⁹ Esta última fue aprobada en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Niza entre los días 8 y 12 de diciembre de 2000. Su artículo 34 establece: “ 1.- La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, los accidentes laborales, la dependencia ó la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.2.- Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales...”.

⁹⁹⁰ Colina Robledo M. y otros. Derecho Social Comunitario. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991.; Gonzalo González B.- Introducción al Derecho Internacional Español de la Seguridad Social. CES. Madrid. 1995.; Muñoz Álvarez, G.- La Seguridad Social de las Comunidades Europeas (legislación, comentarios y jurisprudencia). Aranzadi. Pamplona. 1992.

una materia de imposible o inconveniente abordaje en las sucesivas fases del proceso unitario económico y político afrontadas, sin olvidar la preeminencia del principio de subsidiariedad normativa en la Unión Europea⁹⁹¹, lo cierto es que las normas fundamentales dictadas en el ámbito de la hoy Unión Europea, son de coordinación⁹⁹².

Las primeras de ellas datan de 1958 reemplazadas por los Reglamentos 1408/1971⁹⁹³ y 574/1972, del Consejo, sustituidos actualmente por el Reglamento 883/2004, de 29 de abril, cuyo desarrollo reglamentario se ha producido mediante los Reglamentos 986 y 987/2009, del Consejo, siendo normas que responden más a un interés práctico de solucionar problemas concretos de coordinación de normas de Seguridad Social de los estados de la Unión en la aplicación de las mismas a los ciudadanos, trabajadores particulares, cuya prestación de servicios se realiza en el territorio de dos o más miembros de aquélla, que a otro tipo de pensamiento unificador.

Se trata, en definitiva, de normas técnicas de coordinación, múltiplemente modificadas⁹⁹⁴, que, no obstante, contienen una serie de principios directamente derivados del precitado artículo 51 del Tratado de la Unión, así como del artículo 3 del mismo que impone la igualdad de los ciudadanos y la eliminación de las trabas que la impidan o dificulten. Los referidos principios se pueden resumir o concretar en los siguientes:

--Principio de igualdad de trato para los nacionales (y más concretamente para los trabajadores) de los países miembros de la Unión Europea en todos y cada uno de los

⁹⁹¹ Pennings, F. European Social Security Law. Intersentia. Cambridge. 2015. Págs 320 y siguientes.

⁹⁹² Pese al optimismo de su exposición, Miranda Boto, J.Mª Las competencias de la Comunidad Europea en Materia de Seguridad Social. Thomson Reuters. Navarra. 2009. Pág 369, viene a destacar la importancia de las herramientas estadísticas (Eurostat; Missoc; Seepros) como apoyo, en materia de protección social al principio de coordinación.

⁹⁹³ La última versión consolidada corresponde al DOCE L 28(30 de enero de 1997).

⁹⁹⁴ El Reglamento (CE) 1118/97, del Consejo de 2 de diciembre de 1996 (DOCE 30-1-97), refunde en un único texto todas las modificaciones al Reglamento 408/71, del Consejo, de 14 de junio (DOCE 5-7-71). Con posterioridad, la última modificación ha sido realizada por el Reglamento (CE) 1399/99, del Consejo, de 29 de abril (DOCE 30-6-99). Por su parte el Reglamento (CE) 118/97, del Consejo, de 2 de diciembre (DOCE 30-1-97) refunde en un único texto las modificaciones al texto original del Reglamento (CEE) 574/72, del Consejo, de 21 de marzo (DOCE 27-23-72). Posteriormente ha sufrido otras modificaciones, la última de las cuales ha sido llevada a cabo por el Reglamento (CE) 1399/99, del Consejo, de 29 de abril (DOCE 30-6-99).

estados que de ella forman parte. O bien, expresado en forma negativa, prohibición de discriminación por razón de nacionalidad dentro de la Unión expresado en el artículo 3 del Reglamento 1408/71. Este principio afecta a las ramas que constituyen el contenido de los sistemas de Seguridad Social, según la definición que abarca el Convenio 102 de la O.I.T sobre normas mínimas de Seguridad Social; concretamente, por consiguiente, en lo que a nuestro trabajo se refiere, tanto a las prestaciones reconocidas por enfermedad como por accidentes.

--Principio de aplicación de un solo sistema de Seguridad Social sobre la base de la territorialidad, cuyo objetivo es asegurar la sujeción del trabajador a una legislación social determinada, para fijar de este modo su amparo por ésta⁹⁹⁵. La regla general empleada o adoptada para determinar la legislación de Seguridad Social aplicable es la del lugar donde se desempeña el trabajo, como determina el artículo 12 y 13 a) del Reglamento 883/2004. De esta forma, los trabajadores quedan normalmente sometidos únicamente a la legislación del país en cuyo territorio estén ocupados. Y ello sin perjuicio de la existencia de reglas particulares⁹⁹⁶ para categorías especiales de trabajadores como pueden ser los itinerantes, que ejercen su actividad en el territorio de dos o más países miembros; los trabajadores que prestan sus servicios en un país de la Unión residiendo en otro,⁹⁹⁷ o los desplazados temporalmente a otro Estado comunitario, merecedores de una atención particularizada.

--Principio de exportabilidad de las prestaciones y conservación de derechos en curso de adquisición, que permite de una parte, la continuación en el disfrute de las prestaciones ya obtenidas a pesar de darse un traslado de residencia del beneficiario a otro estado de

⁹⁹⁵ Es el artículo 13.2 a) del Reglamento 1408/1971 en relación con el artículo 1 o) y q) el que fija los conceptos de "Estado e institución competentes".

⁹⁹⁶ Se insiste en que los precitados Reglamentos 1408/1971, 572/1972, 883/2004 y 987 y 988/2009 regulan medidas de coordinación legislativa intracomunitaria. Ver Peters, D. "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros: jubilación, invalidez y muerte y supervivencia", Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A.V (Directores) Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario. Mº de Educación. Laborum. Murcia. 2009. págs. 541 y ss.

⁹⁹⁷ Refiriéndonos particularmente a las prestaciones de enfermedad y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los artículos 17 y 37 del Reglamento 883/2004 determinan las reglas para las prestaciones a los trabajadores por cuenta ajena cuya residencia esté establecida en otro Estado miembro distinto del lugar de trabajo.

la Unión Europea, y la suma de toda la carrera de seguro del trabajador en los distintos países de la Unión con el objetivo de poder acceder al derecho a prestaciones, totalizando todos los períodos trabajados, de otra⁹⁹⁸.

--Principio de colaboración administrativa⁹⁹⁹, buscando la ayuda recíproca entre los institutos competentes en materia de Seguridad Social de los Estados de la Unión mediante el intercambio de información y coordinación financiera e igualdad de trato en materia fiscal, y la colaboración técnica precisa para la observancia de los principios antes expresados¹⁰⁰⁰.

4. 2. La incapacidad temporal en la Seguridad Social de los trabajadores migrantes

De acuerdo con los principios expresados, la aplicación concreta a la institución estudiada relativa a los trabajadores migrantes viene dada por las normas de coordinación, establecidas en los anteriores Reglamentos 1408/1971 y 574/1972, y los actualmente vigentes 883/2004 y 987/2009, del Consejo, definiendo el primero de ellos en su artículo 1 a) la actividad por cuenta ajena toda situación o actividad asimilada considerada como tal a efectos de la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en el que se ejerza dicha actividad o se produzca tal situación; persona asegurada, c) toda persona que reúna las condiciones generales requeridas por la legislación del Estado miembro competente para tener derecho a las prestaciones reconocidas en el Reglamento; residencia j) como el lugar en que una persona reside habitualmente; legislación l), las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y

⁹⁹⁸ Los artículos l12, en términos generales, y 21 del Reglamento 883/2004 que se refiere concretamente a las prestaciones derivadas de enfermedad; los 36 y 38 a las derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por su parte el artículo 36 del mismo Reglamento prevé la certificación de los períodos de seguro cubiertos a efectos de prestaciones de enfermedad; el 20 con relación a los miembros de la unidad familiar a considerar a efectos del cálculo de prestaciones en metálico para los casos de enfermedad, y los artículos 36 y 37 del mismo Reglamento establecen las normas de aplicación de las prestaciones de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en caso de residencia del trabajador en Estado miembro distinto del Estado competente.

⁹⁹⁹ Artículos 71 y ss. del Reglamento 1883/2004 y 8 a 13 del Reglamento 987/2009.

¹⁰⁰⁰ Derecho Internacional y Comunitario de la Seguridad Social. González González, B.-Tema 3 de su obra Derecho de la Seguridad Social. op.cit. pág. 105. En opinión de Penings, F *European Social Security Law*, op.cit. pág. 315 (Conclusions) puede hablarse de éxito en lo referente a la simplificación que conllevó la aprobación del Reglamento 883/2004.

todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de la Seguridad social contempladas en el apartado 1 del artículo 3 entre otras las prestaciones de enfermedad, accidentes de trabajo y enfermedad profesional); institución competente q), como aquella a la cual el interesado esté afiliado en el momento de la solicitud de prestaciones i), o la institución de la cual el interesado tiene derecho a las prestaciones o tendría derecho a las prestaciones si residiera ii), la institución designada por la autoridad competente del Estado miembro; el "Estado miembro competente"-s) el Estado miembro en cuyo territorio se encuentra la institución competente, y refiriéndose la expresión " períodos de seguros" (t) a los períodos de cotización o de actividad por cuenta ajena o propia, tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro.

El artículo 3 del Reglamento 883/2004 enumera las prestaciones a reconocer, recogiendo las relacionadas con enfermedad, accidente de trabajo y enfermedad profesional, a las que tengan derecho los trabajadores migrantes por cuenta ajena sometidos a la legislación de uno o varios Estados miembros, que sean ciudadanos de uno de ellos y residan en el territorio de uno de ellos. El artículo 6 de la norma expresamente recoge la totalización de los períodos sometidos a la legislación de cualquier estado miembro a efectos de adquirir o conservar los derechos a prestaciones que requieran cubrir determinados períodos de seguro, empleo o residencia, "... como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica...".

Por lo que se refiere a las prestaciones de enfermedad, el artículo 17 del Reglamento 883/2004 establece su dispensación a la persona asegurada y sus familiares por parte del Estado de residencia que sea distinto al Estado miembro competente, en los mismos términos que si hubiese estado asegurada en virtud de su legislación, incluyendo las prestaciones en metálico a las que se refiere el artículo 21, cuyos apartados 2 a 4 contemplan su cálculo en función de ingresos medios, base de cotización media, o ingresos a tanto alzado; el artículo 21 se refiere a la dispensación de asistencia fuera del Estado miembro competente, cuyo procedimiento formal lo regula el Reglamento 987/2009 en sus artículos 25 y 26.

El Capítulo II del Reglamento 883/2004 regula las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (artículos 36 a 41). Se contemplan tanto las prestaciones en metálico como en especie, dedicando el artículo 37 a los gastos de transporte en su caso hasta la residencia del asegurado o centro hospitalario. El artículo 40 se extiende a determinadas peculiaridades de legislaciones nacionales ante la eventualidad de inexistencia de legislación nacional de seguro de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales del Estado de residencia o estancia, o el surgimiento del accidente o enfermedad profesional en la residencia o estancia en otro Estado miembro. El último, artículo 41 se dedica a las normas de reembolso entre instituciones. El procedimiento de actuación formal se desarrolla en el Capítulo II (artículos 33 a 41) del Reglamento 987/2009.

Los accidentes *in itinere* están expresamente contemplados en el artículo 34 del Reglamento 987/2009 de forma que, producido aquél durante el desplazamiento hacia o desde el trabajo dentro del territorio de un Estado miembro distinto del Estado competente, “...proceda realizar una investigación en el territorio del primer Estado miembro...”, de modo que la institución competente podrá designar a tal efecto a una persona, cooperando las instituciones entre sí para evaluar la información y consultar los documentos relacionados con el accidente, pagando la institución de residencia o de estancia, según el caso, los honorarios correspondientes y con cargo a la institución competente que recibirá informe sobre las consecuencias del accidente o enfermedad, el estado de la persona herida, así como sobre la curación o consolidación de las lesiones. Finalmente, por lo que se refiere a la duración de las prestaciones, el artículo 62 del Reglamento 1408/1971 y el 79 del Reglamento 574/1972 determinan la consideración de las prestaciones ya dispensadas por la institución de un Estado miembro cuando la institución competente de otro Estado fije un límite máximo de duración para la concesión de las mismas.

4.3. La Directiva sobre asistencia sanitaria

En el ámbito de la Unión, la combinación de los temas de la atención sanitaria prestada en la misma que garantice un alto nivel de protección de la salud en base a lo dispuesto en el artículo 168.1 del Tratado; la garantía de la movilidad de los pacientes de acuerdo con los principios establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

en relación fundamentalmente con el derecho de movilidad de las personas, y el principio de que los Estados miembros seguirán siendo responsables de proporcionar a los ciudadanos en su territorio una asistencia sanitaria “...segura, de alta calidad, eficaz y suficiente desde un punto de vista cuantitativo...”, ha sido abordada por el Parlamento y el Consejo.

De este modo se ha aprobado la Directiva 2011/24/UE, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, cuyo objeto, como indica su artículo 1 es establecer normas comunes para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de alta calidad y promover la cooperación en la asistencia sanitaria entre Estados miembros, aclarando su relación con el marco existente para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de acuerdo con el Reglamento 883/2004, siempre con pleno respeto a las competencias nacionales en la organización y la prestación de la asistencia sanitaria en cada Estado, de forma que la transposición de esta Directiva no pueda suponer el aliento a los pacientes a recibir asistencia sanitaria fuera de su marco nacional. De este modo, la Directiva está realizando una regulación en paralelo con la atención sanitaria dispensada en virtud de los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 en atención al derecho a la obtención de asistencia sanitaria transfronteriza, de manera que, si las condiciones para la prestación de ésta en un Estado miembro de tratamiento para un nacional de un Estado miembro de afiliación se cumplen a tenor de la regulación de los precitados Reglamentos, ésta ha de observarse para su dispensación.

Así lo manifiesta el párrafo (30) de la Exposición de motivos, al indicar lo siguiente: “... Así pues, por lo que respecta a los pacientes, los dos sistemas deben ser coherentes: o bien se aplica la presente Directiva, o bien se aplican los Reglamentos de la Unión sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social...”, pues (31) “... Cuando las condiciones se cumplen, no debe privarse a los pacientes de los derechos más beneficiosos que les garantizan los Reglamentos de la Unión sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social...”.

La Directiva indica explícitamente de una parte, que ésta, la Directiva, no se debe aplicar a aquellos servicios cuya finalidad primordial es ayudar a personas que requieren asistencia a la hora de realizar tareas rutinarias y de la vida diaria (Artículo

1.3); concretamente a aquellos cuidados de larga duración considerados necesarios para permitir a la persona que requiere cuidados para vivir una vida lo más plena y autónoma posible, y de otra que la obligación de reembolsar los costes de la asistencia sanitaria transfronteriza debe limitarse a la asistencia sanitaria a la cual el asegurado tenga derecho de conformidad con la legislación del Estado miembro de afiliación (Artículo 7.1 y 4), con la posibilidad de que el Estado miembro de afiliación pueda decidir reembolsar otros gastos conexos como los de alojamiento y viaje o los gastos adicionales en que puedan incurrir las personas con discapacidad cuando reciban asistencia sanitaria transfronteriza.

La Directiva define las responsabilidades de los Estados miembros en relación con la asistencia sanitaria transfronteriza (Artículos 4 y 5), distinguiendo las de aquél prestador de la asistencia (Estado miembro de tratamiento) del de la nacionalidad del paciente (Estado miembro de afiliación), con la designación de los denominados “puntos nacionales de contacto” (Artículo 6) que facilitarán la dispensación de información, tanto a nivel institucional como de publicidad a los ciudadanos, en orden a la cooperación en la dispensación de la asistencia sanitaria transfronteriza. En esta misma vía de cooperación entre los Estados miembros, destaca la asistencia mutua necesaria para el cumplimiento de esta norma, incluyendo la que se refiere a normas y directrices en materia de calidad y seguridad e intercambio de información, especialmente entre los puntos nacionales de contacto (Artículo 10.); apoya la creación de “Redes europeas de referencia” entre los prestadores de asistencia sanitaria y los centros de referencia de los Estados miembros (Artículo 12), en particular en relación con las enfermedades raras (Artículo 13), la sanidad electrónica (Artículo 14).

Entre los objetivos de la Directiva se señalan los siguientes (2. a): “...esforzarse por conseguir unos beneficios económicos y sociales sostenibles merced a sistemas y servicios europeos de sanidad electrónica y a aplicaciones interoperables que permitan alcanzar un alto grado de confianza y seguridad; mejorar la continuidad de los cuidados y garantizar el acceso a una asistencia sanitaria seguridad y de calidad...”, elaborando directrices en relación con, entre otras, (b. i): “...una lista no exhaustiva de datos que deberán incluirse en el historial de los pacientes y podrán ser compartidos por los profesionales sanitarios para propiciar una continuidad en los cuidados y la seguridad de los pacientes a través de las fronteras...”, amén de fomentar la cooperación en la

evolución de las tecnologías sanitarias (Artículo 15), facilitando y apoyando el intercambio de información científica entre los Estados miembros a través de una red voluntaria formada por las autoridades u organismos nacionales encargados de la evaluación de las técnicas sanitarias que designen los Estados miembros...”.

En lo que se refiere concretamente a la prestación de la asistencia sanitaria, el artículo 8 regula el establecimiento de un procedimiento de autorización previa para el reembolso de los gastos de asistencia sanitaria, cuya limitación se concreta en el número 2 a aquellas, entre otras, que exijan el uso de infraestructuras o equipos médicos sumamente especializados y costosos; entrañe procedimientos que presenten un riesgo particular para el paciente o la población o requiera necesidades de planificación relacionadas con el objeto de garantizar un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de tratamientos de elevada calidad en el Estado miembro de que se trate.

En el artículo 7, ya citado, se establecen los principios generales para el reembolso de gastos de la asistencia sanitaria transfronteriza, sobre la base del derecho a la misma a que el asegurado posea en el Estado miembro de afiliación, y la cuantía que habría asumido si se hubiese prestado aquélla en su territorio, sin exceder del coste real de la efectivamente prestada, sin perjuicio de la decisión estatal de reembolsar gastos conexos, como hemos señalado. Y en el artículo 9 se determinan los principios de los procedimientos administrativos relativos a la prestación de la asistencia sanitaria transfronteriza, que han de basarse en: “...criterios objetivos y no discriminatorios, que sean necesarios y proporcionados al objetivo que se ha de lograr...”. Para su incorporación al Derecho Nacional (Artículo 21) la Directiva fijó un plazo hasta el 25 de octubre de 2013, habiendo entrado en vigor la misma el 24 de abril de 2011 (veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea).

5.- Modelos de regulación en los Estados miembros¹⁰⁰¹

¹⁰⁰¹ Comisión Europea (1997 a): La protection sociale dans les etats mebrres de l’Union Europeenne. Situtation at 1er juillet 1996 et evolution. www.europa.es. Comisión Europea (1998 a): Seguridad Social para trabajadores desplazados en la Unión Eurorpa, Noruega, Islandia y Liechtestein. Un folleto para trabajadores y empresarios. Oficina de Publicaciones Oficiales de las C.E. Luxemburgo. MISSOC: Système d’information communautaire sur la protection sociale. Oficina de Publicaciones oficiales de las C.E. Luxemburgo, Magadán Díez, M y .Rivas García, J.- La

5.1. La seguridad social en los socios más veteranos de la Unión Europea

Alemania¹⁰⁰². En la Seguridad Social alemana se pueden distinguir tres grupos: los seguros sociales, de marcado origen y componente profesional, siendo por consiguiente los que merecerán nuestra atención; la compensación social y la asistencia social.

Históricamente, el sistema germano se ha basado en los seguros sociales (Socialversicherung), entre los cuales se cuentan los seguros de enfermedad, de accidentes de trabajo, invalidez, vejez y desempleo.

Por lo que hace referencia a su ámbito; esto es, al campo de aplicación de los Seguros Sociales, es necesario distinguir entre aquéllas personas que están obligatoriamente aseguradas por estar desempeñando un trabajo retribuido, y las voluntariamente aseguradas, dado que todos los seguros sociales con la excepción del seguro de desempleo, ofrecen la posibilidad de aseguramiento voluntario a cualquier persona residente en Alemania.

La administración de la Seguridad Social es realizada de una parte por personas jurídicas de derecho público en lo que a los seguros clásicos se refiere, siendo concretamente competente en materia de Seguro de enfermedad las Cajas de Enfermedad (Kraunkenkassen), con subdivisiones locales, empresariales y complementarias (Ersatzkassen).

El Seguro de Accidentes de trabajo es administrado por las Asociaciones Profesionales (Berufsgnossenschaften), con secciones industriales, agrícolas y de trabajadores del mar, y por los organismos del Seguros de Accidentes (Eigenunfallversicherunsträger). Estos

Europa social.-Bosch. Barcelona.1999. Pieters, D. Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea. I.N.S.S. Civitas. Madrid. 1992. Págs.89 y ss.

¹⁰⁰² Tomado de la página web del Ministerio de Salud en su versión inglesa. www.bungs.bund.de, y de la página web del Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales <http://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/a997-seguridad-social-en-resumen.html.es> donde se puede descargar un folleto en español “La Seguridad Social en resumen”, que contiene información detallada sobre el sistema de seguridad social en Alemania, así como de http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/alemania/pensiones/contenidos/Seguridad_social_en_Alemania.pdf.es

organismos están supervisados a nivel de los Estados (Länder) por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y a nivel federal, por la Oficina Federal de Seguros (Bundesversicherungsamt).

Analizando específicamente la contingencia de I.T., su cobertura distingue entre la derivada de su producción por contingencias profesionales (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) de la producida por contingencias comunes. Comenzando por estas últimas, el Seguro de Enfermedad cubre la contingencias de la enfermedad común como causa productora de pérdida de ingresos para el trabajador, teniendo éste derecho a las prestaciones dispensadas en especie de asistencia sanitaria, abarcando asistencia hospitalaria y atenciones de médicos, odontólogos, incluyendo la dispensación de medicinas, así como el derecho a prestaciones económicas, subsidio de enfermedad (kraunkengeld) consistente en el 80 por ciento del salario habitual del trabajador (Regellohn), el cual a su vez, sirve de base de cotización. El subsidio se abona durante un período máximo de 78 semanas en tres años; para tener derecho a él, el trabajador ha de estar incapacitado para el trabajo por causa de enfermedad, enlazándose, en caso de que la incapacidad temporal devenga en permanente, con la declaración de invalidez.

