

Estudio

NUEVAS PAUTAS EN LA REGULACION DE LA INCAPACIDAD LABORAL

Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

Eduardo Román Vaca

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NUEVA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL: 1. La refundición de las situaciones de incapacidad temporal, la reducción de su alcance y los objetivos de la reforma.—2. Los parámetros temporales de la contingencia de incapacidad temporal.—3. El tránsito de la incapacidad temporal a la invalidez permanente.—4. En particular, la maternidad como contingencia autónoma.—III. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA INCAPACIDAD LABORAL: 1. Los subsidios de incapacidad temporal.—2. La afectación a mejoras voluntarias y prestaciones complementarias.—3. El tránsito del subsidio a la pensión de invalidez permanente.—IV. LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: 1. La incapacidad temporal por riesgos comunes y el nuevo papel de las Mutuas.—2. La cobertura de la incapacidad temporal de los trabajadores autónomos.—V. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE DECLARACION Y REVISION DE INCAPACIDADES: 1. Los cambios normativos en el procedimiento de declaración de la invalidez permanente.—2. El procedimiento de declaración de invalidez: inicio, desarrollo y conclusión.—3. Un «excursus» sobre la declaración de invalidez y el reconocimiento de prestaciones.—4. La revisión de las situaciones de invalidez permanente.

I. INTRODUCCIÓN

La inestabilidad y el grado de fragmentación de la normativa de Seguridad Social es realmente sorprendente; hasta el punto de que parecen llamados al fracaso todos los intentos de consolidar y dar permanencia a la legislación básica en la materia (1). Un buen ejemplo de ello lo tenemos en los avatares sufridos por el nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (LGSS) —aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio (RCL 1994, 1825)—, durante los últimos meses. Si loable era el propósito de sistematizar y racionalizar un entramado normativo que en aquellos momentos era sencillamente inabarcable, fundado era el temor, en vista de la experiencia de las últimas décadas, de que la nueva ley pronto quedará superada por los acontecimientos y sometida, una vez más, a los vaivenes y sobresaltos típicos de este sector del ordenamiento (2).

Los temores, como se sabe, no han tardado en verse confirmados, pues son ya muy numerosas las disposiciones que, desde distintos frentes, han afectado a la situación resultante de aquel acontecimiento legal. Por su rango normativo, el principal exponente de esta nueva fase de reformas fue la Ley 42/1994, de 30 diciembre (RCL 1994, 3564), de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que introdujo importantes modificaciones en el Texto Básico de la Seguridad Social. Por su amplitud y generosidad, los mejores ejemplos se encuentran sin duda alguna en la larga serie de Reglamentos Generales que han visto la luz en los últimos meses, buena parte de ellos nacidos del denominado **Plan de acción de modernización de la gestión de la Seguridad Social** preparado por el Ministerio de Trabajo, que incluye un programa de ordenación y sistematización normativa y que quizá nos depare todavía alguna otra disposición reglamentaria. En puertas está, en fin, el desarrollo del «Pacto de Toledo».

La Ley 42/1994 afectó sobre todo al régimen de la incapacidad para el trabajo: especialmente, a la incapacidad de carácter temporal y, en menor medida, a la invalidez permanente; también ha afectado de manera sustancial a la protección por maternidad, que, siendo tradicionalmente una manifestación de la incapacidad temporal, ha pasado a tener una regulación específica (3). Como resultado de ello, se ha

(1) Vid. A. DESDENTADO BONETE, «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del *Código de la Protección Social*», *RL*, núm. 7 (1996), pgs. 9 y ss.

(2) Vid. E. VAL Y DE LA FUENTE, «El nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núms. 137/138 (1994); y A. CEA AYALA, «Novedades en materia de Seguridad Social en las Leyes 41/1994, de Presupuestos Generales del Estado para 1995 y 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 143 (1995), pg. 107.

(3) Vid. A. CEA AYALA, «Algunas reflexiones sobre la prestación de incapacidad temporal», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 153 (1995), pg. 63.

dado nueva redacción a buena parte de los artículos que componen el Capítulo IV del Título II de la LGSS y se ha provocado, por acto reflejo, la reforma de algún precepto perteneciente a la legislación laboral, como el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) (RCL 1995, 997).

Por razón de la materia, estas nuevas reformas en la incapacidad laboral venían a añadirse a la que tuvo lugar a través del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 julio (RCL 1992, 1641), luego convertido en Ley 28/1992, de 29 noviembre (RCL 1992, 2497). Como se recordará, mediante tales disposiciones legales se dio nueva redacción a lo que hoy en día es el art. 131 de la LGSS, y, en concreto, a las reglas sobre determinación de los sujetos obligados al pago del subsidio de incapacidad cuando tal situación deriva de contingencias comunes. Modificación esta que, por cierto, ha generado numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, tanto del Tribunal Constitucional (referidos a la constitucionalidad de aquella reforma) como de la jurisdicción ordinaria, como tendremos ocasión de ver (4).

La Ley 42/1994, por otra parte, ha tenido también importantes secuelas en el ámbito de la regulación reglamentaria, ya que buena parte de sus innovaciones iba acompañada de la correspondiente habilitación al Gobierno para la aprobación de disposiciones reglamentarias de desarrollo. Así sucedía, señaladamente, en dos de las materias que habían sido objeto de reforma: de un lado, en materia de declaración y revisión de las situaciones de invalidez permanente, cuyo procedimiento fue regulado posteriormente por el RD 1300/1995, de 21 julio (RCL 1995, 2446), desarrollado, a su vez, por la Orden Ministerial 18 enero 1996 (RCL 1996, 263); de otro, en materia de colaboración en la gestión por parte de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, reguladas hoy en día por el Real Decreto 1993/1995, de 7 diciembre (RCL 1995, 3321), que aprobó el nuevo Reglamento de tales entidades colaboradoras.

Estas son, expuestas muy resumidamente, las materias de las que vamos a tratar en las páginas que siguen. El orden de exposición será el siguiente: en primer lugar, nos ocuparemos de las modificaciones operadas en la regulación sustantiva de la incapacidad temporal; continuaremos con algunas referencias a los efectos económicos de las situaciones de incapacidad y a los problemas surgidos de la puesta en práctica de las reformas que, en el año 1992, afectaron al pago de la prestación por incapacidad temporal; y finalizaremos con el análisis de las reformas que han afectado a la gestión de la incapacidad temporal y al procedimiento de declaración y revisión de la invalidez permanente.

(4) Vid. A. MARTÍN VALVERDE, «Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia recientes», *AL*, núm. 39 (1994), pgs. 604 y ss.

II. LA NUEVA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

1. La refundición de las situaciones de incapacidad temporal, la reducción de su alcance y los objetivos de la reforma.

Como se acaba de decir, la parte más significativa de las reformas operadas por la Ley 42/1994 afecta a la incapacidad laboral de carácter temporal. Desde este punto de vista la reforma ha supuesto la desaparición de las contingencias que son anterioridad venían configurando dicha situación (incapacidad laboral transitoria, conocida como ILT, e invalidez provisional) y su refundición en una contingencia única, a la que se da el nombre de «incapacidad temporal» (IT). También ha supuesto la separación de la maternidad respecto de la incapacidad laboral, de forma que la protección de esa situación específica ha pasado a tener mayor sustantividad y una cierta autonomía dentro de la acción protectora de Seguridad Social (art. 133 de la LGSS, en sus distintos números).

La consecuencia más palpable de esos cambios normativos ha sido la reducción de los contornos de la incapacidad temporal respecto de la situación tradicionalmente contemplada por la Seguridad Social. Es verdad que hoy como ayer puede tener su origen en accidente, sea o no de trabajo, o en enfermedad, sea o no profesional; es igualmente cierto que se mantienen sus elementos definitorios y sus rasgos esenciales (5). Pero, a diferencia de la normativa anterior, ya no se bifurca en dos contingencias distintas ni puede derivar de las situaciones de maternidad (art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social).

La situación resultante de la refundición de las antiguas situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional puede que resulte más correcta desde el punto de vista conceptual y hasta desde la perspectiva de la acción protectora del sistema. Como es sabido, las anteriores situaciones de ILT e invalidez provisional venían a ser, a la postre, dos fases dentro de una misma contingencia, pues, dejando a un lado algunos supuestos excepcionales, daban respuesta a una misma dolencia de forma sucesiva y con mecanismos sustancialmente equiparables. Ambas, del mismo modo, daban origen a una situación de suspensión del contrato de trabajo, según la versión inicial del art. 45 del ET. En realidad, la invalidez provisional servía para prolongar la situación de incapacidad temporal durante un tiempo suplementario (hasta seis años como máximo) con el fin de comprobar la evolución de las dolencias y lograr un diagnóstico más certero y a ser posible definitivo.

Esta duplicidad no dejó de ser criticada por la doctrina, entre otras razones porque fragmentaba lo que, en esencia, constituía una sola situación (la incapacidad temporal) y desnaturalizaba en buena me-

da su razón de ser y su virtualidad (6). Daba lugar, además, a la permanencia de situaciones que sin tener aún un diagnóstico cierto sobre su carácter definitivo, suponían un coste prolongado para el sistema de Seguridad Social. Era muy común, en fin, la consideración de la antigua invalidez provisional como situación potencialmente generadora de fraudes y abusos en la percepción de subsidios de incapacidad. La reforma, tomando nota de estas críticas y disfuncionalidades, ha querido poner fin a ese estado de cosas (7).

Desde este punto de vista, y aunque no haya sido tan perceptible como en otras modificaciones precedentes –como la introducida a través del RD Ley 5/1992– no cabe duda de que la reforma operada por Ley 42/1994 respondía al objetivo global de reducción de costes del sistema y, en particular, de minoración del gasto ocasionado por sus prestaciones económicas (8). Bien es verdad que en esta ocasión tal objetivo se va a cumplir a través de medidas indirectas: de un lado, mediante la introducción de mayores posibilidades de control; de otro, y de forma más patente, mediante el acortamiento de los plazos de la incapacidad temporal (9).

2. Los parámetros temporales de la contingencia de incapacidad temporal.

Ciertamente, la consecuencia más visible de la reforma de las situaciones de incapacidad temporal es la reducción de su duración en comparación con la que, en la regulación anterior, resultaba de la agregación de ILT e invalidez provisional. La refundición no tenía por qué entrañar automáticamente ese acortamiento; podía haberse optado por mantener aunque fuese referida exclusivamente a la incapacidad temporal, la duración máxima de seis años que derivaba de dicha agregación. Sin embargo, se ha otorgado a la nueva contingencia de incapacidad temporal la duración propia de la antigua ILT, de tal ma-

(6) Vid. M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pg. 229; J. L. TORTUERO PLAZA, «Incapacidad laboral temporal: contingencia y situación protegida», cit., pg. 42; y R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, «Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», *RL*, Tomo I (1995), pg. 1110.

(7) En la memoria presentada por el Gobierno con vistas a esta reforma se hacía constar que «el desdoblamiento existente entre incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional carece de fundamento, por protegerse mediante ambas prestaciones una misma y única situación de necesidad».

(8) Vid. C. FERNÁNDEZ PRATS, «La nueva regulación de la incapacidad temporal y su duración», F. M. MUÑOZ MOLTÓ, «Consideraciones económicas y técnicas sobre la reforma de la incapacidad» y S. PEÑA OBIOL, «La empresa y la incapacidad temporal», todos en VV AA, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, pgs. 254, 352-353 y 524 respectivamente.

(9) A. CEA AYALA, «Novedades en materia de Seguridad Social en las Leyes 41/1994, de Presupuestos Generales del Estado para 1995 y 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social», cit., pg. 112, y «Algunas reflexiones sobre la prestación de incapacidad temporal», cit., pg. 72 (en pg. 64 los datos económicos del Presupuesto de la Seguridad Social para 1995 en comparación con el del año anterior, donde se aprecia el recorte de las cantidades previstas para la incapacidad laboral de carácter temporal).

(5) Vid. J. L. TORTUERO PLAZA, «La incapacidad laboral temporal: contingencia y situación protegida», *Tribuna Social*, núms. 44/45 (1994), pgs. 33 y ss.

nera que en sentido estricto no podría hablarse de refundición de ILT e invalidez provisional, sino, más bien, de mera supresión de esta última (10).

La actual Incapacidad Transitoria es, desde este punto de vista, heredera exclusivamente de la antigua ILT; de ahí que haya podido afirmarse que la reforma ha supuesto, si bien se mira, un cambio de denominación de la tradicional ILT (11). De ella ha copiado, en especial, su duración tradicional: doce meses ampliables, a dieciocho cuando tiene su origen en accidente o enfermedad (12), y seis meses ampliables a doce cuando la incapacidad se declara para abrir un período de observación por enfermedad profesional (art. 128 de la LGSS) (13). Las reglas sobre duración de la Incapacidad Transitoria se han limitado en efecto a reproducir las normas precedentes de la ILT. Siguen vigentes, además, las normas reglamentarias de desarrollo procedentes de la OM 13 octubre 1967, incluidas las que se ocupan de la incidencia de los períodos de recaída en el cómputo de los plazos correspondientes (14).

A la postre, la duración posible de las contingencias de ILT e invalidez provisional se consideraba excesiva, y venía a traducirse, como se decía en la memoria aportada por el Gobierno al anteproyecto de la que después sería Ley 42/1994, en una «férrea caracterización de la invalidez como situación permanente». De ahí el acortamiento introducido por dicha disposición legal. El problema que ahora se plantea es que los plazos máximos de la Incapacidad Transitoria, sin el acompañamiento anterior de la invalidez provisional, pueden ser insuficientes no sólo para atender adecuadamente al afectado, sino también para tener elementos de juicio bastantes como para lograr un diagnóstico certero sobre el carácter temporal o presumiblemente definitivo de la situación de incapacidad.

Esa es la razón de que la nueva regulación haya introducido algunos mecanismos para facilitar el tránsito entre una y otra situación y para lograr una calificación médica más aproximada. Son vías bas-

tante diversas y a veces de difícil articulación, pero que, contempladas en el nuevo contexto normativo, tratan de dar respuesta a esa posible laguna y, a la postre, vienen a compensar de alguna manera la desaparición de la invalidez provisional.