Respecto a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, el Seguro de Accidentes ofrece igualmente prestaciones de asistencia sanitaria (prestaciones en especie) con la extensión precitada para las contingencias comunes, y prestaciones económicas, distinguiendo entre subsidio de accidente (Verletztengeld) y pensión de accidente (Verletztenrente), abonándose el primero a la persona incapacitada por contingencias profesionales en cuantía del 80 por ciento de su salario anual bruto durante 10 semanas, transcurridas las cuales, si persiste aún la incapacidad siendo superior al menos al 20 por ciento, se accede a la pensión permanente de accidente¹⁰⁰³.

Austria¹⁰⁰⁴. El régimen de Seguridad Social austriaco está fuertemente influido por el

¹⁰⁰³ Durante un período máximo de 2 años tras el accidente, dentro del cual ha de calificarse el estado de incapacidad del trabajador con la fijación de una pensión sobre una base permanente).

¹⁰⁰⁴ <http://ec.europa.eu/social/main>. Página web del Ministerio de Trabajo austriaco (Sozial Ministerium) http://www.sozialministerium.at/siteEN/_Labour/Labour_Law/Occupational_retirement_provision en su versión inglesa.

sistema alemán, basándose en la existencia de Seguros Sociales específicos, de los que concretamente serán objeto de nuestra atención el Seguro de Enfermedad y el Seguro de Accidentes.

El Seguro de Enfermedad está administrado por las Cajas Regionales del Seguro de Enfermedad (Gebietskrankenkasse) de cada estado federado. Las prestaciones que las Cajas tienen establecidas para los trabajadores que caen en situación de incapacidad temporal por enfermedad son en especie (atención médica, abarcando tanto la prestación de servicios médicos de cabecera, especialistas, odontólogos, con asistencia domiciliaria y hospitalaria, y la dispensación de medicamentos¹⁰⁰⁵), y en metálico (se satisface el subsidio de enfermedad (krankengeld) a partir del 4º día de incapacidad, con una duración mínima legal de 52 semanas y máxima de 78 semanas¹⁰⁰⁶). El cálculo del subsidio se realiza sobre el último salario percibido por el trabajador (con el límite de la base máxima de cotización), ascendiendo al 50 por ciento en los primeros cuarenta y dos días, y al 60 por ciento a partir del cuadragésimotercero. Además, los Estatutos del organismo de Seguro de enfermedad pueden establecer un incremento de porcentaje en atención a la existencia de cónyuge y familiares dependientes del trabajador asegurado enfermo, siempre con el límite del 75 por ciento del salario.

El Seguro de Accidentes por su parte, está administrado principalmente por el Instituto General de Accidentes, por el Instituto de la Seguridad Social de los Agricultores, así como por el Instituto de la Seguridad Social del Comercio y la Industria, en función del ámbito sectorial de la actividad. El Seguro de Accidentes otorga prestaciones en especie en las mismas condiciones que el Seguro de Enfermedad para los trabajadores incapacitados por contingencias profesionales, reconociéndose, además, medidas de rehabilitación profesional (ayuda para mantener ó conseguir un puesto de trabajo; perfeccionamiento y reciclaje profesionales), y, por regla general, una ayuda transitoria (übergangsegeld) mientras dure la formación profesional, así como medidas de rehabilitación social y otras ayudas más diversas para adquisición de vivienda ó facilitar la movilidad del trabajador accidentado.

¹⁰⁰⁵ El asegurado abona una contribución a los mismos.

¹⁰⁰⁶ Dependiendo de los Estatutos del organismo asegurador.

Por lo que a las prestaciones dinerarias se refiere, en primer lugar, se abonan las prestaciones anteriormente citadas para caso de enfermedad (subsidio de enfermedad); agotado el período de incapacidad temporal (o transcurridas, a lo más, 27 semanas), se paga una pensión de incapacidad permanente si durante un lapso de tiempo superior a 3 meses ha quedado mermada la capacidad de ganancia del trabajador accidentado en, al menos, un 20 por ciento. En caso de que, derivado del accidente de trabajo ó de la enfermedad profesional se precise asistencia sanitaria hospitalaria o bien ingreso en una clínica especial, existe derecho a un subsidio familiar por accidente o, en su caso, a una indemnización diaria por pérdida de ganancia.

Bélgica¹⁰⁰⁷. En la Seguridad Social belga pueden distinguirse dos subsistemas: los Seguros sociales de contenido profesional, y la asistencia social. La administración de los Seguros Sociales, que están controlados por el Ministerio de Asuntos Sociales, la desempeñan organismos públicos, entre los cuales están el Instituto Nacional del Seguro de Enfermedad e Invalidez (Rijksinstitut voor Zietke en invaliditeitsverzenkerin, R.I.Z.I.V), y el Fondo de Enfermedades Profesionales (Fonds voor de beroepsziekten, F.B.Z.). La administración del Seguro de Accidentes de Trabajo está confiada a compañías privadas de aseguramiento y a fondos de aseguramiento colectivo, debiendo estar afiliados los empresarios a uno de éstos.

Con respecto a las prestaciones para los supuestos de I.T. derivados de enfermedad común, el Seguro de Enfermedad cubre una compensación financiera por el coste de la asistencia sanitaria, incluyendo los medicamentos, aunque en el caso de éstos existe una lista de limitación de especialidades farmacéuticas. Por consiguiente, la persona asegurada abona el coste de la asistencia médica y ha de obtener un certificado de la asistencia que le ha sido prestada para, con posterioridad, solicitar el reembolso a su Caja de Enfermedad con la excepción de una cantidad (remgeld) que es de su exclusivo cargo. En los casos de I.T. para el trabajo, la Caja del Seguro de Enfermedad abona prestaciones económicas condicionadas al requisito de un descenso en la capacidad de

¹⁰⁰⁷ <http://ec.europa.eu/social/main>. INAMI, en su acrónimo en francés (Institut National d'assurance maladie-invalidité)

<http://www.inami.fgov.be/homefr.htm>;

<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/belgica/trabajar/Belgica/contenidos/admonlab.htm.es> Pieters,

D. Introducción al derecho de la Seguridad Social de los países... op.cit. págs.31 y ss.

ganancia del trabajador enfermo de, al menos, el 66 por ciento¹⁰⁰⁸. Durante los primeros seis meses la condición se evalúa en relación con la profesión del interesado, y a partir de ese momento, en relación con su categoría profesional o con cualquier otra profesión que el asegurado hubiese podido desempeñar en función de su educación. Durante el primer año (incapacidad laboral primaria) la prestación consiste en el 60 por ciento del salario por el que se cotiza. A partir del segundo año se considera ya un período de invalidez, y las personas que sean cabeza de familia perciben el 65 por ciento. En los supuestos de I.T. derivados de accidente de trabajo la asistencia sanitaria es satisfecha totalmente por la aseguradora, lo que también sucede para la enfermedad profesional; la prestación económica consiste en un porcentaje de su salario anual equivalente al grado de incapacidad para el trabajo que se determine oficialmente.

Dinamarca. Aunque no existe en Dinamarca un concepto definido del contenido de la Seguridad Social¹⁰⁰⁹, sí se da una clara diferenciación entre los Seguros Sociales, de régimen profesional, y la asistencia social. Los primeros abarcan, entre otras, prestaciones diarias en caso de enfermedad, seguro público de salud y prestaciones derivadas del Seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La administración de los Seguros Sociales está descentralizada, basándose el sistema danés en el principio de que el ciudadano (y por consiguiente el trabajador) debe acceder a la Seguridad Social a través de su comunidad local o, caso de grandes municipios, de sus subdivisiones.

A nivel nacional la Seguridad Social es competencia del Ministerio de Asuntos Sociales (Socialministerium), aunque algunas materias lo son del Ministerio de Trabajo. En el primero existen dos gerencias: la Socialstyrelse y la Sikringstyrelse (Servicio Nacional de la Seguridad Social) encargada ésta del régimen del Seguros Sociales. El Seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de otra parte, se concierta por los

¹⁰⁰⁸ Existe una presunción de incapacidad por ingreso hospitalario.

¹⁰⁰⁹ Pieters, D.-Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los Estados miembros de la C.E.E.-Traducción de Larrea, E.- Coordinación de la edición española a cargo de Tortuero Plaza, J.L.-INSS.-Civitas.1992.Madrid.-pág.59. <http://ec.europa.eu/social/main>; <http://www.atp.dk/en/atp-as-an-administrator/udbetaling-danmark> (en inglés); http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/dinamarca/pensiones/prestaciones/prestaciones_SS.htm. Pieters, D. Introducción al derecho de la seguridad social... op. cit. págs. 59 y ss.

empresarios con compañías de seguros privadas, controladas por el Servicio Nacional de la Seguridad Social.

Con relación a las prestaciones de enfermedad, en referencia particular a la asistencia sanitaria, en primer lugar, es necesario apuntar, abundando en lo expresado anteriormente, que todo residente en Dinamarca está obligatoriamente asegurado a efectos de asistencia sanitaria, si bien puede elegir entre dos clases de seguro: a) Los que disfrutan del seguro clase 1 gozan de asistencia sanitaria gratuita, aunque únicamente pueden cambiar de médico una vez al año¹⁰¹⁰, y b) Los que optan por el seguro clase 2 tienen plena libertad de elección de médico, pero sólo se les reembolsa el importe de la asistencia sanitaria de acuerdo con las tarifas de clase 1.

En cuanto a los medicamentos, el asegurado abona una parte del precio (50 ó 75 por ciento) en función de un sistema de listas. No obstante, en caso de que la enfermedad ó el accidente hayan sido producidos por contingencias profesionales, el total de la asistencia sanitaria es sufragada por el seguro que cubre estas contingencias. Por lo que hace referencia a prestaciones económicas por I.T., se abona al trabajador una prestación diaria de incapacidad (sygedagpenge), tanto en caso de enfermedad como de accidente, distinguiéndose dos períodos temporales: en el primero de ellos, de dos semanas de duración, es el empresario el que abona la prestación; en el segundo es el Seguro concreto el que corre con su importe, y se extiende mientras la incapacidad continúe, pero con un máximo de 99 semanas.

Para que el trabajador tenga derecho al percibo de las prestaciones por parte del empresario ha de haber estado empleado durante 40 horas en las últimas cuatro semanas, calculándose la prestación sobre la base de la media de los ingresos semanales durante las cuatro semanas precedentes. En los demás casos, y sólo después de cinco semanas de incapacidad, las prestaciones se abonan por el Seguro, calculándose sobre la base de los ingresos del trabajador en el año precedente.

¹⁰¹⁰ En ella está asegurada el 95 por ciento de la población. Pieters, D. Introducción al Derecho de la Seguridad Social, op.cit.pág 78.

Finlandia¹⁰¹¹. El Instituto de Seguros Sociales (KELA), organismo autónomo de derecho público cuya gestión es controlada por el Parlamento, es el ente que se ocupa de las prestaciones de la Seguridad Social finesa que están vinculadas a la residencia. El sistema finés de Seguridad Social es de afiliación obligatoria, pudiendo adquirirse el derecho a las prestaciones en función bien de la residencia, bien del empleo. Así, todos los residentes son beneficiarios del seguro de asistencia sanitaria que corre con una parte de los gastos de la misma.

La asistencia sanitaria es competencia de las corporaciones locales, prestándose principalmente en centros de salud y hospitales, estando prioritariamente dirigida a los residentes del municipio en cuestión. En cuanto a la gestión de los seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales está privatizada, realizándose por compañías de seguros. En lo que se trata de prestaciones económicas de I.T., el organismo público reconoce a los trabajadores de entre 16 y 64 años un derecho a la percepción de un subsidio diario por enfermedad, que se abona a partir del 9º día posterior a la fecha en que el trabajador cae enfermo, y se satisface durante un máximo de 300 días laborables. Este subsidio suele establecerse en función de las rentas de trabajo declaradas por el beneficiario y posteriormente sometidas a comprobación, o bien sobre la base de las rentas del solicitante durante un período de seis meses. Su importe aumenta en función de las rentas de trabajo, pudiendo alcanzar hasta el 66 por ciento de las mismas. En relación a las contingencias profesionales su gestión, por ley, está en manos de seguros privados, debiendo los empresarios asegurar obligatoriamente a los trabajadores que prestan más de 12 días de trabajo. Caso, bien de incumplimiento de esta obligación por el empresario, bien de no darse la obligación de asegurar, producida la baja por enfermedad profesional ó accidente de trabajo, el trabajador tiene derecho a prestaciones económicas de I.T. que son a cargo del Tesoro Público.

El Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en su atención garantiza la cobertura de asistencia sanitaria básica, así como la pérdida de ingresos, abonándose por esta razón un subsidio diario durante un período máximo de 1 año. Si la incapacidad se prolonga más del año, el trabajador pasa a percibir una pensión por

¹⁰¹¹<http://ec.europa.eu/social/main;http://www.kela.fi/web/en.fi> (en inglés);
<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/dinamarca/trabajar/Finlandia/contenidos/ReqTrabajar.htm.es>

accidente. El subsidio de I.T. cubre, durante las primeras cuatro semanas a partir del accidente, el importe equivalente al sueldo que el trabajador habría percibido de continuar en la prestación de sus servicios; posteriormente el subsidio diario será 1/360 de la renta anual del trabajador accidentado.

Francia¹⁰¹². Existen en Francia varios regímenes en la Seguridad Social en función de los distintos grupos profesionales. De ellos, el Régimen General es el más importante y se extiende a los trabajadores por cuenta ajena de la industria, comercio y ciertas categorías de personas asimiladas. Este Régimen General abarca los Seguros de enfermedad y maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, vejez, defunción, desempleo y ayudas familiares. Su administración la realiza la Caisse Nationale de L'assurance des travailleurs salariés (C.N.A.T.S), existiendo a nivel regional las Caisses Régionales d'assurance maladie (C.R.A.M.). La supervisión de todos los organismos administrativos se lleva a cabo a nivel nacional, por el Ministerio de Asuntos Sociales, así como por el Ministerio de Hacienda.

Por lo que hace referencia a la cobertura del Seguro de enfermedad, (assurance maladie) comprende las prestaciones sanitarias y prestaciones económicas diarias en forma de subsidio (indemnités journalières). Las primeras, prestaciones sanitarias, abarcan entre otros, los gastos de medicina general, farmacia, ingreso hospitalario, cirugía y asistencia odontológica, si bien es el asegurado quien debe abonar por sí mismo tales gastos y posteriormente solicitar el reembolso administrativamente, aunque éste nunca es completo al existir (ticket modérateur) una cuantía carencial a cargo del propio asegurado en función de la actividad.¹⁰¹³ Para este reintegro ha de cumplir unos determinados requisitos:

--Bien haber pagado a la Seguridad Social sobre los ingresos obtenidos en el mes anterior, cotizaciones equivalentes como mínimo a la que se debería pagar sobre un

¹⁰¹² <http://ec.europa.eu/social/main>

¹⁰¹³ Pieters, D. Introducción al Derecho de la...op.cit. .pág.137. Se pagan obligatoriamente unos porcentajes fijos, salvo que existan razones especiales para su exoneración: 20 por ciento de los honorarios médicos durante la hospitalización; 20 por ciento de los gastos de hospital; 40 por ciento de honorarios de auxiliares y gastos de pruebas de laboratorio. www.social-sante.gouv.fr ; <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/francia/trabajar/contenidos/ReqTrabajar.htm>

salario igual a 60 veces el denominado smic (salaire minimum de croissance).

--Haber trabajado, como mínimo 60 horas en el mes anterior.

--Haber pagado, sobre la remuneración ó sueldo obtenido durante los tres últimos meses anteriores al tratamiento.

--O haber trabajado como mínimo 120 horas por cuenta ajena durante los tres últimos meses antes de recibir tratamiento.

El trabajador y familiares tienen derecho a la libre elección de médico y centro donde ser tratados.

Atendiendo ahora a la prestación económica, el subsidio económico de I.T. se percibe a partir del 4º día de la enfermedad incapacitante para trabajar y mientras dure la incapacidad, por un período inicial de seis meses, en una cuantía equivalente a la mitad de sus ingresos durante el mes anterior a la baja por enfermedad, sin rebasar un importe máximo. Para adquirir este derecho el trabajador enfermo ha de haber estado registrado en la Seguridad Social en Francia durante, como mínimo, doce meses anteriores a la declaración de enfermedad; ha de haber prestado servicios durante 200 horas como mínimo dentro de los tres meses anteriores, ó en su caso haber satisfecho cotizaciones equivalentes a la que se debería abonar por un salario igual al indicado smic..Si la incapacidad se extiende por un período de tiempo superior a los seis meses, la continuación en el abono del subsidio requiere que el trabajador incapacitado haya trabajado como mínimo 800 horas en los últimos doce meses (de las que 200 horas han de estar incluidas en los tres primeros meses de dicho período) , o en su caso que haya abonado cotizaciones equivalentes a las debidas por un salario igual a 2030 veces el smic. En el caso de algunas enfermedades de larga duración el subsidio puede percibirse hasta un máximo de tres años.

Por lo que se trata de las contingencias profesionales, el Seguro de accidentes de trabajo cubre la prestación gratuita de la asistencia sanitaria debida, tanto de primera asistencia como de hospitalización, medicinas, ayudas y prótesis que el accidentado necesite, existiendo un tope máximo establecido. Se trata, por ello, de un abono directo, no de reintegro a posteriori. Se abona un subsidio diario de incapacidad (indemnité journalière) a partir del día siguiente al accidente, que asciende al 60 por ciento de sus ingresos, hasta el 28º día, y a partir del 29º, del 80 por ciento, sin límite de duración.

En caso de que como consecuencia del accidente o enfermedad profesional el asegurado quede total ó parcialmente incapacitado para trabajar, tendrá derecho a una pensión de incapacidad.

Gran Bretaña¹⁰¹⁴. El concepto oficial de Seguridad Social en Gran Bretaña está constituido por las prestaciones económicas que gestiona el Departamento de Seguridad Social y que no incluye la asistencia sanitaria prestada por el National Health Service (Servicio Nacional de Salud). Las antedichas prestaciones económicas pueden distribuirse en 4 categorías:

- Prestaciones sujetas a declaración de ingresos (Means tested benefits).
- Prestaciones no contributivas (Non-contributory benefits).
- Prestaciones por hijo a cargo (Child benefits).
- Prestaciones contributivas (Contributory benefits), que las equivalentes a los Seguros de enfermedad, invalidez y accidentes de trabajo, además de las contingencias de desempleo, maternidad, vejez y muerte.

En su gestión administrativa, la Seguridad Social británica está confiada al D.S.S (Department of Social Security), que gestiona todas las prestaciones económicas de la Seguridad Social, existiendo además un D.H. (Department of Health), dependiendo ambos de un Secretary of State. El D.S.S. está formado por una Oficina General del Departamento, las Central Offices, que son doce oficinales regionales, y las Local Offices que desempeñan las labores administrativas ordinarias y comunes en esta materia. La atención sanitaria no es entendida en el Reino Unido como parte de la Seguridad Social. La competencia de su prestación corresponde al National Health Service (N.H.S), cubriendo la atención médica de todos los residentes en Gran Bretaña, tanto por lo que hace referencia a medicina general como a ingresos en los hospitales públicos. Por lo que a medicamentos se refiere, existe una contribución de cuantía fija por todos los que se prescriben, si bien se regulan exclusiones personales como son los menores de 16 años de edad, personas con bajos ingresos y personas que hayan alcanzado edad pensionable.

¹⁰¹⁴ <http://ec.europa.eu/social/main>; <https://www.gov.uk/browse/working/time-off.gb>.Página gubernamental dedicada a empleo, trabajos y pensiones (Working, jobs and pensions).

Entrando en el análisis particular de las prestaciones económicas derivadas de una situación de I.T., es necesario indicar primeramente que la mayoría de los trabajadores por cuenta ajena tienen derecho, producida una enfermedad, al Statutory sick pay (s.s.p.), paga obligatoria de enfermedad a cargo de la empresa, siempre que la enfermedad le produzca al trabajador una incapacidad para trabajar, y su remuneración semanal alcance al mínimo a partir del cual se pagan cotizaciones a la Seguridad Social (NIC). Su duración es de 28 semanas como máximo, dentro de un solo período de incapacidad. Si no se tiene derecho a s.s.p y la incapacidad por enfermedad dura más de 4 días, el trabajador puede solicitar un subsidio estatal a corto plazo (sickness benefits), para lo cual ha de reunir determinadas condiciones de cotización. A saber:

--Haber pagado cotizaciones de las clases 1 o 2 o una combinación de ambas, equivalentes como mínimo a 25 veces el límite inferior de ingresos semanales en cualquier ejercicio fiscal.

--Haber pagado o tener acreditadas cotizaciones de clases 1 o 2, o una combinación de ambas equivalente por lo menos a 50 veces el límite inferior de ingresos semanales durante los dos ejercicios fiscales¹⁰¹⁵ que finalizaron antes del comienzo del año¹⁰¹⁶ en el cual se presenta la solicitud.

Para la atención económica de las contingencias profesionales se abona un subsidio si como consecuencia de aquéllas el trabajador continúa incapacitado para trabajar a partir de la decimoquinta semana (Disablement benefit), para el que no se exigen requisitos de cotización, y que puede continuar abonándose hasta la muerte del beneficiario; su cuantía se fija en función del grado de discapacidad valorado comparando el estado del interesado con el de una persona de la misma edad, sexo y condiciones físicas y psíquicas normales. Existen, de otra parte, una indemnización por lesiones corporales y, además pueden abonarse complementos por:

--Necesitar asistencia de tercera persona (Constant attendance allowance).

--Tratarse de una discapacidad excepcionalmente grave (Exceptional severe disablement

¹⁰¹⁵ De 6 de abril de un año a 5 de abril del siguiente.

¹⁰¹⁶ El primer domingo de enero de un año hasta el sábado anterior al primer domingo de enero del año siguiente.

allowance).

Igualmente pueden prestarse ayudas por reducción de ingresos (Reduced earnings allowance) si el accidente laboral ó la enfermedad profesional se iniciaron antes del 1 de octubre de 1990 y si debido a la discapacidad no puede ejercerse actividad laboral normal.