3. El tránsito de la incapacidad temporal a la invalidez permanente.

La primera de estas vías se articula como una especie de prórroga de la incapacidad temporal, en cuanto posibilita que esta situación vaya más allá de la duración máxima inicialmente establecida. El art. 131 bis.2 de la LGSS dispone, en su párrafo primero, que una vez transcurrido el plazo máximo de dieciocho meses, «se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente». Aunque sea de manera indirecta, lo cierto es que con esa previsión se está prorrogando la situación de incapacidad durante algún tiempo. Desde luego, se trata de una previsión legal que suscita diversas dudas.

Por de pronto, cabe plantearse si se trata realmente de un plazo para la observación y tratamiento de la incapacidad (lo cual lo convertiría en una prórroga propiamente dicha) o si no es más que un mandato temporal para la declaración, en su caso, de la invalidez permanente, como parece entenderse a primera vista. También cabe plantearse si durante ese período el trabajador se encuentra en Incapacidad Transitoria o pasa a tener automáticamente la condición de inválido permanente. Aunque alguna opinión doctrinal se pronuncia en este último sentido (15), parece que tanto del art. 131 bis.2 de la LGSS como del art. 134.1 de la LGSS, en su último párrafo, se deduce que en tanto no se produzca la correspondiente calificación el trabajador se encuentra en Incapacidad Transitoria. Ello se corrobora si se tiene en cuenta que durante este período se mantienen los efectos típicos de la Incapacidad Transitoria, básicamente la suspensión de la relación laboral hasta que tenga lugar la resolución administrativa correspondiente (16). No se mantiene, sin embargo, la obligación de cotizar (art. 131 bis.2 de la LGSS, último párrafo), como antes sucedía en la situación de invalidez provisional (17).

La segunda vía también se contempla en el art. 131 bis.2 de la LGSS, si bien en su párrafo segundo, y constituye ya una prórroga expresa de la duración inicial de la Incapacidad Transitoria, a la que a veces se le ha llamado, para diferenciarla de la prórroga ordinaria,

(15) Vid. M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pgs. 54-55.

(16) Vid. J. M. GOERLICH PESET, «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 61 (1996), pgs. 54 y ss.

(17) Vid. M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 55.

(10) J. VIDA SORIA, «La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho extintivo)», *Tribuna Social*, núm. 61 (1996), pg. 10.

(11) M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pg. 14, y M. APILLUELO MARTÍN, «A modo sistemático: el nuevo régimen jurídico de incapacidad temporal y de la maternidad», en VV AA, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 158.

(12) Prórroga esta que, según la jurisprudencia, se produce de modo automático: basta con la continuidad de la baja médica, sin que sea necesario acto administrativo expreso (A. MARTÍN VALVERDE, «Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia recientes», cit., pg. 608).

(13) Vid. L. J. DUEÑAS HERRERO, «La contingencia de la incapacidad (laboral) temporal en el Régimen General de la Seguridad Social», *RL*, núm. 4 (1996), pgs. 57 y ss.

(14) Vid. A. ALVAREZ MORENO, «La incapacidad temporal tras la reforma operada por Ley 42/1994. Especial referencia al RETA. La protección de la maternidad», *RT*, núm. 17 (1995), pg. 116. A propósito de dicha incidencia, la STS 8 mayo 1995 (RJ 1995, 3755) declara que cuando la actividad laboral que interrumpe la incapacidad es superior a seis meses «el elemento temporal es decisivo y excluyente», mientras que si es inferior habrá que tener en cuenta que cada proceso de enfermedad es independiente y no cabe la acumulación, conclusión que habrá de matizarse cuando las sucesivas dolencias respondan «a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones».

«prórroga puente» o «prórroga especial» (18). Se prevé para aquellos supuestos en que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica hiciera aconsejable demorar la declaración de invalidez permanente. En tal caso, la declaración podrá retrasarse por un período máximo de treinta meses, computables desde «la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal».

Este nuevo período tiene los rasgos esenciales de la incapacidad temporal (19), y, al igual que el anterior, se considera como tal.

Asimismo, conlleva la suspensión de la relación laboral (20) y supone la desaparición de la obligación de cotizar (21). Viene a suplir directamente a la anterior invalidez provisional, y si comparamos esta nueva situación con lo previsto en la normativa precedente, cabría afirmar que nos hallamos con una nueva invalidez provisional, aunque sea, evidentemente, de menor duración que la tradicional, razón por la cual a veces se le ha llamado «invalidez provisional reducida» (22).

La tercera vía está estrechamente conectada con el nuevo régimen jurídico de la invalidez permanente. Esta contingencia prácticamente no ha experimentado cambios con la Ley 42/1994, salvo en lo que se refiere a los procedimientos de declaración y revisión (23). No obstante, sí ha variado, al menos en parte, su consideración desde el punto de vista de la relación laboral, y ello indirectamente vuelve a jugar como vía de tránsito de la incapacidad temporal a la invalidez permanente.

En efecto, frente a la regla general que califica la invalidez permanente como causa de extinción del contrato de trabajo (art. 49.1, e del ET) (24), la nueva redacción del art. 48.2 del ET dispone que la

⁽¹⁸⁾ Vid. R. ESCUDERO RODRIGUEZ y E. PALOMO BALDA, «Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», cit., pg. 1115; M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 53.

⁽¹⁹⁾ Vid. M. ALVAREZ DE LA ROSA, «Incapacidad temporal y maternidad», *TS*, núm. 53 (1995), pg. 9.

⁽²⁰⁾ Vid. M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pgs. 21-22, y J. VIDA SORIA, «La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo», cit. pg. 14; también R. ESTEBAN LEGARRETA, «Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo» y M. L. MEDIAVILLA CRUZ, «En torno a las causas de extinción de la incapacidad temporal», ambos en VV AA, *La incapacidad temporal*, cit., pgs. 242 y 336, respectivamente.

⁽²¹⁾ Vid. F. DE VICENTE PACHÉS, «La cotización durante la situación de incapacidad temporal», en VV AA, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 489.

⁽²²⁾ Vid. J. F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M. A. MOMPALMER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, cit., pg. 276; M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 53; S. TORRENTE GARI, «El tratamiento normativo de la incapacidad temporal y de la maternidad en la Ley 42/1994, de 30 diciembre», en VV AA, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 454; y L. J. DUEÑAS HERRERO, «La contingencia de incapacidad (laboral) temporal», en la misma obra colectiva anterior, pgs. 212 y 230.

⁽²³⁾ Más ampliamente sobre esos procedimientos E. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

⁽²⁴⁾ En sus grados de total, absoluta y gran invalidez; la invalidez permanente parcial no provoca por sí misma la suspensión ni la extinción de la relación laboral (M. ALONSO OLEA y G. BARREIRO GONZÁLEZ, *El Estatuto de los Trabajadores*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pg. 48, y J. GARCÍA VIÑA, «El deber recíproco de buena fe en la incapacidad

declaración de invalidez permanente conlleva la suspensión del contrato de trabajo, por un máximo de dos años y con la consiguiente reserva del puesto de trabajo, cuando previsiblemente el inválido vaya a ser objeto de revisión por mejoría que posibilite la reincorporación a su antiguo trabajo (25). Como hemos señalado, el acortamiento que se aprecia en el plazo de Incapacidad Transitoria con respecto a la situación precedente (de seis años a tan sólo uno y medio) ha originado que el legislador cree una nueva situación (la prórroga de la Incapacidad Transitoria) que se asemeja bastante —solamente varía en su duración— a la invalidez provisional.