Grecia¹⁰¹⁷. No es utilizado habitualmente en Grecia el término Seguridad Social sino que se habla de un sistema de aseguramiento social (Systema Koinonikis asphalisseos) que puede dividirse en Aseguramiento social, Asistencia social y Sistema Nacional de Salud. Existe un gran número de Seguros Sociales, si bien el que sirve de referencia compiladora y abarca a los trabajadores asalariados es el IKA (Idryma Koinonikon Asphaliseon), Instituto de Seguros Sociales, que se encarga tanto de las prestaciones en metálico como en especie, dependiendo del Ministerio de Sanidad, Bienestar y Aseguramiento Social.

Para el caso de enfermedad de un trabajador el IKA reconoce prestaciones de asistencia sanitaria a los trabajadores que hayan completado 50 días de trabajo durante el año anterior al día en que se ha declarado enfermo al asegurado. La asistencia tanto en consultas como estancia en hospitales son gratuitas, devengándose una contribución personal¹⁰¹⁸ para las medicinas. También puede accederse a un nivel superior de asistencia hospitalaria, no en lo que respecta a tratamiento médico sino por lo que afecta a la función hotelera del hospital¹⁰¹⁹ en función, primero, de requisitos superiores de días trabajados y de un abono individual del 10 por ciento de los gastos extras durante el primer mes de la hospitalización, y únicamente durante seis meses.

La prestación económica por enfermedad consiste en un subsidio cuya cuantía es del 50 por ciento de la remuneración de referencia del trabajador, según la categoría asignada en función de los ingresos durante los últimos 30 días de trabajo completados durante el

¹⁰¹⁷ http://europa.eu.int/comm/employment_social/missoc/2003/index_el_en.htm; documento publicado, en francés, por la Secretaría General de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo griego: [LE SYSTEME HELLENIQUE DE LA SECURITE SOCIALE.doc](#)

<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/italia/pensiones/contenidos/prestaciones.htm#Grecia>

¹⁰¹⁸ Alrededor del 20 por ciento.

¹⁰¹⁹ Habitaciones individuales.

año civil anterior, incrementándose en un 10 por ciento por cada familiar a cargo, sin exceder del 70 por ciento. Este subsidio de enfermedad, en cambio, se reduce en 2/3 si el asegurado recibe tratamiento en un hospital por cuenta del IKA y carece de familiares dependientes. El subsidio se abona a partir del 4º día de la enfermedad durante un máximo de 182 días por enfermedad, pero si la enfermedad dura más de tres días, éstos se abonan con carácter retroactivo. Este período puede ampliarse a 720 días si se han completado 4500 días de trabajo ó si se han completado 1500 días, de los cuales 600 deben estar incluidos en los últimos 5 años precedentes a la enfermedad. Durante el primer mes, el empresario complementa la prestación con la diferencia entre el importe de ésta y el salario que el trabajador percibía.

Para los casos de I.T. producidos por contingencias profesionales, no existe un régimen uniforme de prestaciones, sino que la contingencia estará cubierta por el régimen de Seguro de enfermedad respectivo, si bien las condiciones de acceso son más favorables que para las contingencias comunes dado que no es necesario reunir un período previo de cotización.

Holanda¹⁰²⁰. En la Seguridad Social de los Países Bajos se pueden distinguir 4 ramas: el régimen de Seguros Sociales; los Servicios sociales complementarios; el régimen de Seguros de pensiones profesionales y el régimen de funcionarios públicos. El primero de ellos, es el Seguro de los trabajadores asalariados, comprendiendo tanto la incapacidad temporal y la asistencia sanitaria derivada de ella. Es necesario indicar que, dentro de los Seguros Sociales existe una subdivisión de Seguros generales que cubren las contingencias de asistencia sanitaria para graves contingencias médicas, vejez, muerte, invalidez y asignaciones familiares.

La administración del Seguro de los trabajadores asalariados está confiada a las Asociaciones profesionales, con la excepción de las prestaciones sanitarias reconocidas en el marco de la asistencia sanitaria. Para ello, el Ministerio de Asuntos Sociales ha clasificado las diversas actividades profesionales incluyéndolas en ramas de la industria ó profesiones, pudiendo cualquier asociación creada por organizaciones representativas de empresarios y trabajadores ser reconocida oficialmente como Asociación

¹⁰²⁰ ;<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/paisesBajos/trabajar/index.htm.es>

profesional, si bien en cada rama de la industria únicamente puede haber una asociación profesional competente. Las Asociaciones, en su mayoría, confían su administración a la Oficina Común de Administración (Gemeenschappelijk Administratiekantoor), G.A.K., asociación creada por las organizaciones centrales de trabajadores y empresarios.

Como nota a destacar, los Países Bajos son el único país de la U.E. cuyo derecho contiene previsiones para aquellas personas que tengan objeciones de conciencia contra el aseguramiento, que pueden ser eximidos de la obligación de cotizar por el Seguro general debiendo, no obstante, pagar impuestos sobre su salario o renta equivalentes a la cotización que por aquéllos correspondería.

Respecto a las prestaciones, la asistencia sanitaria está cubierta para todos los residentes contra las denominadas contingencias sanitarias graves (tratamientos y cuidados en una institución para minusválidos y en hospitales psiquiátricos) a través del Seguro general, exigiéndose, como regla general, una contribución personal del asegurado dependiente de su capacidad económica. Los trabajadores y asimilados obligatoriamente asegurados al Seguro de enfermedad tienen derecho a prestaciones médicas en especie siempre que no tengan derecho a aquélla en base al Seguro general para contingencias graves.

En cuanto a las prestaciones económicas de I.T., las reciben únicamente los trabajadores asalariados, y se abonan desde el tercer día de incapacidad durante un período máximo de 1 año. La cuantía del subsidio es del 70 por ciento del salario bruto diario del asegurado, con un límite salarial máximo. No obstante, diversas disposiciones de ámbito civil determinan la obligación del empresario de continuar el abono del salario en períodos de tiempo cortos, seis semanas equivalentes a la cuantía del salario mínimo (w.m.m). Y de otra parte, los Convenios Colectivos suelen fijar complementos a las prestaciones de I.T. para llegar al 100 por cien de las retribuciones percibidas por los trabajadores. Por otro lado, en virtud de la Ley de Complementos (T.W) determinadas prestaciones entre las que se encuentran las de enfermedad, son complementadas hasta el mínimo social aplicable al interesado¹⁰²¹.

¹⁰²¹ 100 por 100 para beneficiario y cónyuge; 90 por 100 del salario mínimo neto para beneficiario con un hijo a cargo con derecho a prestación por éste; 70 por 100 para el beneficiario no casado.

Irlanda¹⁰²². El término empleado en la República de Irlanda para denominar el sistema de Seguridad Social es el de “Social Welfare”, incluyendo este concepto todas las prestaciones cuyo destino es el mantenimiento de ingresos. En el Social Welfare se distinguen tres niveles de protección: Los Seguros Sociales, la asistencia social y una tercera categoría residual de ayudas de carácter heterogéneo.¹⁰²³ Al igual que en el sistema británico, no se incluyen en las prestaciones de Seguridad Social las de asistencia sanitaria que se prestan en dos clases de escalas, por el Department of Health. La gestión y administración de la Seguridad Social está totalmente realizada por el Estado a través del Department of Social Welfare dependiente del Ministro competente (Minister of Social Welfare).

Por lo que se refiere al régimen de Seguros Sociales, que comprende a los trabajadores, todas las prestaciones excepto las derivadas de contingencias profesionales, han de causarse previo cumplimiento de unos períodos de cotización; de ahí que para los supuestos de enfermedad que dan derecho a percibir prestaciones de corta duración se debe haber cotizado efectivamente durante 39 semanas como mínimo, abonándose aquéllas en función de la cotización realizada, de forma que teniendo cotizadas 48 semanas se abona la prestación completa, pagándose parcialmente si lo cotizado se extendió por más de 39 semanas pero sin alcanzar las 48 completas.

En materia de I.T. se distinguen dos clases de prestaciones: la prestación de incapacidad (disability benefit) y la pensión de invalidez (invalidity pension). La primera se abona a los trabajadores incapacitados para desempeñar un trabajo por enfermedad que cumplan los requisitos de cotización exigidos, satisfaciéndose durante un año con un período de carencia de tres días. Pasado ese lapso temporal, de continuar la incapacidad con carácter permanente se accede a la pensión de invalidez.

En el caso de que la I.T. derive de contingencias profesionales, no se exigen requisitos

¹⁰²²<http://ec.europa.eu/social/main>

<http://www.empleo.gob.es/es/Mundo/consejerias/reinoUnido/pensiones/contenidos/pensionessi.htm>.

¹⁰²³ Child benefits (prestaciones por hijo a cargo); family income supplement (familias con bajos ingresos) y otras prestaciones en especie como transporte gratuito y servicios gratuitos de energía. Pieters, D.. Introducción al...op.cit pág.229.

de cotización y se abona una prestación económica (injury benefit) durante las primeras 26 semanas; en este caso, aunque existe el período de carencia de los tres primeros días, la prestación se abona desde el primero si la incapacidad se extiende por más de cuatro días. Agotado el período de 26 semanas, se abona otra prestación (disablement benefit) siempre que subsista el derecho a la prestación por accidente o enfermedad profesional. Este cálculo del grado de incapacidad se formula bajo criterios estrictamente médicos. El porcentaje de incapacidad se redondea al múltiplo más cercano de 10, abonándose la disablement benefit a tanto alzado si el porcentaje es inferior al 20. En caso de que la incapacidad vaya a durar más de 7 años, el beneficiario puede optar por percibir una pensión en vez de la suma a tanto alzado. En el supuesto contrario, esto es, si la incapacidad es superior al 20 por ciento, se abona una prestación periódica equivalente al porcentaje de incapacidad. Para este caso existen otros dos complementos, la unemployment supplement, que se abona al beneficiario incapacitado permanente para el trabajo, si bien sólo durante un período limitado de tiempo, y de otra parte, la constant attendance, que se satisface a los beneficiarios que padeciendo una incapacidad del 100 por cien necesiten la atención de tercera persona.

Como se señaló la asistencia sanitaria tiene una consideración especial. Se contemplan dos clases de prestaciones en especie. Las prestaciones más amplias, abarcando medicina general, especialidades, medicamentos, asistencia odontológica y asistencia hospitalaria en centros públicos, se dispensa a aquellas personas que no pueden costeársela directamente por causarles un grave quebranto, y se determina su definición en base a un límite de ingresos, tomándose en consideración la situación de toda la familia. Se exige únicamente una contribución personal por cada día de hospitalización, estando la cuantía total limitada anualmente.

Las segundas se otorgan a las personas cuyos ingresos superan el límite establecido, que deben abonar las prestaciones de medicina general a su costa. En el caso de que los ingresos superen un segundo nivel más elevado, también deben abonar la asistencia especializada.

La dispensación de medicamentos es gratuita siempre que su cuantía no exceda de una determinada cuantía mensual, mientras que los medicamentos son totalmente gratuitos para personas que padezcan determinadas enfermedades listadas.

Italia¹⁰²⁴. La denominada *Providenza Sociale* abarca determinadas ramas de protección, existiendo en primer lugar los Seguros Sociales, constituyendo el principal el Régimen General de la Seguridad Social que protege a los trabajadores de los empresarios privados, encargándose el Instituto Nazionale de la *Providenza Sociale* (I.N.P.S.), de la gestión de las prestaciones económicas de enfermedad, vejez, muerte, invalidez, desempleo y protección a la familia, mientras que la protección de la salud se dispensa a través del Servicio Sanitario Nazionale (S.S.N.), y la de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se cubre a través del Instituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul lavoro (I.N.A.I.L.).

Las prestaciones dispensadas en caso de enfermedad son: en especie (asistencia sanitaria) y en metálico. Las primeras se reconocen por tiempo ilimitado desde el comienzo de la enfermedad, en función de la residencia, dispensándose a través de médicos contratados por las regiones, hospitales públicos y hospitales privados reconocidos. Los beneficiarios gozan de libertad de elección de médico de medicina general, especialista y hospital, debiendo abonar una contribución personal por pruebas clínicas y de laboratorio, así como por medicinas. No se exigen las mismas a las familias de bajos ingresos, familias numerosas, minusválidos y enfermos graves.

La prestación económica por I.T. derivada de enfermedad se abona tras un período de espera de tres días, con una duración total de seis meses al año. Su cuantía es del 50 por ciento de los salarios dejados de percibir, incrementándose hasta el 60 por ciento a partir del día vigésimo primero, pero si el trabajador está hospitalizado y carece de familiares a cargo, la prestación se reduce a 2/5 del salario. Si la I.T. deriva de contingencias profesionales, la prestación económica se abona a partir del cuarto día desde el accidente, retribuyéndose por el empresario el día del suceso y los tres siguientes, pero al 60 por cien del importe del salario. En estos casos la prestación se abona hasta que se produce el alta por curación o las lesiones se consolidan, determinándose en su caso el derecho a la percepción de una pensión de incapacidad permanente para el trabajo. La

¹⁰²⁴ <http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/italia/pensiones/contenidos/prestaciones.htm>. Portal del I.N.P.S.
<http://www.inps.it/portale/default.aspx?SID=%3b0%3b5673%3b5688%3b&lastMenu=5688&iMenu=1&iNodo=5688&p4=2>.

cuantía de la prestación económica es del 60 por ciento de la media salarial de los 15 días precedentes a la producción de la contingencia profesional durante los primeros 90 días, y a partir de ese día, el 75 por ciento.

Luxemburgo¹⁰²⁵. La Seguridad Social luxemburguesa está influida desde su nacimiento por el sistema de Seguros Sociales alemán; de este modo, dentro de aquélla se pueden distinguir un régimen de Seguros Sociales de carácter profesional, que incluye un seguro de enfermedad y maternidad (Assurance maladie-maternité); un seguro de accidentes (Assurance accidents), y un seguro de pensiones (Assurance pensions). De otra parte, existe un régimen de prestaciones familiares, así como prestaciones por desempleo, prestaciones del Fond National de Solidarité y asistencia social.

En materia de organización administrativa las competencias las ostenta el Ministerio de Seguridad Social, del que dependen un organismo de supervisión general de todo el sistema, la Inspection Générale de la Sécurité Sociale, y otro cuyas funciones se dirigen a la invalidez, Contrôle Medical de la Sécurité Sociale. Por lo que se refiere a la administración del Seguro de enfermedad, ésta corresponde a las Cajas de Enfermedad (Caisses de Maladie), unidas en lo que constituye una persona jurídica de derecho público (Union des Caisses de Maladie). Las contingencias profesionales, de otra parte, están aseguradas por las empresas unidas en la Asociación del Seguro de Accidentes, de carácter mutual, cuyo Presidente es nombrado por el Gobierno.

En caso de enfermedad el Seguro de enfermedad cubre la asistencia sanitaria, causándose las prestaciones en especie desde la afiliación, y extendiéndose tanto a asistencia médica, odontológica, como a gastos de viaje y ambulancia de la persona enferma, gastos farmacéuticos, exámenes radiológicos, gastos de hospital, gastos de rehabilitación y ayudas ortopédicas.

La asistencia médica se divide en tres categorías: asistencia no reembolsable; asistencia prioritaria (totalmente reembolsable) y asistencia ordinaria (cuyos gastos se reembolsan en un 80 por ciento, excepto en caso de hospitalización, en cuyo caso se reembolsa el

¹⁰²⁵

http://ec.europa.eu/social/main_http://www.luxembourg.public.lu/fr/vivre/sante-et-securite-sociale/index.html

100 por cien). El asegurado, que tiene libre elección de médico y hospital, con la aprobación de su Caja de enfermedad, puede ser tratado en el extranjero, con reembolso del coste por parte de la Caja; abona una contribución personal del 20 por ciento aproximado por la primera visita normal a un médico en un período de 28 días; para las siguientes visitas u otras no habituales, el 5 por ciento, mientras que en caso de hospitalización solamente se satisface una contribución para sufragar gastos de hostelería por la estancia en el hospital.

Respecto a las prestaciones dinerarias, las económicas por enfermedad se abonan únicamente en caso de haber estado afiliado a la Caja de Enfermedad durante los seis meses precedentes. Su cuantía es equivalente a lo que el asegurado ganaría si pudiera continuar trabajando, abonándose desde el primer día hasta un máximo de 52 semanas. Sin embargo, no se abonan si el empresario, por ley o convenio, tiene obligación de continuar retribuyendo su salario al trabajador, y durante el período temporal a que se extienda este deber. En lo que hace referencia a las prestaciones a satisfacer derivadas de contingencias profesionales, son equivalente a las anteriores, si bien se causa derecho a pensión de invalidez a partir de la decimotercera semana de incapacidad para el trabajo y se percibe mientras dure la incapacidad completa (pensión del 80 por ciento) o parcial (porcentaje sobre la anterior).

Los gastos de asistencia sanitaria producidos por un accidente laboral o una enfermedad profesional son directamente satisfechos por la Asociación del Seguro de Accidentes, que abona igualmente la contribución personal por la asistencia sanitaria de la persona accidentada asegurada.

Portugal¹⁰²⁶. El término Seguridad Social engloba en Portugal dos regímenes, contributivo uno y no contributivo el segundo, encontrándose dentro de aquél las prestaciones por pérdida temporal de ingresos debido a enfermedad, no incluyéndose sin embargo en estricto sentido ni la asistencia sanitaria, administrada por el Servicio Nacional de Salud, de carácter universal y en principio gratuita, ni el Seguro de Accidentes de trabajo, que es gestionado por compañías privadas de Seguros

¹⁰²⁶<http://ec.europa.eu/social/main>

<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/portugal/pensiones/contenidos/prestaciones.htm> Página web de la Seguridad Social portuguesa <http://www2.seg-social.pt/left.asp?03.07.01>

supervisadas por el Ministerio de Hacienda.

La organización administrativa de la Seguridad Social portuguesa está descentralizada en tres niveles: centrales (Instituto de Gestao financeira da Segurança Social y Centro Nacional de Pensoes, personas jurídicas con autonomía administrativa y financiera), regionales y locales, siendo responsabilidad del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La gestión real¹⁰²⁷ se confía a los Centros Regionales (Centros Regionais de Segurança Social, C.R.S.S.), que disponen de una red de oficinas locales para acercar su actividad al ciudadano.

La asistencia sanitaria se presta por el Serviço Nacional de Saúde, aunque no forma parte estricta de la Seguridad Social, introduciéndose un sistema variable de contribuciones personales, con exenciones para los beneficiarios de pensiones de invalidez, vejez y supervivencia ó titulares de prestaciones en base al Seguro de Enfermedades Profesionales, y pagos de entre el 20 y el 50 por ciento del coste de los medicamentos que aparecen en una lista oficial. La asistencia sanitaria derivada de accidentes de trabajo es satisfecha por las compañías aseguradoras sin exigir contraprestaciones a los trabajadores víctimas de los mismos.

En lo referente a las prestaciones económicas en caso de I.T., cabe distinguir las en función de la contingencia causante, dado que si es enfermedad común, los asegurados tienen derecho a la prestación por enfermedad (Subsidio por dolença) si, tratándose de trabajadores por cuenta ajena, pueden acreditar haber desempeñado un trabajo retribuido de, por lo menos, seis meses así como, al menos durante los últimos 12 días dentro de los cuatro meses precedentes a la determinación de la incapacidad para el trabajo. La cuantía de la prestación es el 65 por ciento del salario diario medio percibido durante los dos últimos meses anteriores a la baja médica, constituyendo los tres primeros días el período de carencia, y su duración máxima es de 365 días consecutivos. Si la incapacidad se debe a accidente de trabajo o enfermedad profesional, se reconoce a la víctima una prestación económica por I.T. si está bajo tratamiento médico o siguiendo terapia de rehabilitación; la base reguladora de la prestación será el 80 por ciento de los salarios dejados de percibir que excedan del salario mínimo de la rama

¹⁰²⁷ Pieters, D. Introducción al... op.cit.pág.305.

industrial en la que trabaja la víctima. No obstante, se percibe sólo una tercera parte de esa cuantía durante los tres primeros días siguientes al accidente cuando sea ingresado el trabajador que lo padeció en un hospital o cuando los gastos médicos sean soportados por la institución responsable, salvo que existan familiares a cargo de la víctima.

Suecia¹⁰²⁸. El régimen sueco de Seguridad Social es obligatorio y cubre a todas las personas domiciliadas en Suecia con la excepción de la prestación por desempleo, que están incluidas en la Caja del Seguro público de su residencia a partir de los 16 años, existiendo a estos efectos la presunción de que todas las personas que se instalen en Suecia con la intención de residir durante, al menos 1 año, están domiciliadas y cubiertas, por consiguiente, de forma automática, por el régimen público de Seguridad Social sin precisar período de carencia.

Sobre este punto de partida, es necesario indicar que la asistencia sanitaria, que abarca tanto los tratamientos dispensados por los médicos como los realizados en régimen hospitalario y cualquier otro tratamiento, rehabilitación y medicamentos, se presta a nivel regional: cada gobierno debe velar porque las personas domiciliadas en aquella región tengan asistencia médica de calidad, corriendo en todo caso el paciente con parte de los gastos. Los asegurados, además, tienen derecho al reembolso de los gastos contraídos a raíz de los desplazamientos entre su domicilio y el hospital ó profesional sanitario, siempre que sobrepasen determinado importe.

En lo que se refiere a prestaciones económicas por enfermedad (sjurkpeninng) se establecen un subsidio y una indemnización para compensar la pérdida de ingresos en caso de incapacidad para trabajar como resultado de una enfermedad; subsidio que corre a cargo del empresario los primeros catorce días, pasando a continuación a ser competencia de la Caja del Seguro, teniendo en cuenta que no existe límite formal al período durante el cual puede cobrarse la indemnización, salvo en el caso de enfermedad de larga duración, en cuyo caso aquélla puede ser sustituida por una asignación de larga duración (förtidspension) o pensión de invalidez.

¹⁰²⁸ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1130&langId=en> (en inglés).

<http://kassakollen.forsakringskassan.se/?locale=es> (en español).

Para percibir el subsidio no se exige nivel mínimo de ingresos; sin embargo, para beneficiarse de la indemnización es preciso estar inscrito en la Caja del Seguro y acreditar determinados ingresos; además la capacidad de trabajar habrá de haberse visto reducida al menos en una cuarta parte. La cuantía del subsidio se calcula en función del salario que el trabajador hubiese cobrado de no estar enfermo, con un día de carencia, y asciende al 80 por ciento en los primeros 14 días que recordemos, son a cargo del empresario, y al 85 por ciento a partir del decimoquinto día.

Respecto a las contingencias profesionales, pueden acogerse al Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales todas las personas que ejerzan un trabajo fijo o temporal, abonándose una indemnización de enfermedad que se paga en las mismas condiciones, cuantía y extensión que para la enfermedad común; igualmente se recibe asistencia médica, readaptación, indemnización destinada a reparar el daño, así como ingresos y asignación por defunción. Con independencia de la situación declarada de I.T., si el trabajador debe ausentarse del trabajo habitual durante un determinado período de tiempo, para prevenir una lesión profesional o impedir la agravación de una lesión, puede obtener asimismo una indemnización por tal período.

5.2. Socios incorporados a partir de la ampliación de la Unión Europea en 2004

El 1 de mayo de 2004 la U.E. afrontó la mayor ampliación de su historia al incorporarse diez nuevos miembros, la mayoría procedentes del Este de Europa que, tras la caída del comunismo, la evolución progresiva de sus instituciones en las ideas democráticas y la profundización en los derechos humanos, se incorporaron como miembros de pleno derecho en esa fecha tras finalizar la negociación llevada a cabo con la Unión Europea. Con respecto a ellos, particularmente de la I.T. estudiada, la información referida a cada uno de ellos está tomada de estudios encargados por la Comisión Europea¹⁰²⁹ a expertos de dichos países.

¹⁰²⁹ www.aquieuropa.com <http://ec.europa.eu/social/main>

Chipre¹⁰³⁰. La responsabilidad del sistema de protección social chipriota es compartida por los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y Salud en combinación con el Ministerio de Hacienda, de forma que el primero atiende el esquema del seguro social obligatorio para todos los trabajadores (sobre una contribución del 16,6 por ciento a su cargo) que incluye el seguro de desempleo, los subsidios de maternidad, enfermedad y accidente, jubilación, invalidez, viudedad y orfandad, además de “becas” por matrimonio, maternidad, desarrollado por el Departamento del Servicio de Bienestar social.

El Ministerio de Salud tiene como objeto la promoción y protección de la salud de los chipriotas, y se sostiene por la imposición general, organizándose en varios departamentos e instituciones: Directorio General, Servicios farmacéuticos, Servicios médicos y de salud pública..., si bien el sector privado de atención sanitaria alcanza al 70 por ciento de la atención médica, llevada a cabo por acto médico retribuido. La atención médica incluye atención primaria y especializada, medicamentos, cuidados dentales, hospitalización, rehabilitación y prótesis, así como visitas domiciliarias y transporte de pacientes.

Por lo que se refiere al subsidio de enfermedad, se satisface a las personas entre 16 y 63 años que no puedan trabajar y hayan estado aseguradas 26 semanas contribuyendo al menos 26 veces la cantidad mínima mensual establecida, o satisfecho en el año precedente al menos 20 veces la cantidad mínima mensual cotizable. El subsidio es de un 60 por ciento de los ingresos asegurables sobre la base del mínimo nivel de ingresos establecido, incrementado en un tercio por cónyuge dependiente y un sexto por cada adicional dependiente con un máximo de dos veces la cantidad mensual de ingresos básicos asegurables, pagadero por un máximo de 1 año por cada período de interrupción en la prestación de servicios.

La pensión de invalidez se satisface a aquellas personas que no hayan podido trabajar más de 156 días al año y que se espera que permanezcan en situación permanente de capacidad laboral limitada para obtener ingresos por su trabajo con una reducción de

¹⁰³⁰ Tomado del Informe para la U.E. realizado por el Profesor Pashardes, Panos, de la Universidad de Chipre. 2004
www.aquieuropa.com

una tercera parte de sus ingresos ordinarios, y si la pérdida de capacidad laboral y de ingresos es completa, reciben la pensión de invalidez completa.

República Checa¹⁰³¹. La protección social en la República Checa está atendida por cinco sistemas relativamente independientes: Bienestar social; Contribuciones estatales sociales; Seguro Social; Seguro de salud y Protección empresarial, administrados bajo la coordinación de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales—del que depende la Administración Checa de la Seguridad social, responsable de los seguros sociales--, del Ministerio de Salud—que administra hospitales y clínicas--, del Ministerio de Finanzas e Interior así como de los gobiernos de las regiones autónomas, si bien han sido privatizadas muchas instituciones sanitarias.

La Administración checa de la Seguridad Social gestiona el Seguro de Pensiones y enfermedad, incluyendo la maternidad, al tiempo que las consideradas como grandes empresas (esto es, que cuentan con más de 25 trabajadores) gestionan el seguro de enfermedad, y todos los empleadores deben cubrir a sus empleados por las contingencias profesionales definidas en el Código laboral con la Compañía comercial de Seguros Cooperativa. Este seguro de enfermedad, de cobertura obligatoria, e incluye medidas preventivas, atención familiar intra y extrahospitalaria, se gestiona a través de Fondos de Seguros Sanitarios, existiendo una Agencia pública, Seguro de Salud General, que provee las necesidades de quienes no hayan optado por Fondos privados, supervisando al tiempo sus actividades.

La prestación de enfermedad se reconoce a quienes, estando asegurados, se haya certificado médicamente su enfermedad e incapacidad para el trabajo, y alcanza el 50 por ciento los tres primeros días y el 69 por ciento los restantes, sobre la base de cotización. Esta base es del 100 por cien de los ingresos diarios inferiores a 480 (c/cv/dog) hasta el 60 por ciento sobre esa cantidad hasta 690. El período de abono de la prestación económica es ordinariamente de un año que se puede extender a dos si la previsión médica es de recuperación de la capacidad laboral en ese tiempo.

¹⁰³¹ Profesor Tomás, Igor. Bratislava. www.aquieuropa.com Informe citado [http://ec.europa.eu/social/main](http://ec.europa.eu/social/main.htm?lang=es) <http://www.cssz.cz/en/about-cssa/> (Página web en inglés de la Czech Social Security Administration).

Eslovaquia¹⁰³². El actual sistema de Seguridad Social eslovaco es consecuencia de la necesaria adopción de medidas en los años 90 como derivación de los cambios políticos que en esa década tuvieron lugar con el abandono del sistema comunista. El primer diseño tiene lugar en 1996 sobre tres pilares: los Seguros Sociales, las Ayudas Sociales y la Asistencia Social. La competencia política es del Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia y del Ministerio de Sanidad y la gestión de los Seguros Sociales se realiza a través de la Agencia del Seguro Social e incluye el Seguro de enfermedad; Seguro de pensión; suplementos voluntarios de Seguro de Pensión; indemnización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Las Ayudas Sociales son cantidades dinerarias abonadas para alcanzar los niveles de vida precisos antes sucesos familiares sobrevenidos (hijos dependientes). Y por fin la Asistencia social comprende ayudas basadas en unos mínimos niveles de subsistencia. Es de destacar que la asistencia sanitaria y el desempleo no forman parte del sistema de Seguros Sociales, funcionando actualmente a través de Compañías de seguros de salud mediante pólizas de cobertura médica obligatoria, cuya financiación parcial es estatal. Política y administrativamente la sociedad eslovaca vive un proceso de descentralización hacia los municipios y las regiones en los temas de asistencia sanitaria y servicios sociales, habiéndose introducido desde 1994 una separación entre el Presupuesto estatal y los Seguros Sociales, pero tanto éstos como la asistencia sanitaria continúan dependiendo de aquél.

La prestación por enfermedad, como parte del Seguro de enfermedad, compensa la pérdida de ingresos por enfermedad y alcanza el 70 por ciento de los ingresos netos en los tres primeros días de baja para el trabajo y el 90 por ciento desde el cuarto hasta un período máximo de un año.

Eslovenia¹⁰³³. La responsabilidad política del sistema esloveno de Seguridad social corresponde al Ministerio de Trabajo, Familia y Asuntos Sociales, al Ministerio de Sanidad. Dentro de éste, el Instituto Nacional de Seguro de la Salud (que incluye una

¹⁰³² Id. Profesores Vagac, Lubos y Haulikova, Lucía. www.aquieuropa.com

¹⁰³³ Id. Profesores Stopnik, Vada; Stanovik, Tine; Rebolj, Matejka y Prevolnik-Rupel, Valentina.. www.aquieuropa.com http://www.mdds.gov.si/en/areas_of_work/social_affairs/ (Página en inglés del Ministerio de Trabajo, Familia y Asuntos Sociales)

representación de empleadores, empleados, pensionistas e incapacitados para el trabajo) es el órgano ejecutor de la cobertura de la asistencia sanitaria, así como de las prestaciones por enfermedad, y el Instituto para el Seguro de Pensiones y Discapitados atiende las prestaciones a dispensar en esas contingencias. Las prestaciones están financiadas por cotizaciones de empleadores—80 por ciento—y empleados—18 por ciento--, transferencias de presupuestos públicos, así como otros ingresos públicos y privados.

La atención sanitaria está cubierta por el obligatorio Seguro de asistencia sanitaria para asegurados y familiares. Las prestaciones económicas de enfermedad cubren la pérdida de ingresos sobre la media del salario mensual de los últimos doce meses, abarcando del 100 por cien—accidentes de trabajo, enfermedades profesionales--, 90 por ciento—enfermedad--, 80 por ciento—cuidado de niños o familiares, pagadero a partir del trigésimo primer día de enfermedad--, extensible hasta un máximo de un año, en cuyo momento, no existiendo posibilidad razonable de recuperación se somete al asegurado a examen médico para determinar su invalidez.

Estonia¹⁰³⁴. El sistema de protección social de Estonia es competencia del Ministerio de Asuntos Sociales (Sotsialministeerium) que incluye cuatro Diputados Secretarios Generales responsables de atención sanitaria, asuntos sociales, empleo e integración europea. Dentro del Ministerio hay dos Departamentos especializados en la protección social: el Departamento de Seguridad Social y el Departamento de Bienestar Social, atendiendo el primero los temas de seguros de pensiones, ayudas familiares, prestaciones por desempleo, prestaciones de enfermedad y maternidad, y siendo responsable el segundo de los servicios sociales y la protección infantil. Existen en el Ministerio, además, dos Agencias gubernamentales, la Comisión de Seguros Sociales que gestiona los sistemas de pensiones, y los Fondos de Seguro de la salud (Eesti Haigekassa) y de Seguro de Desempleo, que atienden las contingencias derivadas de la atención sanitaria y la protección por desempleo.

El desarrollo del esquema de cobertura de la salud se da a través de contratos anuales

¹⁰³⁴ Id. Profesores Leppik, Lauri y Kruuda, Ruta.. www.aquieuropa.com <http://www.sotsiaalkindlustusamet.ee/> (Página web del Departamento de Seguridad Social, en inglés).

con los proveedores privados de asistencia sanitaria para cubrir ésta con las personas aseguradas, pagando el Fondo las prestaciones de enfermedad y maternidad, así como las diferencias en los precios de los productos farmacéuticos. La asistencia sanitaria incluye consultas externas generalistas y de especialistas, así como pruebas de laboratorio, chequeos preventivos, y la atención hospitalaria con los profesionales o centros contratados por el fondo.

La prestación de incapacidad temporal por enfermedad es pagada sobre la base de la emisión de un certificado médico justificativo, alcanzando el 80 por ciento en enfermedad y hasta el 100 por cien en caso de contingencias profesionales, cantidades calculadas sobre la tasa diaria de ingresos de la persona asegurada, con un período de carencia de un día y hasta 182 días consecutivos por cada baja en el trabajo.

Hungría¹⁰³⁵. El sistema húngaro de protección social abarca cinco ramas: Pensiones; Ayudas familiares; asistencia sanitaria; seguro de desempleo y asistencia social, en un avance progresivo desde 1950. En principio la responsabilidad de los seguros de pensiones y asistencia sanitaria era del Secretario de Estado del Departamento del Primer Ministro, correspondiendo al Ministerio de Asuntos Sociales y Familiares la supervisión de las correspondientes ayudas familiares, desempleo y asistencia social, compartiendo posterior y progresivamente sus competencias los Ministerios de Salud y Hacienda. Se trata de un sistema bastante centralizado, aunque el grado de intervención varía del sistema de pensiones a la asistencia sanitaria. Esta, la asistencia sanitaria fue regulada en 1997 cubriendo todas las necesidades de las personas aseguradas, incluyendo tratamientos hospitalarios y no, medicamentos, prótesis, atención domiciliaria, rehabilitación y transporte, financiándose en un 23,5 por ciento de impuestos, el 61 por ciento de cotizaciones y el 15,5 por ciento de otros pagos directos (incluyendo el copago de medicinas).

Refiriéndonos a la prestación por enfermedad, cubre a las personas aseguradas de todos los riesgos que produzcan incapacidad para trabajar por enfermedad, embarazo y cuidado de niños enfermos menores de 12 años, extendiéndose hasta un máximo de un

¹⁰³⁵ Id. Profesores I.Gal, Robert; Mogyorosy, Zsolt; Szende, Agota y Szivos, Péter. www.aquieuropa.com
<http://ec.europa.eu/social/main>

año y de 14 a 84 días en el caso del precitado cuidado de niños menores enfermos, oscilando la cuantía entre un 70 por ciento de los ingresos (sobre los que se satisface la cotización) si tienen un período de seguro superior a dos años, al 60 por ciento si es inferior.

Letonia¹⁰³⁶. La legislación letona no contiene una explícita definición de Seguridad Social, si bien la Constitución y las leyes de desarrollo ofrecen una serie de derechos sociales para todos los residentes en la República en caso de ancianidad, incapacidad para trabajar, desempleo y otros, deviniendo obligatoria la protección de la salud y la garantía de un nivel básico de asistencia sanitaria así como el derecho individual a la inclusión en cuatro fondos obligatorios: de Pensiones estatales; de Empleo, de Accidentes de Trabajo y de Incapacidad, Maternidad y Enfermedad.

El sistema de Seguridad Social letón tiene cuatro componentes: los Seguros Sociales; la Atención de la salud; las Ayudas sociales estatales y la Asistencia social. El Seguro Social estatal está financiado por contribuciones pagadas por empleadores y empleados, cubriendo pensiones de jubilación, viudedad, incapacidad, desempleo, accidentes y enfermedades profesionales. El sistema de atención sanitaria es financiado por impuestos y copago efectuado por los pacientes y el conjunto del sistema está supervisado por el Ministerio de Bienestar que incluye entre otros los Departamentos de Seguros Sociales, Asuntos Sociales, Trabajo, Salud y la Agencia Estatal de Seguros Sociales que lo gestiona.

La prestación por enfermedad debe ser médicamente establecida y tiene un período de carencia de 1 día, cubriendo el pago por el empleador de un 75 por ciento de los días dos y tres de incapacidad y el 80 por ciento a partir del cuarto día. El seguro estatal cubre desde el decimoquinto día hasta 52 semanas o 78 semanas en un período de tres años si se produce una repetición de la incapacidad para trabajar, abonándose desde el primer día a quien no pueda trabajar por cuidado de un niño menor de 14 años.

Lituania¹⁰³⁷. La responsabilidad política del desarrollo de las medidas de Seguridad

¹⁰³⁶ Id. Profesores Bite, Inara y Zagorkis, Valdis. [www.aquieuropa.com](http://ec.europa.eu/social/main) <http://ec.europa.eu/social/main>

¹⁰³⁷ Id. Profesores Dobravolskas, Algis y Buivydas, Romualdas. www.aquieuropa.com

Social corresponde a los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Salud. Con respecto al primero, la Seguridad Social comprende el Seguro de Pensión, de enfermedad y maternidad; seguro de desempleo; de salud; de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, gestionadas por la Administración del Fondo de Seguro Estatal, Fondos estatales y territoriales que contrata la prestación de seguros con aseguradoras, financiándolo a través de cotizaciones.

Toda la población está legalmente cubierta de la asistencia sanitaria de urgencia. La provisión del resto de servicios está total o parcialmente financiada por la cotización obligatoria y en su caso sometida al reembolso de precios médicos básicos. La prestación económica por enfermedad y maternidad requiere una carencia de tres meses en los últimos doce o de seis en los veinticuatro precedentes. Los dos primeros días son pagados por el empleador en una cuantía no inferior al 80 por ciento de sus ingresos. Desde el tercer día se recibe el 85 por ciento de la media de ingresos correspondientes sin exceder de 3,5 de la media aprobada por el Gobierno, pagándose hasta la recuperación de la capacidad y en su caso, es decir, ante la imposibilidad de recuperación, se somete la situación del asegurado a la Comisión de Examen Social para determinar su incapacidad. También se paga en caso de enfermedad de familiar dependiente--hasta 7 días--o cuidado de hijo menor de catorce años--14 días--.En caso de ingreso hospitalario de menor de siete años o de dieciséis que padezca enfermedad grave, se pagan hasta 120 días al año.

Malta¹⁰³⁸. El sistema de Seguridad Social maltés es administrado por el Ministerio de Políticas Sociales, que incluye los Departamentos de Seguridad Social, Bienestar Familiar, Mujer en la sociedad, Mayores y Servicios Comunitarios, viviendas sociales e Industria y Relaciones Laborales, sobre un esquema bifronte de protección a través de prestaciones contributivas y no contributivas y participación estatal. La atención sanitaria incluyendo la dispensación de medicinas está cubierta gratuitamente para los malteses a través del sistema. La prestación de enfermedad, por su parte, sigue un esquema contributivo que cubre 156 días de baja al año, que se pueden extender hasta 312, pagaderos mensualmente, en atención al número de días laborables de la semana

¹⁰³⁸ Id. Profesores M.Abelá, Anthony; Cortina, Gordon y Muscaf, Natasha Azzopardi. www.aquieuropa.com
<http://ec.europa.eu/social/main>
<http://etc.gov.mt/Resources/file/EURES%20Living%20and%20Working%20In%20Malta%202010.pdf> (en inglés)

(cinco o seis), no abonándose por los festivos.

Polonia¹⁰³⁹. El sistema de protección social de Polonia incluye Seguros Sociales (jubilación, invalidez, prestaciones de supervivencia, accidentes laborales y enfermedad profesional), prestaciones por enfermedad, atención sanitaria, maternidad y prestaciones familiares, asistencia social, protección a la situación de desempleo y otras coberturas de seguro, compartiendo responsabilidades de gestión el Ministerio de Trabajo y Políticas Sociales, el Ministerio de Sanidad así como los de Agricultura, Defensa, Asuntos Internos y Administración. La administración del sistema corresponde al Instituto de Aseguramiento Social –ZUS--. En 1999 se introdujo una profunda reforma administrativa y de protección, descentralizándose las funciones protectoras a nivel regional y local, especialmente en los casos de incapacidad, asistencia social, desempleo y protección familiar.

Por lo que se refiere concretamente a la asistencia sanitaria, su protección contempla la libre elección de médico de familia y determinados especialistas, cubriendo a empleados, pensionistas y otros beneficiarios (desempleados), estudiantes, así como familiares del asegurado. Los tratamientos básicos no están sometidos a copago, aunque sí existe éste para determinados productos farmacéuticos. La prestación económica por enfermedad es pagada por el empleador los primeros 35 días sobre el 80 por ciento del salario, y a partir del trigésimo sexto día es abonado por el ZUS sobre el 100 por cien en caso de accidente laboral o in itinere, enfermedad profesional o cuando dura más de tres meses ininterrumpidos la baja y ello durante seis meses que pueden prorrogarse por otros tres meses más, con un máximo del 200 por cien de la remuneración media de los tres últimos meses del asegurado.

5.3.- Las adhesiones de 2007¹⁰⁴⁰ y 2011: Bulgaria, Rumania y Croacia

El 26 de setiembre de 2006 firmaron su adhesión a la Unión Europea con efectos de 1

¹⁰³⁹ Id. Profesores Golinowska, Stalisnawa; Pietka, Katarzyna; Sowada, Cristoph y Zukowski, Maciej. [www.aquieuropa.com http://ec.europa.eu/social/main](http://ec.europa.eu/social/main)

¹⁰⁴⁰ Study on the Social Protection Systems in the 13 Applicants countries. January 2006. Rumania: Vilnoju, Mihai and Abagin, Cristina. Bulgaria: Noncheva, Teodora (NSSI) and Satcheva, Denitsa (I.H.C. and HIS). [www.aquieuropa.com http://ec.europa.eu/social/main](http://ec.europa.eu/social/main)

de enero de 2007 Rumania y Bulgaria, culminando un proceso iniciado en abril de 2005 en virtud del cual se establecieron expresamente unos mecanismos para verificar los progresos de estos países en aras de su incorporación, instrumentos que continúan en vigor para permitir la comprobación del avance en la misma, para lo cual deberán presentar informes de rendición de cuentas cada dos años. Croacia, por su parte, última nación incorporada a la Unión, firmó su adhesión en 2011, formando parte integrante de pleno derecho a partir del 1 de julio de 2013.

Bulgaria¹⁰⁴¹. Existe un seguro obligatorio de salud para todos los residentes, que presta atención “en especie” sobre la base de un Contrato Marco Anual celebrado entre el Servicio Nacional de Salud búlgaro (N.S.S.I.) y la Asociación de Proveedores de estos servicios, pagándose a través de los denominados Fondos Regionales de Seguros. Además de este seguro, se da un copago de un 1 por ciento mensual del salario mínimo para la cobertura de la atención de los médicos generalistas y un 2 por ciento por la atención hospitalaria especializada, limitada a 20 días al año con las excepciones de concretas dolencias incluidas en una lista ad hoc.

Por lo que se refiere a la atención de las situaciones derivadas de enfermedad, se establece en primer lugar el pago de un subsidio a cargo del empleador por un máximo anual de quince días sobre la base de un informe médico declarando la existencia de aquélla, no abonándose los tres primeros días y requiriéndose un período de carencia de seis meses.

La prestación económica es del 80 por ciento del salario diario de los últimos seis meses y está limitada por la remuneración diaria neta percibida por el trabajador, otorgándose hasta recobrar la capacidad laboral o en su caso recibir la declaración de invalidez.

En cuanto a los accidentes de trabajo la cobertura es paralela a la reseñada si bien el subsidio es del 90 por ciento del salario diario.

Rumania¹⁰⁴². Las instituciones públicas con competencias en materia de Seguridad

¹⁰⁴¹<http://www.noi.bg/en/abouten/infomaterials>

http://www.noi.bg/images/en/legislation/social_security_codelak_20151101.pdf Código de Seguridad Social (en inglés). Última reforma, 1 de noviembre de 2015.