Esa mismo razón es la que ha motivado una singular excepción al principio general según el cual la declaración de invalidez permanente conlleva la extinción de la relación laboral; excepción que permite sustituir ses efecto readical por el más luiviano de la suspunsión en determinadas circunstancias. En palabras del Gobierno, ello encuentra su justificación en una nueva visión de la invalidez permanente, alejada de aquella «férrea caracterización ... como situación permanente» que presidía la normativa precedente, flexibilizándose considerablemente, en cuanto a sus reflejos laborales, el calificativo de permanente (26).

La nueva regla del art. 48.2 del ET suscita dos consideraciones. En primer lugar, sobre su ámbito de aplicación: ¿es aplicable sólo cuando la Incapacidad Transitoria culmine con la prórroga especial que la prolonga hasta treinta meses, o también lo es cuando finaliza

temporal», en VV AA, *La incapacidad temporal*, cit., pgs. 269-270), si bien es posible, para un sector de la doctrina, que como consecuencia de dicha invalidez se produzca una ineptitud del trabajador, lo que podría dar lugar a la extinción por circunstancias objetivas prevista en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pgs. 686 y 749-750, y J. VIDA SORIA, «La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo», cit., pg. 16; en contra en cambio de que pueda aplicarse el artículo 52 del Estatuto J. M. GOERLICH PESET, «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», cit., pg. 60).

⁽²⁵⁾ Sobre este nuevo supuesto de suspensión de la relación laboral vid. R. ESTEBAN LEGARRETA, «Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo», cit., pgs. 246-253, J. VIDA SORIA, «La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo», cit., pgs. 15-18, y J. I. GARCÍA NINET, «La incapacidad temporal», en VV AA, *La incapacidad temporal*, cit., pgs. 106-108. El Real Decreto 1451/1983, de 11 mayo (y para quienes declarados en situación de invalidez permanente total o absoluta y, tras percibir prestaciones de recuperación profesional, recuperaban plenamente su capacidad o eran declarados en invalidez permanente parcial) tan sólo establecía una preferencia absoluta para su reincorporación a la empresa, previéndose incluso la reducción de la cotización empresarial a la Seguridad Social; al respecto puede verse I. ALBIOL MONTESINOS, «El derecho de reincorporación a la empresa del inválido recuperado», *RL*, núm. 12 (1987) e I. ALBIOL MONTESINOS y F. BLAT GIMENO, «La invalidez permanente total extingue el contrato de trabajo. Efectos laborales de la posterior recuperación», *AL*, núm. 5 (1987).

⁽²⁶⁾ Ello responde además, a juicio del Gobierno, a lo siguiente: «con dicha regulación se pretende mitigar los efectos que el acortamiento de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional podrán tener sobre la relación laboral de los trabajadores afectados y que, en la actualidad, implica una reserva de puesto de trabajo hasta tanto no se haya producido la declaración de invalidez permanente, lo que supone, como máximo, un período de reserva de seis años a contar desde la declaración de la incapacidad laboral transitoria».

el plazo máximo inicial de dieciocho meses? Los fines perceptibles en las reglas del Estatuto de los Trabajadores parecen ajustarse mejor al supuesto en que previamente se hubiera concedido una prórroga hasta treinta meses (27), ya que en tal caso nos encontramos, por definición, ante una calificación dudosa o incierta. De todas formas, nada dice el precepto sobre ello.

En segundo lugar, no cabe duda de que este proceso de sustitución de la extinción del contrato de trabajo por la mera suspensión viene a crear en realidad una situación híbrida o intermedia entre la invalidez permanente y la incapacidad transitoria o temporal, ya que aunque el afectado se encuentra formalmente en la primera de esas contingencias, goza de algunos de los efectos propios de la segunda.

En desarrollo de esas previsiones, y con el fin de establecer algún mecanismo que facilite su puesta en práctica, el art. 7 del RD 1300/1995 dispone que los efectos de suspensión de la relación de trabajo con reserva del puesto correspondiente sólo procederán «cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez ... se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años». En tal caso, habrá de darse traslado al empresario afectado de la resolución administrativa correspondiente.

Por lo demás, dispone el art. 131 bis.3 de la LGSS que, sin perjuicio de lo anterior, cuando la Incapacidad Transitoria se extinga por transcurso del plazo máximo de dieciocho meses, o por alta médica con declaración de invalidez permanente, así como en los supuestos de prórroga de tres meses o hasta treinta meses como máximo, los efectos de la Incapacidad Transitoria se prorrogarán «hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal».

Efectos reflejos de la nueva regulación de la incapacidad temporal se hallan también, finalmente, en las reglas sobre inicio del procedimiento de evaluación de la invalidez permanente. Este se regula en los arts. 44 y ss. del RD 1300/1995 y, más específicamente, en la OM 18 enero 1996. Puede iniciarse por tres vías diferentes: de oficio por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a instancia del propio trabajador y a instancia de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, o de la empresa colaboradora, «en aquellos asuntos que les afecten directamente». A su vez, el procedimiento de oficio puede responder a una iniciativa propia del INSS o a una petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente.

(27) Vid. M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 22.

Los arts. 3 y ss. de la OM 18 enero 1996 se ocupan de especificar esas distintas vías de inicio del procedimiento, y disponen que habrá de iniciarse de oficio cuando el INSS considere, «por cualquier circunstancia, que el trabajador se encuentra en un estado que pueda ser constitutivo de una situación de invalidez permanente», o, también, «cuando se extinga la situación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del número 1 del art. 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

En principio, este segundo supuesto es similar al previsto en la anterior versión del art. 134.3, a) de la LGSS, que consideraba como invalidez permanente la subsistente tras el agotamiento de la invalidez provisional (28). Ahora bien, dada la menor duración de la incapacidad temporal en la actualidad (frente a los seis años de la situación precedente), es más que probable que la iniciativa de oficio cobre mayor importancia. Según los datos estadísticos anteriores a 1994, algo menos de la mitad de los expedientes se iniciaban a propuesta de la Administración sanitaria y el resto a instancia del presunto beneficiario de la prestación (29); quizá se modifiquen estas estadísticas con la nueva regulación de la incapacidad temporal.

4. En particular, sobre la maternidad como contingencia autónoma.

El desgajamiento de la maternidad de la incapacidad temporal ha sido, como hemos visto, la segunda gran innovación de la Ley 42/1994. Quizá la primera razón de esta segunda medida haya perseguido en primer término un mayor acercamiento de nuestro sistema a las líneas dibujadas en la normativa internacional y, concretamente, en el Convenio OIT núm. 102 (RCL 1988, 2049 y RCL 1989, 771). No es casual que en la memoria aportada por el Gobierno se hiciera constar que las especialidades de la maternidad aconsejaban configurarla «como una contingencia específica de protección ... de acuerdo con los criterios que abundan en otros sistemas europeos y que también quedan recogidos en el Convenio 102 de la OIT». Es oportuno recordar, en este sentido, que la ratificación de este Convenio por parte de España no había incluido a la maternidad, quizá, entre otras razones, porque nuestro sistema de Seguridad Social no contemplaba esta contingencia como rama independiente de la asistencia sanitaria y la incapacidad laboral transitoria (30).

(28) Sobre este supuesto A. V. SEMPERE NAVARRO y L. FERNÁNDEZ ARDAVÍN, «Estudio de la invalidez permanente surgida por agotamiento de la provisional sin alta médica», *RL*, núm. 19 (1988).

(29) Así por ejemplo, el *Informe de Gestión* del INSS correspondiente a diciembre de 1993, pg. 82, indica que de los expedientes de invalidez iniciados durante el año anterior el 45,24% se iniciaron previo dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades, cuya función en este sentido viene a asumir el Servicio de Salud, mientras que el 54,76% lo fueron por solicitud de los interesados.

(30) Vid. M. J. RODRÍGUEZ RAMOS, «El Convenio 102 de la OIT de la norma mínima de la Seguridad Social», en VV AA, *VII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y*

La segunda razón, íntimamente conectada con la anterior, es sin duda la peculiaridad de la maternidad respecto de la incapacidad temporal ordinaria. Frente al resto de las situaciones tradicionalmente incluidas en esa contingencia, la maternidad posee unas características peculiares (estado fisiológico normal y no patológico, especialidades en el objeto de la protección, que no responde sólo a la protección a la salud de la madre y del «nasciturus», sino también a posibilitar el cuidado y atención del recién nacido), que de hecho obligan a mantener un régimen jurídico específico y distinto del común (31). Todo ello aconsejaba configurar la maternidad como una contingencia específica dentro de la acción protectora del Sistema de la Seguridad Social, como había apuntado desde hace tiempo la doctrina (32).

La reforma da a la protección por maternidad un nuevo enfoque, en el que la óptica predominante deja de ser la incapacidad de la madre para centrarse en el cuidado del menor y, a fin de cuentas, de la familia (33). Al fin y al cabo, tras esas reformas esta última contingencia parece acercarse más, desde un punto de vista conceptual, a las reglas de protección de la familia y a las prestaciones de carácter familiar que a la protección de la incapacidad laboral, entre otras razones porque si ya en su origen era dudoso que tuviera como base realmente una situación de incapacidad (era dudoso, al menos, que la incapacidad se mantuviera durante todo el período de descanso por maternidad), en la actualidad tales dudas se han despejado en sentido negativo, desde el momento en que son beneficiarios de la protección no sólo la madre sino también el padre del hijo biológico, así como las personas que asumen la *patria potestas* mediante un procedimiento de adopción o acogimiento (arts. 133 bis y ter de la LGSS, art. 48.4 del ET y art. 30.3 de la LMRFP [RCL 1984, 2000, 2317 y 2427]).

III. EFECTOS ECONÓMICOS DE LA INCAPACIDAD LABORAL

1. Los subsidios de incapacidad temporal: el pago a cargo del empresario.

Cumplidos los requisitos que en su caso sean exigibles, la incapacidad temporal da derecho, como se sabe, a un subsidio cuya regula-

Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991, pg. 316.

⁽³¹⁾ Para el Consejo Económico y Social, la reforma de esta parcela de la Seguridad Social se hacía necesaria, dado que «las nuevas concepciones respecto a la función social de la maternidad y la asunción de obligaciones por ambos progenitores en lo que se refiere a la atención de los hijos, exigen adaptar en el ámbito de la protección de la Seguridad Social una normativa inadecuada a esa nueva concepción».

⁽³²⁾ Vid. J. VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pgs. 222-223 y 241.

⁽³³⁾ Vid. BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, cit., pgs. 269 y 285. Sobre el bien jurídico tutelado en esta contingencia, su evolución en nuestro ordenamiento y su tratamiento internacional, A. GARRIGUES GIMÉNEZ, «Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias», en VV AA, *La incapacidad temporal*, cit., pgs. 285-290.

ción básica se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social y cuya determinación y alcance se especifica, fundamentalmente, en la OM 13 octubre 1967 (RCL 1967, 2097), y modificaciones posteriores (34). La Ley 42/1994 prácticamente no ha supuesto variación en las condiciones de devengo y percepción de este derecho, abstracción hecha de las repercusiones que en su duración pueden tener y de hecho tienen los cambios operados en la delimitación legal de las situaciones de incapacidad. En resumidas cuentas, el derecho al subsidio nace a partir del día siguiente al de la baja en el trabajo cuando ésta procede de contingencias profesionales, y a partir del decimosexto día de baja cuando tiene su origen en contingencias comunes. Se mantiene «mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal», de acuerdo con las reglas que ya conocemos (art. 131 de la Ley General de la Seguridad Social).

Siguen vigentes, además, los criterios aportados por la jurisprudencia acerca de los requisitos formales de percepción de los subsidios de IT. La disyuntiva que se venía planteando a estos efectos era si para dicha percepción se requería o no solicitud expresa del beneficiario; dicho de otra manera: si cursados los oportunos partes de baja el beneficiario tenía derecho o no a recibir automáticamente el subsidio correspondiente. La jurisprudencia en unificación de doctrina sostiene a este respecto que basta que se cursen los partes de baja para que el beneficiario tenga derecho al abono automático del subsidio (SSTS 21 enero 1994 [RJ 1994, 358], y 17 febrero 1994 [RJ 1994, 1057]) (35).

Los cambios tuvieron lugar, como se sabe, en la determinación de los sujetos obligados al pago, en virtud del RD Ley 5/1992. Como ya dijimos, desde la entrada en vigor de esta norma el subsidio de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes corre a cargo del empresario «desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive» (art. 131.1 de la LGSS), previsión que, conjuntamente con la ampliación de los supuestos de colaboración de las empresas, perseguía en primer término la reducción del gasto público y, al mismo tiempo, un mayor interesamiento de los empresarios en el control del absentismo y a la postre, de las situaciones que podían generar coste para el sistema de Seguridad Social (36).

Esta nueva regla tiene gran trascendencia, incluso desde el punto de vista conceptual, dado que a partir de la misma es difícil seguir atribuyendo a esas prestaciones por Incapacidad Transitoria su tradicional naturaleza jurídica (37). Sus mayores efectos se proyectan,

⁽³⁴⁾ Vid. A. DESDENTADO BONETE y J. I. TEJERINA ALONSO, «El subsidio por incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción», *TS*, núms. 44/45 (1994), pgs. 54 y ss.

⁽³⁵⁾ Vid. M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pg. 69.

⁽³⁶⁾ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, «Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia recientes», cit., pgs. 606 y ss.

⁽³⁷⁾ Vid. A. MARTÍN VALVERDE, «Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional: legislación y jurisprudencia recientes», cit., pgs. 604 y ss.; y L. HURTADO GONZÁLEZ,

desde luego, sobre las pautas tradicionales de pago de los subsidios de incapacidad temporal, en cuanto que atribuyó directamente al empresario una prestación que antes correspondía al propio sistema o, en todo caso, a los sujetos colaboradores. De ahí que despertara algunos recelos, tanto entre los empresarios, que veían incrementado su coste de Seguridad Social, sin recibir a cambio facultades expresas de control médico y de denegación de prestaciones (38); como entre los trabajadores, que temían un menor grado de garantía en este tipo de prestaciones, particularmente porque no era clara la aplicación de los mecanismos habituales de garantía en caso de insolvencia del empresario (39).