¹⁰⁴²www.aquieuropa.com

Social son los Ministerios de Trabajo y Solidaridad Nacional y de Familia y Salud. Bajo su dirección política, dos organismos autónomos desarrollan las pensiones, la Caja Nacional de Pensiones y otros derechos de Seguridad Social (NPOSIRH) y la Caja Nacional de Seguros de la Salud (NHH), ambas con divisiones territoriales.

La atención sanitaria se presta en función de los ingresos del asegurado y se fundamenta en los pagos por la prestación asegurada, así como la prestada a personas cuyo reconocimiento viene legalmente establecido (tipos de enfermedades graves, niños hasta 16 años...), dispensándose la atención primaria a través de los médicos de familia, requiriendo la prestación especializada ambulatoria y la atención hospitalaria el reenvío por parte de aquéllos.

En cuanto a las prestaciones derivadas de enfermedad, sobre la emisión de un certificado médico, se reconoce el derecho a percibir, sobre el cálculo de los ingresos en los seis meses anteriores, un subsidio del 75 por ciento de los mismos con un máximo de 180 días al año, precisándose un período de carencia de seis meses en los últimos doce meses o doce en los previos veinticuatro, y exigiéndose a partir de los primeros 90 días de cobro, la conformidad del asesor médico de la aseguradora. En determinados casos el porcentaje podría llegar hasta el 100 por cien en porcentaje y hasta dieciocho meses en un período de dos años en específicas enfermedades (tuberculosis, cáncer, dolencias cardiovasculares...). Las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales no requieren período de carencia para su generación, y el subsidio alcanza el 100 por cien de la cotización en los mismos términos vistos para la enfermedad (seis meses anteriores) hasta la recuperación de la capacidad laboral con la reincorporación al trabajo o la declaración de incapacidad en caso contrario.

Croacia¹⁰⁴³. El sistema de protección social croata está basado en Seguros Sociales, tres fundamentalmente: Seguro de Pensión; Seguro de Salud y Seguro de Desempleo, a los

<http://ec.europa.eu/social/main>

<http://www.empleo.gob.es/es/mundo/consejerias/italia/pensiones/contenidos/prestaciones.htm#Rumania>

<http://www.cnpas.org/> (Página web de NPOSIRH, en francés).

¹⁰⁴³<http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ZAGREB/es/VivirEn/Paginas/EducacionSanidad.aspx>

<http://www.hzzo.hr/en/croatian-health-care-system/> (Página web del NZZO, en inglés).

<http://ec.europa.eu/social/main>

que se suman complementos en materia familiar y asistencial. Políticamente la responsabilidad corresponde a los Ministerios de Trabajo y Sistema de pensiones (Ministarstvo rada i mirovinskoga sustava); de Políticas Sociales y Juventud (Ministarstvo socijalne politike i mladih) y de Sanidad (Ministarstvo zdravlja), mientras que administrativamente los organismos públicos encargados de la gestión de los sistemas obligatorios de protección son el Instituto Croata del Seguro de Pensiones (Hrvatski zavod za mirovinsko osiguranje), HZMO; el Fondo Croata de Seguros Sanitarios (Hrvatski zavod za zdravstveno osiguranje), HZZO; el Registro Central de afiliados (Središnji registar osiguranika), REGOS; y la Agencia Croata de Supervisión financiera (Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga), HANFA.

La protección objeto de estudio ante la contingencia de I.T. está cubierta, de una parte por el HZMO a través del Seguro de Pensiones, que cuenta con un triple pilar: de una parte, un seguro obligatorio basado en la solidaridad intergeneracionales y sobre un sistema de reparto; un segundo con base en la capitalización del ahorro individual, y finalmente un tercero de carácter libre y voluntario. Y por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, por el HZZO.

No existe un Seguro específico para contingencias profesionales, y el subsidio económico de cobertura de la I.T. es abonado en los primeros 42 días de baja (7 en el caso de discapacitados) por el empleador. A partir del 43 día de la baja (8 en el caso de discapacitados) el abono corresponde directamente al HZZO. La base reguladora la constituye el promedio de la retribución de los seis meses anteriores a la baja, con un mínimo del 70 por ciento y un máximo del 100 por cien en determinados supuestos (Veteranos de Guerra de la Independencia croata; atención a menores de tres años; donaciones de órganos...) que están fijados por ley. Se extiende como máximo a un período de 18 meses, si bien a partir de los 12 meses su cuantía se reduce a la mitad (excepto padecimientos graves) y en ese umbral o al finalizar el tratamiento médico se evalúa una posible incapacidad. Para su disfrute se requiere un período previo de carencia de al menos 9 meses, o 12 meses en los 2 años anteriores.

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, dispensada por el HZZO, incluye atención primaria y en su caso hospitalaria, así como farmacéutica dentro de una lista básica de medicamentos; la dispensación de los que estén fuera de ella está sometida a un copago

(o puede ser asumida a través de un seguro complementario). La cobertura es obligatoria para los trabajadores siendo la financiación de la asistencia básica a cargo de los empleadores, incluyendo una contribución especial para contingencias profesionales.

5.4.- Notas generales de la acción protectora

La diversidad de los regímenes de la Seguridad Social de los países miembros de la U.E., máxime tras las indicadas ampliaciones en 2004 y 2007 y la incorporación de Croacia en 2011 hasta alcanzar los actuales veintiocho miembros, dificulta mucho una hipotética labor de homogeneización, particularmente en el terreno de la I.T. No obstante, sí se pueden apuntar una serie de características generales compartidas por los regímenes de la Seguridad Social de los Estados europeos.

De este modo, en primer lugar, cabe hablar en todos ellos de la existencia de sistemas profesionales y asistenciales, de forma que solamente en los primeros cabe la protección por I.T. Todos los sistemas profesionales establecen una obligación de aseguramiento para los trabajadores por cuenta ajena por el hecho de la prestación de sus servicios para el empresario, aseguramiento que incluye la protección por I.T.; aseguramiento obligatorio que cuenta con la excepción significativa de los Países Bajos en los que se reconoce la objeción por el aseguramiento, siendo sustituido ese pago, no obstante, por el abono de impuestos en la misma cuantía.

En segundo lugar, la situación protegida de I.T., que por definición es de duración determinada o definida, tiene un período de referencia de duración aproximado que es el de doce meses, cumplido el cual se produce el enlace con la protección dispensada con carácter permanente, es decir, con la situación de incapacidad o invalidez.

La protección durante la I.T., en tercer lugar, conlleva en todos los casos la obtención de prestaciones en especie--asistencia sanitaria-- y en metálico--subsido económico-- cuya finalidad es la dispensación al trabajador de medios pecuniarios sustitutivos de los ingresos por su trabajo.

En relación fundamentalmente con las prestaciones económicas, el conjunto de los

sistemas estudiados reconoce a las coberturas derivadas de contingencias profesionales un trato privilegiado, bien sea por recibir cuantías más elevadas, desde antes o durante más tiempo o por no requerir carencia específica para causar su derecho. De otra parte, suele establecerse igualmente en los sistemas protectores, si bien con diferencias considerables, un pago directo de la prestación económica a cargo del empresario, normalmente en los primeros días de la duración de la I.T., que pueden llegar a extenderse a la duración total por pacto convencional u opción empresarial¹⁰⁴⁴.

Finalmente, por lo que hace referencia finalmente a la administración de los sistemas de cobertura, esta suele estar encomendada a entidades de Derecho Público, pudiendo sin embargo encontrarse ejemplos de su encomienda a compañías de seguros privados¹⁰⁴⁵ o incluso a asociaciones profesionales¹⁰⁴⁶ para las contingencias profesionales, sin perjuicio de una tutela institucional que, en última instancia, se sitúa a nivel ministerial.

¹⁰⁴⁴ Como sucede en Gran Bretaña o España.

¹⁰⁴⁵ Dinamarca, Bélgica, Bulgaria.

¹⁰⁴⁶ Holanda

CONCLUSIONES

Primera. La Incapacidad Temporal es, ante todo, incapacidad para el trabajo. Se trata, pues, de una contingencia de evidente carácter profesional en su origen, como ocurre en general con las situaciones protegidas en el hoy sistema de Seguridad Social que, a lo largo del tiempo se ha venido atendiendo de diversas formas, desde la caridad cristiana, la cobertura gremial, las sociedades de socorro mutuo y los seguros mercantiles antes de llegar a un sistema de seguridad propiamente dicho. Históricamente su cobertura legal en España se produce como consecuencia de la labor de la Comisión de Reformas sociales, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, en subordinación respecto de la invalidez, ya que contemplaba la incapacidad temporal del trabajador cuya duración era inferior a un año, transcurrido el cual se declaraba la entonces incapacidad perpetua. Adquiere carta de naturaleza con la Ley de Bases de la Seguridad de 1963 y su desarrollo por vía de legislación delegada, el Decreto 907/1966, que aprueba el Texto articulado I de la que es conocida como Ley de la Seguridad Social (L.S.S./1966) en la que aparece configurada como contingencia específica, cuyos hechos causantes ya abarcaban tanto las contingencias profesionales propiamente dichas, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, como las comunes, la enfermedad común y el accidente no laboral, así como los períodos de observación por enfermedad profesional, manteniéndose sus líneas generales en los sucesivos Textos Refundidos de 1974 y 1994 y, finalmente, en el aprobado en el año 2015 con vigencia desde enero de 2016. La atención a la I.T. se encuentra dentro de lo que se puede considerar como núcleo esencial de protección de un sistema de Seguridad Social desde la perspectiva profesional.

Segunda. El régimen jurídico de la IT ha experimentado múltiples reformas y modificaciones a lo largo del tiempo, a veces muy profundas. Entre las más significativas se sitúa la que llevó a cabo la Ley 42/1994, que procedió a lo que ella misma denominó una “reordenación de la Acción Protectora del Sistema de la Seguridad Social”, para recuperar la denominación de incapacidad temporal (frente a la de incapacidad laboral transitoria), eliminar la contingencia específica de invalidez provisional (puente entre la I.T. y la incapacidad permanente), y separar el concepto de I.T. de la situación protegida de maternidad, dándole un tratamiento diferenciado. También han sido relevantes las reformas que han afectado a determinados aspectos

relativos a la duración de la I.T. y a las posibilidades de colaboración en su gestión. Ha de tenerse en cuenta también la interconexión entre la normativa específica de seguridad social y el Derecho laboral, entre otras razones porque las leyes laborales, desde la promulgación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 8/1980, contemplan la incapacidad temporal (con la denominación antigua o con la nueva) entre las causas de suspensión del contrato de trabajo.

Tercera. Los hechos causantes de la I.T. son regulados y enumerados en el artículo 169.1 T.R.L.G.S.S./2015, que recoge la enfermedad común, la enfermedad profesional, el accidente, sea o no de trabajo, y los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja, constituyen la definición descriptiva de la situación de I.T., lo que ha supuesto la necesidad de atender específicamente, tanto a nivel legal —ex artículos 156 y 157 T.R.L.G.S.S./2015— como doctrinal y jurisprudencial, a la concreción de sus elementos definidores, a saber, incapacidad transitoria para el trabajo, reconocimiento oficial de la misma y necesidad de recibir atención sanitaria. Ello ha hecho necesario la búsqueda de soluciones individualizadas para los casos dudosos, que van desde la consideración de los accidentes *in itinere* hasta las denominadas enfermedades del trabajo, sin perjuicio de la existencia de unos criterios orientadores legalmente previstos sobre la relación de causalidad entre la el trabajo y la dolencia. No obstante, y a efectos académicos de su estudio y concepción general, hemos buscado una definición comprensiva de la I.T. como aquella situación protegida y reconocida formalmente en la que se encuentra el trabajador mientras persisten su indisponibilidad eventual (real o presunta) para la prestación de servicios laborales y la necesidad de recibir asistencia sanitaria, hasta la declaración oficial de recuperación de la capacidad de trabajar o, en su caso, de extinción (pérdida) de la misma.

Cuarta. La duración de la I.T. ha sufrido múltiples variaciones tanto en la fijación de su extensión como en la consideración de su cómputo. Según los artículos 169 y 174 del actual T.R.L.G.S.S./2015, que recogió la modificación introducida por la Ley 26/2009 de transformación de los períodos mensuales en diarios, la extensión ordinaria de la I.T. es de seis meses (cómputo que permanece de carácter mensual) para los períodos de observación por enfermedad profesional); trescientos sesenta y cinco días (accidente, sea o no de trabajo y enfermedad común o profesional), ampliables mediante una

prórroga común a otros seis meses más para los períodos de observación sobre un total de doce meses, y ciento ochenta días para el resto de situaciones, sobre un período total de 545 días. Respecto del resto de situaciones caben, además, una prórroga especial (tres meses más desde la finalización de la anterior, sobre un total de 635 días) dentro del cual se ha de valorar la situación de incapacidad del trabajador, y otra que denominamos como prórroga excepcional (que podría incluso iniciarse vigente la anterior) que, en todo caso, supondrá una duración máxima total de la I.T. de 730 días desde que se inició el proceso de I.T., y se acordaría cuando se estime necesaria esta espera para la real valoración del estado del trabajador incapacitado que continuaba precisando asistencia médica. Pese a esta distribución, aparentemente regular, la aplicación práctica de los artículos 174 y 175 del T.R.L.G.S.S/2015 conlleva problemas de conexión o continuación en las etapas de prórroga indicadas y por consiguiente en la prolongación de los efectos, principalmente económicos, de la situación de I.T.

Quinta. La protección de la I.T. comprende derechos de asistencia sanitaria (médico-farmacéutica) y de percepción de un subsidio económico sustitutivo del salario en las correspondientes cuantías, en función de la extensión temporal de la situación objeto de protección. Estos derechos también están indirectamente condicionados por el origen profesional o común de las dolencias causantes de la I.T., en relación con la necesidad o no de carencia y en relación con la cuantía del subsidio en los veinte primeros días de la situación de I.T. La regulación actual de la I.T. parece atender principalmente a la prestación económica dentro del sistema de seguridad social, con una referencia indirecta a la asistencia sanitaria, al referirse a la extensión de la misma y a la competencia de los organismos intervinientes en la gestión. Probablemente ello se deba, de una parte, al mayor número de problemas que en la práctica se plantean en relación con esas cuestiones, y de otra, al hecho de que la prestación de la asistencia sanitaria no es llevada a cabo directamente por el I.N.S.S. como Entidad Gestora, sino que se presta a través de los Servicios Públicos de Salud dependientes de las Comunidades Autónomas (sin que ello conlleve ninguna diferencia especial con el tratamiento sanitario dado a cualquier ciudadano), de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social o de las propias empresas con carácter excepcional. En relación con la prestación económica, la tendencia a la igualación con los criterios tributarios, llevan a tener que profundizar y distinguir en su cálculo tanto los conceptos retributivos sometidos a cotización percibidos en el mes anterior a la situación de I.T., como diversas situaciones

fácticas específicas de contratación, prestación de servicios, etc.; además de las remuneraciones percibidas por horas extraordinaria a lo largo del año anterior a aquélla (en el caso del subsidio derivado de un accidente laboral), para la fijación de la que constituirá la base reguladora de la prestación diaria que el trabajador percibirá durante su baja por I.T.

Sexta. Ante la imposibilidad material y la dudosa eficacia práctica de establecer dentro del Sistema Nacional de Salud una atención médica específicamente dirigida a los trabajadores, sería conveniente que por parte de las Mutuas colaboradoras se asumieran realmente las posibilidades que el R.D. 1993/1995 en relación con los RR.DD. 1430/2009 y 625/2014 les conceden a nivel de dispensación y control de las prestaciones de I.T., tanto sanitarias como económicas, con el objetivo de acreditar su intervención con parámetros objetivos a fin de servir de escalón de profundización en esos supuestos, tanto derivados de contingencias profesionales como comunes, en los que se pueda evitar una persistencia en esta situación protegida de incapacidad de trabajadores en los casos en que, bien por la rutina del sistema establecido, bien por las propias dificultades temporales que surgen de la remisión a la atención sanitaria especializada, aquéllas se prolonguen. Ello implica, en primer lugar, una disposición de medios materiales y profesionales por parte de las precitadas Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social para una adecuada atención sanitaria específica de los trabajadores. En segundo lugar, una intervención de las mismas sobre datos objetivos que muestren que su actuación no está basada exclusivamente en criterios economicistas sino en su capacidad técnica para, atendiendo al trabajador que se encuentre en situación de I.T. como punto fundamental de su función, sirvan de instrumento eficaz para la lucha contra el fraude, en este caso consistente en un disfrute indebido de prestaciones. En tercer lugar, en fin, cumplidas las dos condiciones expuestas, una extensión de las facultades de emisión de partes de alta por contingencias comunes a las Mutuas cuando, en virtud de convenio firmado por el empresario, asuman el control y pago del subsidio.

Séptima. La obligación de continuar cotizando durante la situación de I.T. es uno de los principios regidores de esta contingencia, contenido actualmente en el artículo 144.4 T.R.L.G.S.S/2015. Los elementos básicos de la obligación de cotizar (a saber, sujetos obligados, base y tipo de cotización) vienen definidos en el propio T.R.L.G.S.S/2015 y desarrollados por el Reglamento General de Cotización aprobado por R.D. 2064/1995,

en la idea de mantener un tratamiento unívoco con el que se da a los rendimientos de trabajo personal por la Ley del I.R.P.F. y su Reglamento. A nuestro entender, el T.R.L.G.S.S./2015 no ha dado solución a la cuestión relativa a la ausencia expresa en la ley de regla alguna determinadora de la base de cotización durante la I.T., en una materia sometida al principio de reserva de ley, por lo que consideramos necesaria una reforma del artículo 147 T.R.L.G.S.S./2015, al que habría que añadir un nuevo apartado con la definición, o al menos cita explícita y adecuada, de la indicada base de cotización a la Seguridad Social en la situación de I.T., pudiendo sencillamente quedar para el desarrollo reglamentario, e incluso para las órdenes ministeriales anuales de cotización, las reglas particulares para su cálculo, tal y como se da en los supuestos ordinarios de cotización.

Octava. El origen de la I.T., inicial y directamente vinculado al accidente de trabajo, extendiendo su protección posteriormente a las contingencias comunes, ha provocado que exista y se mantenga una atención preferente a los hechos causantes de la contingencia y, en especial, a las situaciones derivadas del riesgo profesional, aun a pesar de la intención legislativa de igualación a través del principio de “consideración conjunta de las contingencias” ya recogido en la Exposición de Motivos de la L.S.S./1966, con manifestaciones en los campos de importe y duración de las prestaciones económicas, responsabilidad de su abono, períodos de carencia y determinación de bases de cotización, como se ha estudiado específicamente. Sobre esta realidad sería conveniente, desde nuestro punto de vista, y partiendo de que no es asumible social ni políticamente una disminución significativa en términos cuantitativos de la protección dispensada por el sistema español de Seguridad Social a la I.T., profundizar en el debate acerca de la vigencia del principio de consideración conjunta de las contingencias, que, al margen de la indicada cita en la conocida como Ley de Seguridad Social de 1966, no tiene expresa acogida en la normativa de aplicación.

Novena. La realización efectiva y la gestión de los derechos reconocidos reflejan claramente el espíritu de coparticipación e interconexión que en el plano de la organización y gestión muestra esta contingencia, dado que la asistencia sanitaria puede ser prestada por los Servicios Públicos de Salud, por las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social e incluso, directamente y con carácter especial, por las propias empresas. El abono de la prestación económica se realiza por las Entidades Gestoras, las

Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social o las empresas, en régimen de pago delegado o de pago directo. Esta coparticipación permite la introducción de factores privados en la gestión del sistema de Seguridad Social que no es fácil de encontrar en otras contingencias. Ha de entenderse positiva esta circunstancia como facilitadora de la participación en la vida económica, política y social que recoge el artículo 9 de la Constitución, siquiera sea de forma indirecta. Ello supone, de otra parte, que para el estudio del sistema y concretamente de la I.T. se ha de considerar que se analiza una prestación como una realidad viva, concreta, en evolución y de acuerdo con los signos del tiempo en que se produce. Lo que, a su vez, va a suponer la atención de su regulación y aplicación práctica en función de los problemas que se detectan en cada momento, con una posible consecuencia de atenuación de los fines con que ha nacido la contingencia protegida. Esto es lo que sucede en el momento actual, en el que los problemas de afrontamiento del gasto producido por las prestaciones de I.T. generan la preocupación por el control del fraude en las situaciones de I.T., con una correlativa levedad de la protección dispensada durante aquéllas.

Décima. Constituye una novedad destacable dentro del actual régimen jurídico de la I.T. la distinción que se hace en el terreno de la impugnación de las altas médicas, todo ello dentro del capítulo legal dedicado a los procesos de prestaciones de Seguridad Social de los artículos 140 a 147 L.R.J.S., y bajo la consideración de su carácter urgente y preferente. El tratamiento legal de la cuestión muestra a su vez dos tramitaciones diferentes: la primera, al finalizar el plazo de duración ordinario de la I.T. de 365 días, en cuyo caso no será precisa la formulación de Reclamación Previa (al instaurarse un sistema de manifestación de disconformidad); la segunda, en los procesos de aquéllas altas que se produzcan sin llegar al fin de tal plazo, que sí requerirán el agotamiento de la vía administrativa a través de la preceptiva Reclamación Previa. La introducción de tales procesos judiciales específicos contribuye efectivamente a la agilidad necesaria para la solución de las discrepancias en esta materia, así como a la seguridad jurídica en la regularización de las situaciones de I.T. No obstante, merece nuestra crítica, desde la perspectiva profesional, el hecho de que los órganos judiciales de ámbito social sigan argumentado sus decisiones en la casi exclusiva consideración de la objetividad de los criterios de los EE.VV.II como fundamento de las resoluciones administrativas del I.N.S.S., sin considerar que no dejan de constituir parte interesada, pues se trata de órganos incluidos en la estructura administrativa del Ente Gestor que reconoce el pago

de prestaciones. Amén de no conceder el valor probatorio que se merecen a los informes de los especialistas de los Servicios Públicos de Salud en los casos en los que se producen discrepancias entre éstos y los dictámenes de los EE.VV.II.