Muchos de los argumentos contrarios a ese cambio normativo se llegaron a plasmar en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, aduciendo, básicamente, vulneración del mandato que el art. 41 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), da a los poderes públicos para que mantengan un «régimen público» de Seguridad Social con prestaciones suficientes. El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechazó ese tipo de imputaciones, con el principal argumento de que la exigencia del art. 41 de la CE debe ser valorada en un examen global del sistema, de modo y manera que reajustes o retoques parciales en alguna de sus piezas, como ésta de la incapacidad temporal, no necesariamente hacen perder al conjunto sus características esenciales (STC 37/1994, de 10 febrero [RTC 1994, 37]) (40).

2. La afectación a mejoras voluntarias y prestaciones complementarias.

La atribución al empresario de la obligación de pago directo del subsidio de incapacidad temporal durante los días cuarto a decimoquinto planteó, por otra parte, diversos problemas en las empresas, algunos de ellos, por cierto, muy interesantes desde el punto de vista dogmático. Planteó, en principio, dificultades de articulación con las prestaciones derivadas de mejoras voluntarias. Como se sabe, es muy frecuente que mediante convenio colectivo, acuerdo o, sencillamente, concesión unilateral de la empresa, se mejoren las prestaciones básicas en materia de incapacidad temporal (41). Tales mejoras tenían su

«La obligación de pago de prestaciones por incapacidad temporal a cargo del empresario», *RL*, núm. 10 (1995).

⁽³⁸⁾ Vid. A. ALVAREZ MORENO, «La incapacidad temporal tras la reforma operada por Ley 42/1994», cit., pg. 168.

⁽³⁹⁾ Vid. P. ARAMENDI SÁNCHEZ, «La prestación de incapacidad laboral transitoria. Novedades introducidas por la Ley 28/1992 de Medidas Presupuestarias Urgentes», *Aranzadi Social*, núm. 4 (1992); y J. F. LOUSADA AROCHENA, «La aplicación del principio de automatización de las prestaciones a las de incapacidad temporal en el período a cargo de las empresas», *RL*, núm. 14 (1995).

⁽⁴⁰⁾ Vid. M. ALVAREZ DE LA ROSA, «Incapacidad temporal y maternidad», cit., pg. 13.

⁽⁴¹⁾ Vid. J. GARCÍA ORTEGA, «Imputación de responsabilidades en materia de incapacidad laboral transitoria», *TS*, núms. 44/45 (1994), pgs. 80-81. En algún caso la jurisprudencia ha defendido, dicho sea de paso, que el incumplimiento de esas obligaciones

origen, normalmente, en pactos o decisiones anteriores al RD Ley 5/1992, presuponiendo, por tanto, que la prestación básica correspondía a la Seguridad Social y no a la empresa.

Pues bien, en muchos casos las empresas afectadas han aducido que la obligación impuesta por el RD Ley 5/1992 suponía un cambio sustancial de circunstancias que encajaba en los contornos propios del principio *rebus sic stantibus*. Siendo así, quedaba afectado, igualmente, el principio *pacta sunt servanda*, de tal manera que quedaban eximidas de sus anteriores compromisos y, en concreto, del deber de pago de las correspondientes mejoras. La jurisprudencia ha avalado, en síntesis, esta posición (42).

Problema conexo al anterior es el que se ha derivado de la derogación de la Ley de Contrato de Trabajo, y, concretamente, de su art. 68, por la Ley 11/1994 (RCL 1994, 1422 y 1651). Como se recordará, tal precepto atribuía a la empresa el pago del salario durante los tres primeros días de baja por enfermedad, y actuaba, desde esa perspectiva, como mecanismo de cobertura de ese período, complementario del que se disponía con carácter básico en la legislación de Seguridad Social. Tal derogación ha generado algunos litigios, por varias razones.

En primer término, porque no se ha producido de manera expresa y directa, sino a través de una compleja operación en la que ha de procederse a la articulación de diversas previsiones legales; de ahí que no haya sido asumida de forma unánime por la doctrina (43). Y en segundo lugar, porque la desaparición de ese mecanismo residual ha tenido alguna consecuencia, de nuevo, sobre las prestaciones complementarias asumidas por la empresa en virtud de convenio colectivo. De uno de estos casos se ocupa la STS 7 noviembre 1995 (RJ 1995, 8674), que rechaza que exista una relación directa entre aquella prestación tradicional y las prestaciones pactadas en convenio, y que, por advertir diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto, descarta la aplicación en estos casos de la doctrina anteriormente expuesta.

3. El tránsito del subsidio a la pensión de invalidez permanente.

Algunas consideraciones conviene hacer, asimismo, a propósito

por parte del empresario puede ser causa suficiente de resolución del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1. c) del ET (STS 22 mayo 1995 [RJ 1995, 3995]).

⁽⁴²⁾ Entre otras, dos SSTS 4 julio 1994 (RJ 1994, 6335 y 7043), con votos particulares. Vid. J. GARCÍA MURCIA, «El abono a cargo del empresario de prestaciones por incapacidad temporal: un comentario de jurisprudencia reciente», *Derecho de los Negocios*, núms. 58/59 (1995); M. A. PÉREZ ALONSO, *La incapacidad temporal*, cit., pgs. 47 y ss.

⁽⁴³⁾ Las dudas doctrinales han surgido porque, ciertamente, tal operación normativa se ha producido de manera indirecta, mediante la derogación expresa de la disposición final 4.ª de la Ley 8/1980, que dejaba a salvo aquellos preceptos que, no siendo contradictorios con el Estatuto de los Trabajadores, regulaban materias no previstas en éste. Vid. S. ROMERO DE BUSTILLO, «Los apartados c) y d) del número 1 del art. 45 del Estatuto», en VV AA, *La suspensión del contrato de trabajo*, CGPJ, Madrid, 1995, pgs. 120 y ss.; y A. ALVAREZ MORENO, «La incapacidad temporal tras la reforma operada por Ley 42/1994», cit., pg. 168.

de la determinación de los efectos económicos de la declaración de invalidez permanente. Esta cuestión planteaba diversos problemas con anterioridad a la aprobación de la Ley 42/1994, entre otras razones por la complejidad de las normas implicadas y el entrecruzamiento de un tema distinto aunque conectado, como es la determinación del hecho causante de la invalidez.

La nueva regulación de la incapacidad puede ayudar a resolver estas dudas. Como regla general, el art. 131 bis.3 de la LGSS dispone que las prestaciones económicas por invalidez permanente se iniciarán en la fecha de su calificación. Calificación que, de acuerdo con el art. 6.3 del RD 1300/1995, «se entenderá producida en la fecha de la resolución del Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social».