Undécima. Resulta fácil compartir la opinión de que no existe un único medio de solucionar el negativo fenómeno del absentismo, sino que ha de requerir una combinación de muchos factores: informativos, de verificación, formativos, de generoso entendimiento de la función del trabajo en el planteamiento vital del hombre, tanto cuando actúa de empresario como cuando lo hace de trabajador), de coordinación médica, de prevención de riesgos en el trabajo y, naturalmente, de búsqueda de las causas de la aparición de estas situaciones. Entre tales factores han de considerarse tanto los controles de la I.T. como la adecuación de cláusulas convencionales complementarias de prestaciones de I.T. que combinen su función básica de complemento de ingresos con actuaciones de vigilancia del absentismo entendido como factor negativo a nivel socio económico. Poniendo el centro de atención en la utilización de las cláusulas convencionales como medio de lucha contra el absentismo, hay que partir del reconocimiento de la ausencia de una definición legal del absentismo, por lo que pudiendo ser entendido en un sentido amplio (cualquier ausencia) o más estricto, como el que nosotros apoyamos en este trabajo. De este modo, deberá diferenciarse o excluir de aquélla las ausencias debidas a permisos, hospitalización, realización de funciones sindicales, etc. Una vez determinados los sujetos excluidos o en su caso, fijado el concepto de absentismo, las cláusulas complementarias pueden venir redactadas conteniendo medidas de productividad, regulando los procedimientos expresos de solicitud de permisos y comunicación de ausencias, presentación de partes de baja y supervisiones de las situaciones de I.T. bajo un control médico. La redacción de tales cláusulas es importante para prevenir problemas interpretativos que pueden devenir en procesos judiciales, de forma que los negociadores de los Convenios han de emplear una terminología clara e inequívoca, evitando adjetivos dudosos al definir el concepto de la contingencia protegida o al determinar la cantidad susceptible de complemento, entre otros posibles aspectos.

Duodécima. El análisis de los regímenes especiales de trabajadores autónomos (R.E.T.A.), con una breve referencia al hoy Sistema Especial Agrario por las particularidades derivadas de su evolución histórica, y de funcionarios públicos, nos

conduce a un interesante contraste en el tratamiento de la I.T. con el régimen general de la seguridad social. Existen diferencias en la consideración legal de la I.T. del trabajador autónomo, en primer lugar por tratarse de una cobertura voluntaria (con excepción del denominado TRADE) y en segundo lugar por estar vinculada la prestación económica a la base elegida por el trabajador autónomo, pero con las limitaciones que, a su vez, determinan las normas anuales de cotización. Y también se advierten algunos rasgos particulares en el régimen de los funcionarios, al establecerse su sistema de cobertura *ad hoc* y, más coyunturalmente, al aplicarse medidas restrictivas (con el Real Decreto-ley 20/2012) en relación con los complementos de I.T., actualmente en fase de superación y recuperación de los derechos suspendidos. En todo caso, se aprecia una tendencia creciente a la uniformidad en el tratamiento de los funcionarios públicos a efectos de I.T. con el régimen general, no sólo por la aprobación de la Orden PRE/1744/2010 que regula el procedimiento para el reconocimiento, seguimiento y control de las situaciones de I.T. de los funcionarios a través de los EE.VV.II del I.N.S.S.S., sino también, y ya de manera estructural, por la aprobación del Real Decreto-ley 13/2010, en virtud del cual, a partir del 1 de enero de 2011 y con carácter indefinido, se adscriben de inicio al Régimen General de la Seguridad Social todos los funcionarios públicos de nueva incorporación a partir de esa fecha.

Décimo tercera. La I.T. como contingencia protegida es contemplada en términos generales por todos los sistemas de Seguridad Social, con especificidades y diferencias en función de la idiosincrasia del sistema nacional. A partir de la importancia creciente de los movimientos migratorios de población trabajadora, España que es país tanto importador como exportador de mano de obra, ha firmado una veintena de convenios bilaterales que contemplan la protección de la I.T. Desde una perspectiva multilateral, los convenios existentes de este carácter, junto con las normas de la OIT y de otras organizaciones internacionales, han contribuido a la construcción de los sistemas de seguridad social y, en particular, a la adecuada protección de la contingencia de incapacidad temporal. Por lo que respecta a la Unión Europea, las especificidades en el tratamiento de la contingencia protegida objeto de estudio, lógicamente, se han visto incrementadas por la ampliación a veintiocho miembros por las adhesiones de Bulgaria, Rumania y Croacia a partir de 1 de julio de 2013. Se aprecia como norma común de todos ellos una consideración privilegiada de las prestaciones en función de su origen profesional. Por otra parte, ante la imposibilidad de establecer un régimen común,

refiriéndonos no sólo a esta contingencia sino a lo que pudiera ser un sistema global europeo de Seguridad Social, las normas comunitarias existentes (condensadas principalmente en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 del Consejo, que sustituyen a los históricos 1408/1971 y 574/1972) tratan de dar cobertura a los problemas prácticos de adquisición y mantenimiento de los derechos adquiridos a las prestaciones de Seguridad Social en los movimientos transnacionales de los trabajadores comunitarios, abordándolos fundamentalmente desde los principios de exportabilidad de las prestaciones y conservación de los derechos en curso de adquisición.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA IZQUIERDO, R. “El Decreto 56/1963 y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social”. Legislación histórica de previsión Social. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, M^a A., Directores). Thomson .2009.
- ALARCÓN CARACUEL M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA S. Compendio de Seguridad Social. Tecnos. 4^o Edición. Madrid.
- ALARCÓN CARACUEL M.R. La Seguridad Social en España. Colección Divulgación Jurídica. Editorial. Aranzadi. Pamplona.1999.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA C. Guía fiscal 1990. Deusto. Bilbao. 1990.
- ALBIOL MONTESINOS, I. “Consideraciones sobre la nueva regulación de los contratos en prácticas, de aprendizaje y a tiempo parcial. Tribuna Social n° 40/1994
- ALBIOL MONTESINOS I, CAMPS RUIZ L.M. y GOERLICH PRESET J.M. La reforma laboral de 1997. Tirant lo Blanch. Valencia.1997.
- ALFONSO MELLADO, C.L. “La reforma de la negociación colectiva en la ley 3/2012: especial referencia a la negociación colectiva en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”. Relaciones Laborales n° 3/2013.
- ALMANSA PASTOR J.M. Derecho de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid.1991.
- ALONSO OLEA, M y SERRANO GUIRADO, E. La Seguridad Social de los funcionarios públicos. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1957
- ALONSO OLEA M. y TORTUERO PLAZA J.L Instituciones de Seguridad Social. Civitas.Madrid.1988.
- ALONSO OLEA M. Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social. Civitas.Madrid.1994.
- ALVAREZ CUESTA, H.: “La concatenación entre la prestación contributiva por desempleo y la incapacidad temporal. Análisis del artículo 222 LGSS” (VV. AA). Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,2004.
- ALVAREZ CUESTA, H. “El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente: análisis de los últimos pronunciamientos judiciales”. Actualidad Laboral 10/2014. Págs. 1122 y ss.
- ALVAREZ DE LA ROSA M. Enciclopedia de la Seguridad Social. Vol. IV. CISS. Valencia.1995.
- ALVAREZ DE LA ROSA, M.” La incapacidad temporal: lo esencial de su inacabable reforma”, en la obra Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios

ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

ARASTHEY SAHÚN, L, “El Recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad”, dentro de la obra Hacia una legislación integral sobre el accidente de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid. 2007.

APARICIO TOVAR J. La Seguridad Social y la protección de la salud. Civitas. Madrid.1989.

APILLUELO MARTIN, M. Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente. Tirant lo Blanch. Valencia.2006

ARNAU MÉNDEZ, J.L.- Los sistemas de salarios e incentivos. Colección ¿Qué es y para qué sirve? Editorial Index.1978

ARÓSTEGUI, J. “La España de los revisionismos” dentro del libro La España de los caciques. Del Sexenio democrático a la crisis de 1917. Historia de España. Historia 16.Vol. 10.1982.

ARAMENDI SANCHEZ, J. “La prestación de ILT: novedades introducidas por la ley 28/1992, de Medidas Presupuestarias urgentes”. Aranzadi Social nº 35/1992.

ARADILLA MARQUÉS, M^a J. Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones d de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre). Actualidad Laboral nº 10/2010.

ARGÜELLES CASTRO, M^a. A- El régimen disciplinario en la empresa. Aranzadi.Pamplona.1993.

BALLESTER PASTOR, M^a A. Significado actual del accidente de trabajo in itinere: Paradojas y perspectivas. Bomarzo. Albacete. 2007.

BARBA MORA A.- Incapacidad Temporal Tirant lo Blanch “Colección laboral”.Valencia.2000.

BARBA MORA, A.- Incapacidades laborales y Seguridad Social. Thomson-Aranzadi.2008

BAYÓN CHACÓN G. y PÉREZ BOTIJA E. Manual de Derecho del Trabajo. Librería General. Madrid 1958/1959.

BALLESTER PASTOR, M^a. A. “Trayecto y concepto de accidente de trabajo: nuevas perspectivas en torno al accidente de trabajo y al accidente en misión”. Accidente de trabajo y sistema de prestaciones (Romero Ródenas, M^a J., coordinadora). Bomarzo.Albacete.2009

BARR, N. y DIAMOND, P. La reforma necesaria. El futuro de las pensiones. El

Hombre del Tres. Madrid.2012.

BARCELON COBEDO, S.” El nuevo contenido del artículo 222 de la Ley General de la Seguridad Social. Los problemas de conexión entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo”. Temas Laborales nº 66/2007.

BARRIOS BAUDOR, G. Las situaciones asimiladas al alta en el Sistema Español de Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona. 1997.

BARRIOS BAUDOR, G. “Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima (Comentario a la STSJ Navarra de 31 de diciembre de 1997. Aranzadi Social, 5.1997.

BENITO-BUTRON OCHOA, B “Incapacidad temporal y mejoras voluntarias” dentro de la obra La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, coordinado por (Ojeda Avilés, A). Tecnos. Madrid 1996.

BEVERIDGE W.-” Seguridad Social y política social”. Las Bases de la Seguridad Social. Biblioteca de la Salud. Fondo de Cultura Económica. México 1987.

BLANCO MARTIN J.M (coordinador); DUEÑAS HERRERO, L; LOPEZ FERNANDEZ, M; PASCUAL ALLEN, C; PIÑEYROA DE LA FUENTE, A; SERRANO ARGÚELLO, N. Las Incapacidades laborales. Un punto de vista práctico-Lex Nova. 2001. Valladolid.

BLASCO LAHOZ, F.J, - Un análisis del Pacto de Toledo. Tirant lo Blanch. Valencia.1998.

BLASCO LAHOZ, F.J. El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría(doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia). Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.

BLASCO LAHOZ F. J; LÓPEZ GANDÍA J.; MOMPARET A. Curso de Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

BLASCO LAHOZ, F.J. Las prestaciones económicas del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos. Bomarzo.Albacete.2015.

BORRAJO DACRUZ E. Estudios de Previsión Social. Madrid 1962.

BUENAGA CEBALLOS, O.- “Seguridad Social y Responsabilidad civil. Algunas reflexiones en torno al artículo 127.3 de la Ley General de la Seguridad Social”- Actualidad Laboral nº 19.- 6-12 de mayo de 2002.

CABEZAS CONDE, U y LANCUENTRA BUERRA, A Trabajadores independientes,

profesionales libres y pequeños empresarios. Selecciones Editoriales. Barcelona 1961

CAMAS RODA F. “La Incapacidad Temporal: objeto y consecuencias de las últimas modificaciones legislativas”. Actualidad Laboral nº/1999.

CARDENAL CARRO, M Y HIERRO HIERRO, F.J.,”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?” dentro del libro La reforma de la Seguridad Social (Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. VV. AA (Monereo Pérez, J.L., coordinación). La Ley. Madrid.2008

CASAS BAAMONDE M^a E. “Las nuevas formas de empleo en el Derecho del Trabajo español: evolución y tendencias”. dentro del libro Transformaciones del Derecho del Trabajo: Nuevas formas de empleo y concertación social. Institut d’Estudis laborals. Universitat de Barcelona.1991.

CASAS BAAMONDE M^a E. “La reforma de la protección de los riesgos profesionales”. Relaciones laborales Tomo.I.1990.

CASTRO ARGÜELLES, M^a A “La protección familiar en el sistema español de seguridad social: un enfoque general”. González Ortega, S (coordinador). Seguridad Social y Familia. La Ley-Actualidad. Madrid.1999.

CASTRO ARGÜELLES, M^a A “La Ley General de la Seguridad Social y la prestación por incapacidad temporal: Sentencia del T.C. 37/1994, de 10 de febrero”. García Murcia, J (Director) El control de la constitucionalidad de las normas laborales y de seguridad social:20 años de jurisprudencia constitucional.

CASTRO ARGÜELLES, M^a A “La articulación de las situaciones de incapacidad temporal y/o maternidad con la extinción del contrato de trabajo y la situación de desempleo” (VV. AA). Desempleo, XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales,2004.

CASTRO ARGÜELLES, M^o A.” Puntualizaciones sobre Seguridad Social de los autónomos económicamente dependientes” Actualidad laboral 8/2009.

COLINA ROBLEDO M. Y OTROS. Derecho Social Comunitario. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991.

COMISIÓN EUROPEA (1997 a): La proteccion sociale dans les etats membres de l’Union Europeene. Situation au 1er Juillet 1996 et evolution.

COMISIÓN EUROPEA (1998 a): Seguridad Social para trabajadores desplazados en la Unión Europea, Noruega, Islandia y Liechtenstein. Un folleto para trabajadores y

empresarios.

COMISIÓN DE REFORMAS SOCIALES. Información oral y escrita publicada de 1889 a 1893. Edición facsímil con motivo del centenario de la creación de la Comisión, con estudio introductorio de Santiago Castillo.

COMISIÓN DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS para el Análisis de los Problemas estructurales del sistema de Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse “Pacto de Toledo “.

CONCILIO VATICANO II. Constitución pastoral *Gaudium et spes*, 7 de diciembre de 1965.

CONSEJO DE EUROPA. La Seguridad Social en una sociedad cambiante. Informe del Consejo de Europa. Estrasburgo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social .1989.-

CORVO, V. La Seguridad Social de los funcionarios de las Administraciones Públicas. La Casa del Abogado. Madrid. 1994.

CREMADES B. M^a, La Seguridad Social española, hoy. Marcial Pons. Barcelona.1974.

DELGADO UCELAY I. “Faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo” dentro del Libro Estudios sobre el Despido Disciplinario. ACARL. 1989.

DE LA PUEBLA PINILLA, ANA. “El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo”. Actualidad Laboral nº 11/2008

DE LA VILLA GIL L.E. Los grandes pactos colectivos a partir de la transición democrática. Madrid 1985.

DE LA VILLA GIL y DESDENTADO BONETE A. Manual de Seguridad Social. Aranzadi. Pamplona. 1979.

DE LA VILLA GIL L.E. “Estudio Preliminar “obra colectiva Derecho de la Seguridad Social. Dirigida por L.E. de la Villa Gil y coordinada por García –Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J. Tirant. Lo Blanch. Valencia. 1997.

DE LA VILLA SERNA L.E. y J. “Financiación de la Seguridad Social”. Tema 7 dentro de la obra colectiva Derecho de la Seguridad Social dirigida por De la Villa Gil, L.E y coordinada por García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.

DE LAS HERAS BORRERO F.M. “El absentismo laboral: sus causas y tratamiento jurídico”. Revista de Política Social nº 136.

DE LA OLIVA SANTOS; DÍEZ PICAZO JIMENEZ, I. Derecho Procesal Civil. El proceso declarativo. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2001.

DEL PESO Y CALVO C. “Régimen de reparación de la enfermedad profesionales“. Revista Iberoamericana de Seguridad Social. 1962.

DEL PESO Y CALVO C. De la protección gremial al vigente sistema de Seguridad Social. Madrid.1967.

DEL REY GUANTER S. y GALA DURÁN C. “Las mejoras voluntarias: Análisis de la reciente negociación colectiva y la jurisprudencia“. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 62 noviembre/diciembre 1993.

DEL REY GUANTER S. y GALA DURÁN C. “Protección social y negociación colectiva “; López López, J. (coordinadora) Seguridad Social y Protección social: Temas de actualidad. Marcial Pons. Barcelona .1996.

DEL REY GUANTER, S (Director) y CONDE VIÑUELA, F y GALA DURÁN, C (Coordinadores) Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo. Lex Nova. Valladolid. 2007

DEL VALLE DE JOZ, J.L. Y TRILLO GARCIA, A. “Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como entidades gestoras de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes” dentro del libro Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. VV. AA (coordinado por Mercader Uguina, J.R. La Ley. Valladolid.2007.

DESDENTADO BONETE A. “Técnicas de financiación de los servicios sociales. “¿Financiación contributiva o financiación fiscal?” Anales de Moral social y económica nº 38.-Reparto de la carga fiscal (II).1975.

DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.- “El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía. Nacimiento y extinción.” Tribuna Social números 44/45/1994.

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 6/2008.

DESDENTADO BONETE, A. “Problemas del control de la incapacidad temporal. En especial el control por las Mutuas de Accidentes de Trabajo” en el libro La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial. Bomarzo. Albacete.2010.- Págs. 39 y ss.

DÍEZ PICAZO L. y GULLÓN BALLESTEROS A. Sistema de Derecho civil. Vol.II.- La relación obligatorio en general.Tecnos.Madrid.1986.

DOLZ LAGO, M.J El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la

Administración Civil del Estado. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

DUEÑAS HERRERO L.J. “La contingencia de I.T.” VV. AA (AEDTSS) La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, coordinado por Ojeda Avilés, A. Tecnos. Madrid 1996.

DUEÑAS HERRERO, L. J “Contingencia y prestación de incapacidad temporal” VV. AA (Coordinador Blanco Marín, J.M). Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico. Lex Nova.Valladolid.2001.

DURÁN LÓPEZ, F. Informe sobre riesgos laborales y su prevención. Ministerio de Trabajo. 2001.

DURÉNDEZ SÁEZ, I. “Régimen jurídico y control de la situación de Incapacidad Laboral Transitoria (ILT) derivada de enfermedad común”. Relaciones Laborales nº 16/1994.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R. “La ley 22/1992, sobre fomento del empleo y protección por desempleo. La reforma del RDL 5/1992, de medidas presupuestarias urgentes”. Relaciones Laborales.1992.

ESCUDERO RODRIGUEZ, R. “El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”. VV. AA (Escudero Rodríguez, R. coordinador). La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012. Cinca, Madrid. 2012.

ESPINOSA CASARES, I. Técnica del Recurso de Suplicación. Aranzadi. Pamplona 1998.

FERNANDEZ AVILES, J. A. El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social (su contradictorio proceso de institucionalización jurídica). Atelier. Barcelona. 2007.

FERNANDEZ AVILES, J.A: “Artículo 115. Concepto de accidente de trabajo”. VV.AA. Martín Valverde, A. y García Murcia, J. (Directores) y Castro Argüelles, Mª A. (coordinadora). Ley General de la Seguridad Social. La Ley. Madrid. 2009,

FERNANDEZ AVILES, J.A. “Los antecedentes de la protección de la enfermedad profesional en nuestro sistema de Seguridad Social”. García Murcia, J; Castro Argüelles, Mª A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi.2009.

FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.I. “De las oportunidades perdidas en la Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas”. Revista Española de Derecho del Trabajo, número 81.1997.

FERNANDEZ PRATS C. “La nueva regulación de la I.T. y su duración”. La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad

Social.(coordinada por Ojeda Avilés, A). Tecnos. Madrid.1996.

FERNANDEZ PRATS, C, La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

FOLGUERA CRESPO J “Reintegro de gastos médicos: Una perspectiva constitucional”. Actualidad Jurídica Aranzadi nº 46/1992.

GALA DURÁN C: “Responsabilidad empresarial en orden al pago de las prestaciones de I.T.: Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o alta y cotización”. La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (coordinado por Ojeda Avilés, A.). Tecnos. Madrid. 1996.

GALA VALLEJO, C. Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. MTSS. Madrid. 1991.

GALIANA MORENO J.M. y SEMPERE NAVARRO A, V, “La limitación legal de las mejoras voluntarias establecidas por Convenio colectivo a cargo de una empresa pública”. Actualidad Laboral nº 8/1987.

GALIANA MORENO, J. M. “Capítulo VI. De las prestaciones de la Seguridad Social” en Sempere Navarro, A.V (Coordinador). Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social. Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra. 2013.

GALLARDO MOYA R. “Las mejoras voluntarias del sistema de la Seguridad social en la negociación colectiva” Relaciones Laborales nº 14/1991.

GARBERI LLOBREGAT, J. El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social. Civitas. Thomson Reuters. Madrid.2011.

GARCÍA BECEDAS G. “La Seguridad social complementaria en España”. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencia al III. Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante.1992.

GARCÍA BLASCO J. El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos. Bosch. Barcelona.1993.

GARCIA- CASILLAS DIAZ, J.M. “De nuevo sobre el pago extemporáneo de las cuotas de la seguridad social y sus efectos sobre las prestaciones económicas de los trabajadores por cuenta propia”. Aranzadi Social. Vol. V. BIB 1997/1990.

GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN I “Reincorporación al trabajo y aplicación de la O.M. de 20 de mayo de 1952 (Nota a la Sentencia T.C. de 4-2-86).”- Relaciones laborales. Vol.II.1986.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. “Antecedentes normativos y aparición del sistema

de Seguridad Social en España. La Constitución española” De la Villa, L.E (Director); García-Perrote Escarpín, I; Mercader Uguina, J.R (coordinadores). Derecho de la Seguridad Social. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN I “Reincorporación al trabajo y aplicación de la O.M. de 20 de mayo de 1952 (Nota a la Sentencia T.C. de 4-2-86).”- Relaciones laborales. Vol.II.1986.

GARCIA MÁRQUEZ, P. “Accidente de trabajo con ocasión o por consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical (Art.115.2 B) de la LGSS)”. dentro de la obra Accidente de trabajo y sistema de prestaciones, coordinado por Romero Rodenas, Mª J. Bomarzo. Albacete.2010.

GARCIA MURCIA J. Y ROMÁN VACA E. “Nuevas pautas en la regulación de la incapacidad laboral”. Aranzadi Social. Tomo II.1996. Pamplona.

GARCÍA MURCIA J. “El espacio de las pensiones privadas” dentro de la obra Pensiones Sociales. Problemas y alternativas. IX Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Madrid.1999.

GARCÍA NINET J.I. “La cotización durante la situación de I.L.T. en el Régimen General de la Seguridad Social.” revista de Seguridad Social nº 3/1979.