Si el trabajador viniera percibiendo prestaciones por Incapacidad Transitoria, se prorrogarán hasta ese momento, aunque hubiera transcurrido la duración máxima de esa contingencia. Si bien, en la hipótesis de que las prestaciones por invalidez fueran superiores a las que venía percibiendo el trabajador, «se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal» (art. 131 bis.3 de la LGSS). Aplicada esta regla, del importe de la pensión de invalidez habría que deducir la cantidad percibida por el beneficiario en concepto de subsidio por Incapacidad Transitoria. Si la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social no reconociera derecho a prestación económica, «las cantidades devengadas por el beneficiario no serán objeto de reintegro» (art. 6.3 del Real Decreto 1300/1995).

IV. LA GESTIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

1. La incapacidad temporal por riesgos comunes y el nuevo papel de las Mutuas.

La obligación de los poderes públicos de mantener y sostener económicamente un sistema público de Seguridad Social, derivada del art. 41 de la Constitución, no es obstáculo para la colaboración de entidades privadas, básicamente en el terreno de la gestión (44). Tal colaboración es, como se sabe, un rasgo tradicional de nuestro sistema, entroncado sin duda alguna con sus raíces y con su peculiar proceso de formación. Entre las entidades colaboradoras más típicas y asiduas se encuentran, por lo demás, las antiguas «mutuas patronales», hoy en día denominadas técnicamente «Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social».

La colaboración de estas entidades se ha reducido tradicionalmente a la cobertura de los riesgos de origen profesional. Dicha inter-

vencción venía siendo, al menos en primer término una reminiscencia del añejo principio de responsabilidad empresarial frente a las consecuencias del accidente de trabajo (45). Pero, al mismo tiempo, constituía uno de los elementos de distinción entre el riesgo profesional y el riesgo común que han conseguido mantenerse a lo largo del tiempo, pese a la pretendida uniformidad en la protección de los riesgos sociales y en la cobertura de las situaciones de necesidad derivadas de una misma contingencia (46).

La Ley 42/1994, que ha introducido una nueva reforma en el régimen jurídico de las Mutuas (47), ha dado pasos en pos de esta uniformidad, pero en sentido contrario al que quizá se hubiera podido imaginar hace algunos años. En efecto, no ha reducido ni mucho menos suprimido la colaboración de las Mutuas en el sistema de Seguridad Social, sino que, por el contrario, ha ampliado notablemente su radio de acción, extendiéndolo a las contingencias comunes. Su artículo 35 ha dado nueva redacción a la disposición adicional undécima de la Ley General de la Seguridad Social, abriendo la posibilidad de que la colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales se proyecte no sólo a dichos riesgos profesionales, como venía siendo regla general (art. 68 de la LGSS), sino también a las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes.

Para posibilitar tal ampliación, dicha disposición adicional establece que el empresario que opte por formalizar la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social «podrá, asimismo, optar porque la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de ese mismo personal se lleve a efecto por la misma Mutua, en los términos que reglamentariamente se establezcan».

Como es fácil de comprender, esta regla supone la apertura de un importante campo de acción para las Mutuas, cuya posición en el sistema de protección social está experimentando una notable reconversión en los últimos años, de lo que también es prueba, por ejemplo, la atribución de funciones de prevención mediante la Ley 31/1995, de 8 noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales

(45) Sobre el papel y la evolución histórica de las Mutuas, A. V. SEMPERE NAVARRO, *Régimen jurídico de las mutuas patronales*, Civitas, Madrid, 1986, pgs. 31 y ss.

(46) Vid. J. M. ALMANSA PASTOR, *Derecho de la Seguridad Social*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, 1991, pg. 232; J. F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M. A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, cit., pg. 142; M. R. ALARCÓN CARACUEL y S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Compendio de Seguridad Social*, cit., pg. 122 y J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, «La reforma de la protección del accidente de trabajo. Aportación a un debate necesario», en VV AA, // *Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1985, pgs. 295-299 y 302.

(47) Continuando así una cadena de modificaciones que viene de años atrás. Vid. por ejemplo, R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Una reforma parcial de las Mutuas patronales de accidentes de trabajo», *RL*, núms. 15/16 (1990), pgs. 85 y ss.

(44) F. CAVAS MARTÍNEZ, «El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 128 (1993), pg. 80.

(48). Pero no cabe duda de que también puede contribuir a dar mayor racionalidad y coordinación a la protección de las situaciones de Incapacidad Transitoria cuando el empresario opta por asociarse a una Mutua, puesto que en tal caso la ley permite que se aborden conjuntamente todas las contingencias, profesionales o comunes.

La gestión de estas prestaciones y, en general, el papel de las Mutuas en el sistema de Seguridad Social, viene especificada en el Capítulo II del RD 1993/1995, de 7 diciembre, que, como dijimos, aprueba el nuevo Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social. Según el art. 69 del RD 1993/1995, la opción prevista en la disposición adicional undécima de la LGSS, que deberá aceptarse obligatoriamente por la Mutua, habrá de comprender a la totalidad de los trabajadores de las actividades y centros de la empresa, y deberá realizarse «en el momento de formalizar el convenio de asociación con la Mutua». La opción, por otra parte, se habrá de mantener durante el período de un año, si bien, respetando ese período anual, el empresario podrá renunciar a esta forma específica de dar cobertura a la Incapacidad Transitoria por contingencias comunes, sin que ello implique alterar sus restantes derechos y obligaciones como asociado a la entidad.

Formalizada la protección con la Mutua, corresponderá a ésta el reconocimiento del derecho, el pago del subsidio y el control de las situaciones de incapacidad a través de sus servicios médicos; también les corresponde el seguimiento y control de las prestaciones, en colaboración con los organismos de la Seguridad Social (art. 73 del RD 1993/1995), cuestión que había suscitado dudas en la doctrina (49). Como contraprestación al pago de prestaciones, las Mutuas percibirán de la Tesorería General de Seguridad Social la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo (arts. 71 a 73 del Real Decreto 1993/1995) (50).

Esta notable ampliación del campo de actuación de las Mutuas responde seguramente a razones de variada índole: de eficacia y de carácter económico ante todo, pero quizá también a la existencia de cierta desconfianza hacia los servicios sanitarios oficiales (51). En cualquier caso, es una modificación que entraña importantes

consecuencias: por una parte, supone una atenuación de la tradicional diferencia de trato dispensada a los riesgos comunes y a los riesgos profesionales; por otra, puede que ponga de manifiesto, como a veces se ha dicho, «claros síntomas de privatización del sistema público de Seguridad Social» (52); por otra, en fin, no cabe duda de que obliga a la reestructuración interna y al reposicionamiento de las Mutuas en el mercado, a fin de hacer frente a su nuevo papel (53).

2. La cobertura de la incapacidad temporal de trabajadores autónomos.

Por su relación con estos temas, vale la pena poner de relieve que la extensión del espacio de colaboración de las Mutuas ha llegado también al ámbito de los trabajadores autónomos, rompiéndose así, no sólo su inicial restricción a los riesgos profesionales, sino también su típico carácter «patronal». Tal ampliación se ha producido, lo mismo que la anterior, a través de la disposición adicional de la LGSS, modificada en este caso no sólo por la Ley 42/1994, sino también, más recientemente, por la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1995, de 8 noviembre, de Ordenación y supervisión de los seguros privados.