GARCÍA NINET J.I “La prestación complementaria de I.L.T.: Invalidez Provisional e Invalidez permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992”. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ponencia al III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alicante 1992.

GARCIA NINET, J.I. “Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones”. Tribuna Social 40/1994

GARCIA NINET, J.I. (Editorial) “Un problema anunciado: la traslación a los empresarios del pago de los doce días de incapacidad laboral transitoria por contingencias comunes y sus impactos”. Tribuna Social nº 47/1994

GARCIA NINET J.I. “Sobre el reforzado papel de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y sobre los nuevos esfuerzos para el control de la Incapacidad Laboral Temporal “. Tribuna Social nº 77.

GARCÍA NINET J.I. “La Incapacidad Temporal” dentro de la obra La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, coordinado por Ojeda Avilés, A. Tecnos. Madrid.1996.

GARCÍA NINET J.I. “La Incapacidad Temporal. La Maternidad “. Tema 14 dentro de la obra Derecho de la Seguridad Social dirigida por L.E. De la Villa y coordinada por García Perrote-Escartín, I y Mercader Uguina, Jesús R. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

GARCIA NINET, J.I, “El derecho a la prestación económica por incapacidad laboral transitoria en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos pese a no estar al corriente en el pago de las cuotas (Breve comentario a la S.T.S 4ª de 18 de mayo de 1992)”. TRSO número 22/1992.

GARCÍA ORTEGA, J. “Supuestos especiales de cotización: Trabajadores fijos discontinuos. Pluriempleo. Pluriactividad. Convenio Especial”. Tribuna Social números 20-21/1992.

GARCÍA ORTEGA J. “Imputación de responsabilidad en materia de Incapacidad temporal”. Tribuna social nº 44 y 45.

GARCÍA ORTEGA J; ALFONSO MELLADO C, Jornada y ordenación del tiempo de trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994.

GARCIA ORTEGA, J, “La enfermedad profesional” en (Pérez Alonso, Mª A Directora; Cordero Gordillo, V, Coordinadora) El accidente de trabajo y la enfermedad profesional. Tirant lo Blanch. Valencia 2015.

GARCIA ORTEGA, J. “Los procesos sobre prestaciones de Seguridad Social” en Rodríguez Pastor, G.E. y Alfonso Mellado, L.A (Directores) La nueva Ley de la Jurisdicción social, Bomarzo. Albacete. 2013.

GARCIA VALVERDE, M.D. La cuantía de las prestaciones en el sistema de la Seguridad Social española. Comares. Granada. 2003.

GARCIA VALVERDE, M.D. El subsidio por I.T: cuantía y dinámica”. Revista de Derecho Privado. Marzo/abril 2003.

GARCIA VIÑA J “El deber recíproco de buena fe en la I.T.” dentro de la obra La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo (coordinada por Ojeda Avilés, A). Tecnos.Madrid.1996.

GARRIGUES GIMÉNEZ A. “I.T. o maternidad. Interrupción del embarazo: La intersección de dos contingencias” Ojeda Avilés, A. (coordinador) La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

GILI MALUQUER “Aspectos psicológicos y legales del absentismo laboral”. Revista de Medicina y Seguridad del Trabajo. Número 98 y 99/1977.

GIMENO ULLASTRES J.A y RUIZ HUERTA CARBONELL R. El nuevo estado

fiscal español. Reforma fiscal y financiación de las CC.AA. Blume. Madrid.

GOERLICH PESET J. Los efectos de la huelga. Tirant lo Blanch. Valencia.1994.

GOERLICH PESET, J.M; PEDRAJAS MORENO, A; SALA FRANCO, T Trabajo autónomo: nueva regulación. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

GOERLICH PESET, J.M. Derecho procesal laboral. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

GOMEZ, F.- “Sentencia del T.S. (Sala 1ª) de 5 de diciembre de 1995. Indemnización civil e indemnización laboral: un intento de reconstrucción”. Revista de Derecho Privado. Diciembre 1996.

GOMEZ CABALLERO, P. Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R. La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social. Bomarzo. Albacete.2005.

GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I. La colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social. -Edersa. Madrid.1999.

GONZALEZ DÍEZ, F. Los medios de prueba en el proceso laboral. Thomson. Civitas. Navarra. 2005.

GONZALEZ GONZÁLEZ B. Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social. CES. Madrid.1995.

GONZÁLEZ ORTEGA. S Absentismo y despido del trabajador. Aranzadi.Pamplona.1983.

GONZALEZ ORTEGA, S. “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal” I y II.-Relaciones Laborales 12 y 13/2011.

GONZALEZ ORTEGA, S. “La negociación colectiva en el Real Decreto-ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”. Temas laborales nº 115/2012.

GONZALEZ RABANAL Mª C. Los problemas de la Seguridad Social española. Tecnos. Madrid.1990.

GONZALO GONZALEZ B. “Anacronías, dispendios y perversiones de la protección

GONZALO GONZALEZ B. Derecho Internacional y Comunitario de la Seguridad Social. Tema 3 de la obra colectiva Derecho de la Seguridad Social. De la Villa Gil, L.E (Dirección); García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J.R (coordinadores). Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

GONZALO GONZALEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L. Seguridad Social de los funcionarios públicos en España. Marcial Pons. Madrid. 1997

GOÑI SEIN J.L. El respeto a la esfera privada del trabajador. Civitas.Madrid.1988.

GORELLI HERNANDEZ, J e IGARTUA MIRÓ, Mª T. -Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo. “Colección Laboral” nº 135.Tirant Lo Blanch. Valencia 2001.

GULLON RODRÍGUEZ, J.(Director). Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Colección Tribunal Supremo. El Derecho. Madrid. 2012.

GUTIERREZ-SOLAR CALVO, B Y LAHERA FORTEZA, J. “Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900”. Legislación histórica de previsión social. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, Mª A, Directores). Thompson Reuters. 2009.

HERNÁNDEZ CARNICER J. “Reclutamiento y selección como factor de integración de los recursos humanos “La Reforma del Mercado de Trabajo. Actualidad Laboral. Madrid. 1993.

HERRERO ALARCÓN F. “La cotización a la Seguridad Social”. Tema 8 de la obra colectiva Derecho de la Seguridad Social De la Villa, L.E. (Director); García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J.R (coordinadores). Tirant lo Blanch. Valencia. 1997.

HURTADO GONZÁLEZ L. “La obligación de pago de las prestaciones por incapacidad temporal a cargo del empresario”. Relaciones laborales nº 19/1995.

IGLESIAS Mª C. y ELORZA A. “La fundación de la Comisión de Reformas Sociales”. Revista de Trabajo nº 25/1969.

JIMÉNEZ GALINDO, J.F.; y ROMAY LÓPEZ, R.- Gestión del absentismo por incapacidad laboral. Dykinson. Madrid. 2005.

JUAN PABLO II. Encíclica Centesimus Annus. Ediciones Paulinas. 1992.

KHAN FREUND O. Derecho y Trabajo. (Traducción de Jesús M. Galiana Moreno). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1983.

LACALLE, D. Acabemos con el paro. Cómo poner fin a la mayor lacra social y económica de nuestro país. Deusto.2015.

LAFERRIERE J. y WALME M. Traité elementaire de science et legislation financieres, citado por González Rabanal, Mª Concepción. Los problemas de la Seguridad...op. cit., en base a una referencia de Dippi, F en De la notion de salaire individuel a la notion de salaire social. 1966. Y transcrita en Perpiñá Rodríguez,A Sociología de la Seguridad Social Madrid. 1972.

LAFUENTE SUAREZ J.L. “La aplicación de las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos”. Revista Tapia. Madrid. Octubre 1991.

LAFUENTE SUAREZ J.L. “El derecho a la asistencia sanitaria de los trabajadores

desempleados a tenor del nuevo T.R.L.G.S.S.” Tribuna Social nº 54/1995.

LAFUENTE SUAREZ J.L. “Sobre la constitucionalidad de la nueva regulación del subsidio de I.L.T.”. revista Tapia. Madrid. Marzo/Abril/1995.

LIBRO BLANCO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Subsecretaría del Ministerio de Trabajo. Madrid. 1977.

LÓPEZ CASTELLANO, F.” El buen samaritano no sabía economía política: De la primera ley de Beneficencia al intervencionismo científico. (1822-1920).

www.um.es/ixcongresoaehe

LOPEZ INSÚA, B DEL MAR. La Incapacidad Temporal en el sistema de Seguridad Social. Comares. Granada. 2014.

LÓPEZ INSUA, B DEL MAR. El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Comares. Granada.2016.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. Gestión y control de la Incapacidad Temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días. Bomarzo. Albacete. 2016.

MAGADÁN DÍAZ M. Y RIVAS GARCÍA J. La Europa Social. Bosch. Barcelona.1999.

MALDONADO MEDINA, J.A. “Las raíces históricas de la asistencia social”. Legislación histórica de previsión social. (García Murcia, J. y Castro Argüelles, Mª A, Directores). Thomson Reuters.2009.

MALERBE P. “La Dictadura de Primo de Rivera” dentro del Tomo X “La caída del Rey. De la quiebra de la Restauración a la República.” Tuñón de Lara (coordinador) Historia de España de Historia 16.

MARQUEZ PRIETO, A. “Capítulo VI. De las Prestaciones de Seguridad Social”. Monereo Pérez, J.L. (Director), González de Patto, R. Mª y Triguero Martínez, L.A. Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre. Comares. Granada. 2013.

MARTÍN VALVERDE A.; VALDÉS DAL-RÉ, F.; PALOMEQUE LÓPEZ M.C.; CASAS BAAMONDE Mª E; PÉREZ ESPINOSA F; y GARCÍA MURCIA J.- La legislación social en la Historia de España. De la Revolución liberal a 1936. Madrid. Congreso de los Diputados. 1987.

MARTÍN VALVERDE A. “ILT E Invalidez: Legislación y jurisprudencia recientes”. Actualidad Laboral nº 39/1994.

MARTÍN VALVERDE A; RODRÍGUEZ SAÑUDO F; GARCÍA MURCIA J. Derecho

del Trabajo. Tecnos. Madrid. 1997.

MARTIN VALVERDE, A. “La Ley y el Reglamento del Estatuto del Trabajador Autónomo: puntos críticos”. Actualidad Laboral 11/2009.

MARTIN VALVERDE, A; GARCÍA MURCIA, J. (Directores y coordinadores). Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2013.

MARTÍNEZ LUCAS J.A. “La cotización en la situación de I.T. y maternidad”. Ojeda Avilés, A (coordinador) La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 1996.

MARTINEZ LUCAS, J.A. “Las nuevas medidas de control de la incapacidad temporal” Actualidad Laboral 22/12/2009.

MARTÍNEZ MORENO, C. “Los Antecedentes y el contexto del seguro de maternidad”. García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi.2009.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ A. “Consideraciones del aseguramiento de la enfermedad profesional como medio para su prevención”. Revista de Seguridad Social nº 14/1982.

MARTINEZ SEPTIEN, J.F, “Incidencias en materia de encuadramiento en la Seguridad Social durante la situación de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”. Base de Datos, Estudios y Colaboraciones. Información Laboral (CD 1996-2007). Lex Nova. Valladolid. 2008.

MATEO RODRÍGUEZ L. “La tributación parafiscal”. Colegio Universitario de León. 1978.

MENENDEZ SEBASTIÁN, P. “Seguro de enfermedad (y enfermedades profesionales)”. García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi.2009.

MERCADER UGUINA J.R. “Efectos del ejercicio del derecho de huelga sobre la relación de Seguridad social”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Octubre/diciembre 1991.

MERCADER UGUINA, J. R.” El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”. Relaciones Laborales 9/2004.

MERCADER UGUINA, J. R. “Artículo 129 CE” en CASAS BAHAMONDE, M.E. Y RODRIGUEZ –PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. Comentarios a la Constitución española. Wolters Kluwer.2009.

MERCADER UGUINA, J. R., ”Repensando la incapacidad temporal (entre la tutela y

la sospecha)” dentro del libro La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial. Bomarzo. Albacete,2010.

MISSOC: Système d’information communautaire sur la protection sociale. Oficina de Publicaciones Oficiales de las CE.Luxemburgo.

MOA, P.- Los orígenes de la Guerra Civil española. Encuentro. Madrid. 1999.

MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R. “Novedades legislativas en la prestación por incapacidad temporal”. Revista Aranzadi Social nº 10.2008.

MOLINER, MARIA. Diccionario de uso del español. Editorial Gredos.1990.

MOLINS GARCIA-ATACHE, J. “La regulación de la incapacidad temporal y de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”. Justicia Laboral nº 35/2008.

MONASTERIO ESCUDERO, C. “La Reforma de Pensiones: el Pacto de Toledo y su desarrollo posterior”. Hacienda Pública. Número monográfico dedicado a las Pensiones en España. Madrid .1998.

MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C; Y MORENO VIDA, N. (coordinadores). La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación. Editorial Comares. Granada.2008.

MONEREO PEREZ, J.L. Y FERNANDEZ AVILÉS, J.L.: “Las contingencias comunes en el marco de la acción protectora de la Seguridad Social. Teoría general y recapitulación jurídico-crítica” en VV..AA, Monereo Pérez J.L.(Director): Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Comares. Granada. 2008.

MONEREO PEREZ, J.L. Ley de la Jurisdicción social. Estudio técnico-jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre. Comares. Granada. 2013.

MONEREO PEREZ, J.L. La sostenibilidad de las pensiones públicas. Tecnos. Madrid. 2014.

MONTOYA MELGAR, A. La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. RISS, número 5. Madrid.1963.

MONTOYA MELGAR A. Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid.1984.

MONTOYA MELGAR, A Y MARTIN JIMÉNEZ, R., El Estatuto del Trabajador Autónomo: comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio. Thomson Reuters. Civitas. Navarra. 2007.

- MONTOYA MELGAR, A. El contrato del TRADE. La ley y el Reglamento. Cuadernos Civitas. Thomson Reuters. Madrid 2009.
- MORENO VIDA Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo. Universidad de Granada .1989.
- MORENO VIDA “La naturaleza jurídica de los pactos sociales” en la obra colectiva La concertación social tras la crisis. VV. AA Ariel Barcelona.1990.
- MORRO LOPEZ, J.J. “Algunas cuestiones sobre la gestión y el control de la I. T”. VV.AA. (coord. Ojeda Avilés, A.). La incapacidad temporal. Tecnos. Madrid 1996.
- MUÑOZ ALVAREZ G. La Seguridad Social de las Comunidades Europeas (legislación, comentarios y jurisprudencia). Aranzadi. Pamplona 1992.
- MUÑOZ MOLINA, J. La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social. Thomson-Aranzadi.Navarra.2005.
- MUSGRAVE R.A y P.B. Hacienda Pública teórica y aplicada. (Traducción del Instituto de Estudios Fiscales). Madrid.1981.
- NAVARRO GALLEL, C. “Prescripción del derecho y caducidad de acción en los procesos de incapacidad temporal”. Actualidad Laboral 9/2000.
- NÚÑEZ GONZÁLEZ C. “Los efectos de la huelga sobre la I.T.” Ojeda Avilés, A (coordinadora) La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Tecnos. Madrid. 1996.
- ORDEIG FOS, J.M. El sistema español de Seguridad social. Edersa. Madrid. 1993..
- ORDEIG FOS, J.M. “Hacia un régimen público de Seguridad Social. La responsabilidad: encrucijada de la Jurisprudencia.” Actualidad Laboral nº 28/1995.
- PALACIO ATTARD V. La España del siglo XIX. Espasa Calpe. 1976.
- PALOMAR A. Derecho Público de la Seguridad Social. Ariel Derecho. 1993.
- PALOMEQUE M.C. Y ALVAREZ DE LA ROSA M. Derecho del Trabajo. Cura. 1996.
- PALOMEQUE M.C. Derecho del Trabajo e Ideología. Tecnos.Madrid.1989.
- PALOMEQUE M.C. “Trabajo subordinado y trabajo autónomo en el ordenamiento laboral español”. Gaceta Laboral nº 10. 1994.
- PANIZO ROBLES, J.A. “Un nuevo paso en el control de la prestación de Seguridad Social por incapacidad temporal: el Real Decreto 1430/2009, de 11 de setiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”. Revista de Trabajo y Seguridad Social 320/2009.
- PASCUAL PEDREÑO E. Impuesto sobre Sociedades y Contabilidad. Aranzadi.

Pamplona. 1996.

PENINGS, F. European Social Security Law. Intersentia. Cambridge. 2015.

PERPIÑÁ RODRÍGUEZ A. “Boletín de Información del I.N.P.”. VII-VII. 1945.

PÉREZ ALONSO M^a A. La Incapacidad Temporal. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

PEREZ ALONSO, M^a A. “La incapacidad temporal del empleado público en las Comunidades Autónomas y en la Administración local tras el Real Decreto 20/2012”. Cuadernos de Derecho Local, número 32, junio 2013.

PEREZ ALONSO, M^a. A. Los complementos de incapacidad temporal en el sector público. El RDL 20/2012 y las normas de adaptación. Bomarzo.2014.

PETERS, D. Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europa. I.N.S.S. Civitas. 1992

PETERS, D. “La coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros: jubilación, invalidez y muerte y supervivencia”, Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A.V (Directores) Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario. M^o de Educación. Laborum. Murcia. 2009.

PUMAR BELTRÁN N. Y VALLE MUÑOZ F.A. “La supresión del supuesto de denegación injustificada por el R.D. 429/93, de asistencia sanitaria” López López, J. (Directora) Seguridad Social y Protección Social: Temas de Actualidad. Marcial Pons. Barcelona. 1996.

QUIRÓS LOBO J.M. Los principios generales del Derecho en la doctrina laboral. Aranzadi. Pamplona. 1984.

REYNAUD, E., “Seguridad Social para todos: balance de la situación y retos a nivel mundial”. Reynaud, E y Supiot, A (coordinadores) Protección social y trabajo decente. Nuevas perspectivas para las normas internacionales de trabajo. La Ley. Madrid. 2006.

RIBAYA MALLADA F.J. La gestión del absentismo laboral. Montecorvo. Madrid. 1996.

RIOS SALMERON, B. “Impugnación de los actos de gestión de la Seguridad Social” en VV.AA. Seguridad Social. Manual de Formación. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002.

RIVAS VALLEJO P. “Incapacidad Temporal y desempleo”. Ojeda Avilés, A (coordinador). La Incapacidad Temporal. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tecnos. Madrid., 1996.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, “El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos ante el proceso de reformas en la legislación de las Mutuas”.

Actualidad Laboral 9/2014.

RODRIGUEZ CARDO, I. La Seguridad Social de los Empleados, Cargos y Servidores Públicos. Thomson Aranzadi.Navarra.2008.

RODRIGUEZ CARDO, I.A. “El régimen de subsidios familiares”. García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi.2009.

RODRIGUEZ PASTOR, G.E. La nueva Ley de la Jurisdicción Social. Bomarzo. Albacete. 2012.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, E., “De la incapacidad temporal al desempleo tras la reforma de la Ley 40/2007”. Actualidad Laboral nº 18/2008.

RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER. “Conducta temeraria y accidente de trabajo” (VV. AA) Cien años de Seguridad Social (A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900). Fraternidad-Muprespa.2000.

RODRIGUEZ RAMOS, M^a J; GORELLI HERNANDEZ, J; VÍLCHEZ PORRAS, M, Sistema de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 2000.

ROMERO CÁRDENAS, M^a J. “Concepto y elementos integrantes del accidente de trabajo en la doctrinal judicial”, dentro de la obra de la que es coordinadora Accidente de trabajo y sistema de prestaciones. Bomarzo. Albacete.2009

RUIZ DE GRIJALBA, A. El contrato ante la razón y el derecho. Madrid (F..Beltrán). 1902.-Edición 1922., citado por Palomeque, M.C, Derecho del Trabajo e Ideología. Tecnos. Madrid. 1989.

SAGARDOY J.A. “El papel de los Sindicatos en las sociedades modernas: ¿Grupos de presión o grupos de poder? Diario ABC 22 de julio de 1991.

SALA FRANCO T.; ALBIOL MONTESINOS I.; CAMPS RUIZ L.; GARCÍA NINET J.I.; LÓPEZ GANDÍA J. Derecho del Trabajo. Tirant lo Blanch. Valencia. 1994.

SALA FRANCO, T. La Incapacidad para trabajar derivada de enfermedad o accidente. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.

SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A.- La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la Seguridad Social. Laboral Práctico. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

SALVADOR PEREZ, F. “El Régimen de Retiro Obrero”. García Murcia, J; Castro Argüelles, M^a A; (Directores). Legislación histórica de previsión social. Aranzadi.2009

SANCHEZ –RODAS NAVARRO, C. El accidente in itinere. Granada. 1998.

SANCHEZ PEGO, F.J y TOLOSA TRIBIÑO, C. “Los procesos de Seguridad Social”.

Tema 27 de la obra Derecho de la Seguridad Social.

SANCHEZ –URÁN AZAÑA Y. Seguridad Social y Constitución. Estudios de Derecho Laboral. Civitas. Madrid. 1995.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. “Extinción del subsidio de I.T: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad (Comentario a la STSJ Cataluña de 15 de febrero de 1999)”. Aranzadi Social Vol. I. .1999

SECO SERRANO C. Y TUSELL J. “La España de Alfonso XIII. El Estado y la política (1902-1931)”. Tomo XXXVII de la Historia de España de Ramón Menéndez Pidal. España Calpe. 1995.

SEMPERE NAVARRO A.V. y FERNANDEZ ARDAVÍN L. “Estudio de la invalidez permanente surgida por agotamiento de la provisional sin alta médica”. Relaciones Laborales,1988 II.

SEMPERE NAVARRO, A.V. “Aplazamiento de cuotas y devengo de prestaciones en el RETA. Comentario a la STS de 24 de setiembre de 2003”. Repertorio de Jurisprudencia número 29/2003. Aranzadi, BIB 2003/1524.

SEMPERE NAVARRO, A.V. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra. 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V. “La base de cotización tras el R.D. 637/2014”. Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo 168. Setiembre 2014.

SIRVENT HERNANDEZ, N. “Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de setiembre”. Actualidad Laboral nº 16.- Setiembre 2011.

SOLÉ TURA, J. y AJA, E. Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936). Siglo XXI de España.1977.

SUAREZ CORUJO, B. “Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajador Autónomo”. Temas Laborales nº 94/2008, Págs. 241 y ss.

SUPIOT, A.-(Coordinador). Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Informa para la Comisión Europea. Traducción española. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1994.

TASCON LÓPEZ, R. El accidente de trabajo en misión. Laboral Práctico. Serie Monografías. Tirant lo Blanch. Valencia. 2010.

TERSCH, H.- Días de ira. La esfera de los libros. Madrid. 2015.

TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Manual práctico de cotización. Madrid. (1996-2000).

TORTUERO PLAZA J.L. “La Incapacidad Temporal: contingencias y situaciones protegidas”. Tribuna Social números 44 y 45/1994.

TORTUERO PLAZA J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y.: La Incapacidad Temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva. Mapfre. 1996.

TORTUERO PLAZA, J.L.(Director). La reforma de la jubilación: políticas de pensiones y políticas de empleo. Secretaría de Estado de la Seguridad Social. www.seg-social.es.

TORTUERO PLAZA, J. L. “Las nuevas reglas de gestión y control de la incapacidad temporal: novedades y puntos críticos del R.D.625/2014”. Revista del Consejo General de Graduados Sociales, número 30. enero 2015.

TOSCANI GIMENEZ, D, El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. El Derecho. Madrid. 2012.

TRILLO GARCIA, A “Aspectos prestacionales modificados por la Ley de Medidas Urgentes para la reforma del mercado de trabajo” en el libro La reforma del Mercado de trabajo (Ley 35/2010, de 17 de setiembre). VV.AA. Lex Nova. Valladolid.2010. Págs.363 y ss.

TUÑÓN DE LARA M. “Revolución Burguesa. Oligarquía y constitucionalismo. (1834-1923). Vol VIII. de la obra Historia de España de Historia 16.

TUÑÓN DE LARA M. “El modelo franquista” dentro del Volumen XII. La España de la Cruzada de La Historia de España de Historia 16. 1982.

VALDES DAL-RÉ, F.- “La reforma de la negociación colectiva de 2012”. Relaciones Laborales nº 23/2012 y “Hacia dónde va la negociación colectiva” VV. AA (Gorelli Hernández, J coordinador). El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum. Profesor Antonio Ojeda Avilés. Temas Laborales. CARL. Sevilla, 2014

VELARDE FUERTES J. El tercer viraje de la Seguridad Social en España. Instituto de Estudios Económicos. Madrid 1990.

VENTURI A. Los fundamentos científicos de la Seguridad Social. (Traducción de Tudela Cambroner, G.). Ministerio de Trabajo. Colección Seguridad Social .1997.

VIDA SORIA, J MONEREO PEREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C; QUESADA SEGURA, R.- Manual de Seguridad Social. Tecnos. Madrid. 2009.

VIDA SORIA J. “La suspensión del contrato de trabajo”. Dentro de la obra Comentarios a las Leyes Laborales. El E.T. dirigidos por Borrajo Dacruz, E., Edersa. 1983.

VIDA SORIA J. “La I.T. como causa de suspensión del contrato de trabajo”. Tribuna

Social nº 44 y 45/1994.

VIDA SORIA J “El modelo de reforma laboral. Una valoración general” Monereo
Pérez J.L., (coordinador) La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el
fomento de la contratación indefinida. Puntos críticos. Comares. Granada.1999.

VILLAPLANA GARCIA, M^a. D. Absentismo e Incapacidad Laboral. Promover
organizaciones saludables como garantía de excelencia y efectividad organizativa.
C.E.S. del Principado de Asturias. 2015.

VILLAR CAÑADA, E. “La gestión de la incapacidad temporal a la luz de las últimas
reformas: puntos críticos”. Actualidad Laboral nº 20/2006

ANEXO I

RELACIÓN DE NORMAS

Decreto de 6 de febrero de 1822, de Establecimiento general de beneficencia.

Decreto de 20 de enero de 1834, regulando de los gremios y de la libertad de fabricación.

Ley de 20 de junio de 1849, de Beneficencia.

Ley de 24 de julio de 1873, sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros.

Ley de 26 de julio de 1878, sobre trabajos peligrosos de los niños.

Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900.

Real Decreto de 8 de julio de 1903, Reglamento de Incapacidades derivadas de Accidentes de Trabajo.

Ley de 27 de febrero de 1908, de creación del Instituto Nacional de Previsión.

Real Decreto de 11 de marzo de 1919, de creación del Retiro Obrero.

Real Decreto de 20 de noviembre de 1919 se regularon los Seguros a que hacía referencia la precitada Ley de 27 de febrero de 1908, entre los cuales se encontraban los seguros de invalidez, accidentes, enfermedad y maternidad.

Ley de Accidentes de Trabajo de 10 de enero de 1922.

Real Decreto de 29 de diciembre de 1922, Reglamento de Incapacidades derivadas de Accidentes de Trabajo.

Real Decreto-ley de 23 de agosto de 1926, por el que se aprueba el Código de Trabajo.

Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo.

Real Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 por el que se establece el Seguro obligatorio de Maternidad.

Decreto de 25 de mayo de 1931 que estableció las Bases de la Previsión Social contra el paro forzoso.

Decreto-ley de 26 de mayo de 1931 por el que se fija el Seguro Obligatorio de Maternidad

Decreto-ley de 8 de octubre de 1932 implanta el Seguro Obligatorio de Accidentes.

Ley de 13 de julio de 1936 por la que se dictaron las Bases reguladoras de las Enfermedades Profesionales.

Decreto de 8 de octubre de 1932, por el que se aprueba el Texto Refundido de

Accidentes de Trabajo.

Ley de 6 de diciembre de 1941, de aprobación de las Mutualidades Laborales.

Decreto de 26 de mayo de 1943, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley anterior.

Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944 por los que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ley de 16 de diciembre de 1954, de Ordenación de los Seguros privados.

Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el Texto Refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo.

Ley de 24 de abril de 1958, reguladora de los Convenios Colectivos Sindicales.

Decreto 1167/1960, de 23 de junio, por el que se aplican los beneficios del Mutualismo Laboral a los trabajadores independientes.

Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Orden de 9 de mayo de 1962 (B.O.E. 29 de mayo), por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de Fallecidos por Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

Ley 41/1964, de 11 de junio, de reforma del sistema tributario.

Decreto-ley 16/1965, de 30 de diciembre, por el que se prorrogaron los plazos establecidos para la aprobación de los textos refundidos de los distintos

Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

Orden de 25 de noviembre de 1966 (B.O.E. 7 de diciembre), por la que se regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

Decreto 512/1967, de 2 de marzo, mediante el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre los Rendimientos de trabajo personal.

Orden. Ministerial. de 13 de octubre de 1967 (B.O.E. 4 de noviembre), por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria (incapacidad temporal) en el Régimen General de la Seguridad

Social.

Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Decreto 3358/1967, de 23 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido del Impuesto General sobre la Renta

Orden de 15 de abril de 1969 (B.O.E. 8 de mayo) por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos

Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BB.OO.EE de 30 de setiembre y 1 de octubre).

Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad

Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41 1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo de 21 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad

Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social,

Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

O.M. de 31 de julio de 1972 (B.O.E. de 11 de agosto), de aplicación y desarrollo del Decreto anterior.

Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social

Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

General de la Seguridad Social.

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones laborales.

Orden Ministerial de 30 de abril de 1977, que desarrolla el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo.

Real Decreto 1774/1978, de 23 de junio, por el que se incluye la prestación de incapacidad laboral transitoria como mejora voluntaria en la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Orden por la que se desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto 1774/1978, de 23 de junio, por el que se incluye la incapacidad laboral transitoria como mejora voluntaria en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (B.O.E. 11 de agosto).

Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social.

Ley 44/1978, de 8 de setiembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Real Decreto 2318/1978, de 15 de setiembre, por el que se crea la Tesorería General de la Seguridad Social

Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo.

Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.

Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades.

R.D.1854/1979, de 30 de julio, por el que se regula la estructura y competencias del I.N.S.S.

R.D.1855/1979, de 30 de julio, por el que se regula la estructura y competencias del INSALUD.

Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, por el que se modifica el artículo segundo del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores

Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo.

Real Decreto 2384/1981, de 3 de agosto, que aprueba el Reglamento del I.R.P.F.

Real Decreto-ley 9/1982, de 30 abril, por el que se modifican los artículos. 25 y 31 del Texto refundido de 23-7-1971: incapacidad laboral transitoria.

Real Decreto 1976/1982, de 24 de julio, por el que se desarrolla lo dispuesto en el Real Decreto-ley por el que se modifica la redacción de los artículos 25 y 31 del texto refundido regulador del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de incapacidad permanente en la Seguridad Social.

Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, que aprueba el Reglamento de Sociedades.

Orden Ministerial. de 6 de abril de 1983 (B.O.E. 16-4-1983), por la que se dicta normas a efectos de control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el Sistema de la Seguridad Social.

Real Decreto 43/1984, de 4 de enero, sobre ampliación de la acción protectora de cobertura obligatoria en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, por el que se regula la estructura y competencias de la Tesorería General de la Seguridad Social.

Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, que aprueba el Reglamento de las prestaciones por desempleo.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley 18/1991, de 6 de junio, del I.R.P.F.

Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Orden Ministerial de 16 de diciembre de 1987 (B.O.E. 29 de diciembre), que establece los modelos para la notificación de los Accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y tramitación.

Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas locales.

Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el

trabajo.

Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, que aprueba el Plan General de Contabilidad.

Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

Orden Ministerial de 16 de enero de 1991 (B.O.E. 18 de enero) Actualiza las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo y no invalidantes.

Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el sistema de índices y módulos del sistema de Estimación Objetiva.

Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes.

Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo.

Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas Presupuestarias Urgentes.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

Orden Ministerial. de 18 de enero de 1993 (B O.E. 20 de enero), que desarrolla el artículo 98 de la Ley 39/1992, de Presupuestos Generales del Estado en materia de cotización a la Seguridad Social

Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre (B.O.E. del 31 de diciembre), sobre Revalorización de pensiones del Sistema de la Seguridad para 1994.

Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Real Decreto 2110/1994, de 28 de octubre, por el que se modifica determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, agrario y de empleados de hogar.

Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Orden Ministerial de 3 de abril de 1995 (B.O.E. de 7 de abril) regula el uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación.

Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud.

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la carrera judicial.

Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social.

Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gestión financiera de la Seguridad Social.

Real Decreto 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.

Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad social.

Orden de 18 de enero de 1996 (B.O.E. 26 de enero) para la aplicación y desarrollo del

Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social.

Orden Ministerial. de 22 de febrero de 1996 (B.O.E. 29 de febrero), de desarrollo del R.D. 1391/1995.

Real Decreto 2583/1996, de 13 de diciembre, de estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de modificación parcial de la Tesorería

General de la Seguridad Social.

Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades Laborales.

Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y nacionalización del sistema de Seguridad Social.

Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

Orden de 19 de junio de 1997 (B.O.E. 24 de junio) por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal

Real Decreto 1637/95, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de Seguridad Social.

Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Real Decreto 37/1998, de 16 de enero, que aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas--I.R.P.F.--.

Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, que desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

Real Decreto 489/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla en materia de Seguridad Social la ley 63/1997, de 26 de diciembre, en relación con los trabajos a tiempo parcial.

Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento sancionador en el orden social.

Real Decreto 1117/1998, de 5 junio, que modifica el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, sobre gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal.

Orden de 18 de septiembre de 1998 por la que se modifica la de 19 junio de 1997, que desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

Real Decreto ley 18/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo.

Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del I.R.P.F.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida laboral y familiar.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Orden de 18 de septiembre de 1998 (B.O.E. 25 de setiembre) por la que se modifica la de 19 junio de 1997, que desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que modifica determinados aspectos de la gestión y del control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, de desarrollo del T.R.E.T. en materia de protección de la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia.

Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo.

Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre de la protección de la maternidad.

Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía.

Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, modifica el artículo 65 del Reglamento General de Cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico.

Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido

de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones.

Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo

Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica.

Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, aprueba el Texto Refundido de la Ley del I.R.P.F.

Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades.

Real Decreto 428/2004, de 12 de marzo, por el que se modifica el Reglamento general sobre colaboración en la gestión de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

Reglamento (CE) Número 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

Real Decreto 1175/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del I.R.P.F.

Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, que aprueba el Reglamento del Impuesto de Sociedades.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Real Decreto 1030/2006, de 15 de setiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización.

Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público

Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Real Decreto 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

Orden TAS/1/2007, de 2 de enero, (B.O.E. 4 de enero), por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales.

Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Plan General de Contabilidad.

Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES).

Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, por el que se desarrolló el Estatuto del Trabajador Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente y su registro y se crea el Registro Estatal de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos.

Reglamento (CE) Número 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) no 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla

reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.

Orden TIN/971/2009, de 16 de abril (B.O.E 21 de abril), por la que se establece la compensación de gastos de transporte en los casos de asistencia sanitaria derivada de riesgos profesionales y de comparencias para la realización de exámenes o valoraciones médicas.

Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, R.D. 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias a las empresas que haya contribuido a la prevención de la siniestralidad laboral.

Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio (B.O.E. 1 de julio), por la que se regula el procedimiento de reconocimiento, control y seguimiento de las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Ley 35/2010, de 18 de setiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo

Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social—L.R.J.S.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad

Real Decreto 449/2012, de 5 de marzo, que modifica la estructura del I.N.S.S.

Orden ESS/619/2012, de 22 de marzo (B.O.E. 28 de marzo y corrección de errores 27 de abril), por la que se delegan y se aprueban las delegaciones del ejercicio de competencias en los órganos administrativos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y sus organismos públicos.

Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Real Decreto.1506/2012, de 2 de noviembre, por el que se regula la cartera común

suplementaria de prestación ortoprotésica del Sistema Nacional de Salud y se fijan las bases para el establecimiento de los importes máximos de financiación en prestación ortoprotésica.

Orden HAP/2802/2012, de 28 de diciembre, (B.O.E. 29 de diciembre), por la que se desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la disposición adicional trigésima octava de la

Real Decreto. 1529/2012, de 8 de noviembre, desarrolla el artículo 11 T.R.E.T./1995 en materia de contratos formativos.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal.

Orden ESS/66/2013, de 28 de enero (B.O.E. 30 de enero), por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, que regula la jubilación activa.

Orden ESS/484/2013, de 26 de marzo (B.O.E 28 de marzo) por la que se regula el sistema RED.

Ley 14/2013, de 27 de setiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración.

Real Decreto 637/2014, de 26 de julio, que da nueva redacción al artículo 23 del Reglamento General de Recaudación y liquidación de otros derechos de la Seguridad social.

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades.

Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

Orden ESS/86/2015, de 30 de enero (B.O.E. 31 de enero), por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2015.

Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

Real Decreto 1171/2015, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2016.

Orden ESS/70/2016, de 29 de enero, (B.O.E. 30 de enero), por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016.

ANEXO II

CONVENIOS COLECTIVOS DE ÁMBITO SECTORIAL NACIONAL (2002-2015) QUE CONTIENEN CLÁUSULAS DE PRESTACIONES DE I.T.

Administración de loterías (B.O.E. 24/09/2002; 27/7/2004;19/07/2006; 5/2009;25/8/2010; 8/8/2012; 7/12/2015).

Agencias de viajes (B.O.E. 8/7/2003; 15/05/2005; 5/10/2009, 22/8/2013)

Autoescuelas (B.O.E.13-8-2002; 1/12/2004; 24/02/2006; 18/2/2009; 9/10/2013).

Aviación civil (B.O.E. 19/09/2002; 27/02/2004).

Banca Privada (B.O.E. 10/3/2004; 2/08/2005; 16/08/2007; 5/5/2012).

Cadenas de tienda de conveniencia (B.O.E.18/06/2002;15/03/2004; 12/12/2006;23/7/2010; 12/11/2013).

Cárnicas (B.O.E.7/05/2002 y acuerdos complementarios de 19/07/2002; 28/02/2005; 18/3/2008; 30/1/2013; 27/1/2016).

Centros de Educación Universitaria e Investigación (B.O.E.9/6/2004; 19/12/2006; 9/1/2007;21/7/2012)

Centros de enseñanza privada de régimen general, enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (B.O.E. 28/05/2002; 26/04/2006; 26/5/2011).

Centros de asistencia y educación infantil (B.O.E. 11-11-2002; 22/8/2003; 15/05/2005; 7/06/2007; 22/3/2010).

Centros de peluquería y estética, enseñanzas musicales, artes aplicadas y oficios artísticos (B.O.E. 2/05/2002;2/7/2007; 4/10/2013).

Corcho (B.O.E. 16/01/2002; 19/12/2006; 10/11/2009; 21/9/2012; 14/10/2015).

Crédito (Sociedad cooperativas de) (B.O.E.10/3/2004; 22/08/2005;15/01/2008; 30/4/2009, 2/8/2012).

Comercio de flores y plantas (B.O.E.28/7/2003; 5/10/2005; 22/7/2008; 2/5/2012)

Empresas consultoras (B.O.E. 23/05/2002; 25/06/2004;28/12/2006; 4/4/2009).

Empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos (B.O.E.7/11/2002; 23/8/2003; 20/09/2005;20/6/2008; 25/10/2013).

Escuelas de Turismo (B.O.E.24-9-2002; 23/03/2004).

Especialidades farmacéuticas (B.O.E.23-10-2002; 18/01/2006; 9/7/2012; 23/1/2014).

Establecimientos financieros de crédito (B.O.E. 28/01/2002; 31/1/2003;6/04/2004; 11/01/2006; 4/09/2007; 30/4/2009; 13/10/2012; 11/10/2013 Convenio Marco).

Estaciones de servicio (B.O.E.13/02/2002; 19/7/2004; 8/03/2007; 3/10/2013).

Fotográficas (B.O.E. 15/01/2002; 27/04/2004; 6/06/2006; 19/12/2013).

Gestión y mediación inmobiliaria (B.O.E.15/7/2003;13/1/2007; 13/5/2014).

Industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y comercio exclusivista de estos materiales (B.O.E.24/09/2002; 11/8/2004; 31/8/2007; 14/8/2012; 5/6/2014).

Madera (B.O.E.24/01/2002; 27/5/2010; 27/11/2012; 5/6/2014).

Mayoristas e importadores de productos químicos, droguería y perfumería (B.O.E.5/06/2002; 13/8/2008; 15/12/2011).

Mensajería (B.O.E. 4/8/2004; 12/12/2006; 5/3/2008;29/3/2012; 6/8/2015).

Papel y Artes gráficas (B.O.E.17/6/2004; 26/02/2007; 14/3/2008; 5/7/2012; 15/7/2015).

Peluquerías (B.O.E. 27/06/2002; 29/10/2005; 28/11/2008; 13/4/2011; 31/3/2015).

Publicidad (B.O.E.20/02/2002; 13/02/2004; 24/2/2010, 10/2/2016).

Químicas (B.O.E. 18/06/2002; 21/7/2004; 29/08/2007; 9/4/2013; 20/3/2014, 3/8/2015).

Recuperación, transformación y venta de residuos y desperdicios sólidos (B.O.E. 9/08/2002; 23/9/2003; 23/10/2007; 24/2/2010; 21/3/2011; 3/7/2012; 25/10/2013).

Salinera (B.O.E. 23/05/2002; 6/05/2004; 19/10/2006;19/12/2009; 16/12/2014).

Seguridad (Empresas de) (B.O.E. 20/02/2002;10/06/2005; 12/1/2015).

Seguros (Empresas de) (B.O.E. 2/07/2002; 22/5/2003; 17/01/2005; 22/10/2007;5/11/2009;3/2/2012; 19/8/2013).

Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (B.O.E.19/4/2004; 19/11/2004; 27/9/2007; 19/8/2013).

Servicios de Prevención ajenos (B.O.E. 11/9/2008).

Siderometalúrgica (B.O.E. 30/09/2002).

Telemarketing -- Contact center-- (B.O.E.8/03/2002; 5/05/2005; 27/7/2012).

Tejas, ladrillos y piezas de arcillas (B.O.E.19/12/2006; 8/5/2014).

Transportes de enfermos en ambulancia (Empresas de) (B.O.E.16/11/2007; 5/7/2010;24/8/2012).

Transportes por carretera (B.O.E.3/01/2002;18/1/2008).

Turrónes y mazapanes (B.O.E. 16/12/2006; 22/1/2009; 1/4/2014; 14/10/2015).

Universidades privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de formación de posgrados (B.O.E. 4/8/2004; 18/01/2006;22/4/2010; 27/11/2014).

ANEXO III

CUADRO 1

Prestaciones de I.T del sistema abonadas por la S.S según los Presupuestos liquidados (en millones de Euros)	AÑO	CUANTÍA	Porcentaje de variación con respecto al año anterior (%)
	1991	3016,5	
	1992	3396,3	12,59
	1993 *	3348,3	-1,41
	1994	3374,1	0,77
	1995	3375,9	0,05
	1996	3315,5	4,075
	1997	3316,4	-5,60
	1998	3163,1	-4,62
	1999	3333,2	5,37
	2000	3784,4	13,53
	2001	4278,29	13,05
	2002	4754,48	11,13
	2003	5154,21	8,40
	2004	5830,16	13,11
	2005	6406,69	9,88
	2006	6850,49	6,92
	2007	7312,77	6,75
	2008	7715,58	5,51
	2009	8143,81	5,55
	2010	7373,19	-9,46

	** 2011	6874,48	-4,94
	2012	5360,17	-22,02
	2013	5014,66	-6,44
	2014	4758,09	-5,11
	*** 2015	4824,27	1,37

Fuente: Elaboración propia a partir de Liquidaciones de Presupuestos y datos tomados de página web www.seg-social.es

*Recordemos que en 1992 fue aprobado el Real Decreto-ley 5/92 transformada después en la ley 22/92, modificando los pagos de prestaciones económicas de I.T. derivados de contingencias comunes entre los días 4º y 16º desde la baja.

** Incorpora un programa de ahorro como consecuencia de los acuerdos de financiación de la sanidad contenidos en el nuevo modelo de financiación autonómica y la aplicación de los correspondientes convenios entre las CC.AA y el I.N.S.S que establecen programas de control de la I.T. y objetivos de ahorro en términos de reducción del coste económico de la prestación por afiliado/mes.

***Sobre Presupuesto

CUADRO 2

Prestaciones de I.T del Régimen General abonadas por la S.S según los Presupuestos liquidados (en millones de Euros)	AÑO	CUANTÍA	Porcentaje de variación con respecto al año anterior (%)
	2008	5.380,89	
	2009	5.568,32	3,48
	2010	5.076,64	-8,82
	2011	4.809,26	-5,26
	2012	3.978,70	-17,27
	2013	3.298,81	-17,08
	2014	3.236,44	-1,89