La citada disposición adicional lleva a cabo una doble operación a estos efectos. En primer término, y siguiendo una línea de regulación que fue iniciada años atrás, y que ha sufrido diversas vicisitudes en los últimos tiempos (54), da a los trabajadores encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), así como a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social (REASS), la opción de acogerse o no a la cobertura de las situaciones de incapacidad temporal. En segundo término, y para el caso de optar por la primera de esas alternativas, abre la posibilidad de que la cobertura se realice a través de una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (55).

Esta segunda ampliación del campo de actuación de las Mutuas también es muy significativa, por varias razones. Sobre todo, porque se produce en relación con un colectivo profesional (el de trabajadores autónomos) sobre el que no se ha proyectado la noción técnica de

(48) Vid. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y J. R. MERCADER UGUINA, «El reglamento sobre colaboración de las Mutuas de accidentes de trabajo», *RL*, núm. 5 (1996), pg. 105.

(49) Vid. M. A. BURGOS GINER, «El control de la incapacidad temporal», en *VV AA, La incapacidad temporal*, cit., pg. 191.

(50) Vid. J. CRUZ VILLALÓN, «El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal», *RL*, núm. 4 (1996), pgs. 18 y ss.

(51) Vid. J. F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M. A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, cit., pg. 142; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ y E. PALOMO BALDA, «Novedades de la Ley 42/1994: en especial, en materia de contratos de fomento del empleo y a tiempo parcial, incapacidad temporal, maternidad e invalidez permanente», cit., pg. 1117; y J. I. GARCÍA NINET, «Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal», *Tribuna Social*, núm. 61 (1996), pg. 85.

(52) J. F. BLASCO LAHOZ, J. LÓPEZ GANDÍA y M. A. MOMPALER CARRASCO, *Curso de Seguridad Social*, cit., pg. 142; también J. I. GARCÍA NINET, «La incapacidad temporal», cit., pg. 112.

(53) Vid. J. M. PALANCAR VALERO, «Intervención de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (Centro de Estudios Financieros), núm. 154 (1996), pg. 48.

(54) Vid. J. F. BLASCO LAHOZ, *El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pgs. 218 y ss., y A. J. PEYÑEROA DE LA FUENTE, *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pgs. 134 y ss.

(55) Vid. A. ALVAREZ MORENO, «La incapacidad temporal tras la reforma operada por Ley 42/1994», cit., pgs. 170 y ss.

riesgo profesional. Siendo así, la función atribuida a las Mutuas en el Régimen de Trabajadores Autónomos no puede presentarse ya como un mecanismo de «racionalización» de la cobertura de riesgos. A diferencia de lo que sucede en el Régimen General de Seguridad Social, no cabe hablar aquí de unificación de la gestión de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, deriven de uno u otro tipo de riesgos, ya que no concurren los riesgos de tipo profesional, típicos de la función colaboradora de las Mutuas.

Para formalizar la cobertura de la incapacidad temporal por parte de los trabajadores adscritos al RETA o REASS, el art. 75 del RD 1993/1995 dispone que las Mutuas «habrán de aceptar toda proposición de adhesión que les formulen los trabajadores por cuenta propia, en los mismos términos y con el mismo alcance que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social». El correspondiente «convenio de adhesión» se habrá de formalizar según el «documento» aprobado por Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 8 febrero 1996. Como en el caso de las empresas asociadas, la falta de pago no podrá dar lugar a la resolución del correspondiente convenio.

Una regla añadida se prevé particularmente para los trabajadores por cuenta ajena del REASS. Para ellos se establece de modo expreso que la protección de las contingencias profesionales habrá de ser «única», de modo que una vez acogidos a una Mutua para la protección de la Incapacidad Transitoria habrán de concertar con dicha entidad, necesariamente, la protección de las contingencias de invalidez, muerte y supervivencia (56).

V. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN Y REVISIÓN DE INCAPACIDADES

1. Los cambios normativos en el procedimiento de declaración de la invalidez permanente.

Si hubiera que hacer una valoración apresurada del procedimiento tradicional de declaración y revisión de la invalidez permanente en el seno de la Seguridad Social, seguramente habría que otorgarle los calificativos de complejo, oscuro y cambiante. Complejo, porque en la evaluación y declaración de esas situaciones venían tomando parte diversas entidades: últimamente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de la Salud y el Instituto Nacional de Servicios Sociales, en el bien entendido de que en el ámbito de las Comunidades Autónomas con competencias en estas últimas materias la intervención correspondía a sus organismos propios. Oscuro, porque en esta materia las circulares e instrucciones internas de las Entidades Gestoras han jugado un papel inusitadamente relevante. Y

(56) Vid. J. CRUZ VILLALÓN, «El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal», cit., pgs. 26 y ss.

cambiante, porque su configuración normativa e institucional y su tramitación vienen experimentando cambios sucesivos desde los años setenta (57).

La Ley 42/1994 ha vuelto a introducir innovaciones de relieve: ha dado nueva redacción al art. 143 de la LGSS y ha previsto la elaboración de un nuevo reglamento en la materia, aprobado por RD 1300/1995, de 21 julio, desarrollado a su vez por Orden Ministerial 18 enero 1996. La Ley 42/1994 aborda sobre todo tres aspectos relativos a la declaración y revisión de la invalidez permanente: determina los organismos competentes en la materia y los servicios encargados específicamente de desarrollar esas funciones; establece un nuevo procedimiento de declaración y revisión de incapacidades, y fija los plazos aplicables a la revisión de las declaraciones de invalidez.

En lo que se refiere al primero de esos aspectos, la Ley 42/1994 ha buscado tanto la simplificación y racionalización del cuadro de organismos competentes, como su acomodación a los nuevos esquemas de organización de las Administraciones Públicas. En concreto, ha concentrado las competencias en esta materia en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, al que se declara competente, en todas las fases del procedimiento, para la declaración de la invalidez permanente a los efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas (art. 143 de la LGSS).

En desarrollo de esa atribución genérica de funciones, el art. 1 del RD 1300/1995 enuncia las competencias del INSS en materia de incapacidades laborales, entre ellas, efectivamente, la de «evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a prestaciones económicas contributivas de Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados».

Para el cumplimiento de esas tareas, y retomando el encargo del art. 143 de la LGSS, el art. 2 del RD 1300/1995 manda constituir en cada Dirección Provincial del INSS un Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), que vendría a sustituir a las anteriores Unidades de Valoración de Incapacidades [y, más atrás aún a las ya anejas Comisiones Técnicas Calificadoras (58)], que estaría compuesto por personal facultativo, funcionario y administrativo, y que asumiría, como función principal, la evaluación de la situación de incapacidad y la formulación del correspondiente dictamen-propuesta, «preceptivo y no

(57) Las reglas originarias del Decreto 3158/1966 (RCL 1966, 2394), desarrollado por OM 15 abril 1969 (RCL 1969, 869 y 1548), fueron modificadas, tras las nuevas líneas trazadas por el RD Ley 36/1978, de 16 noviembre (RCL 1978, 2056 y 2632), mediante el RD 2609/1982, de 24 septiembre (RCL 1982, 2751), y el RD 1071/1984, de 23 mayo (RCL 1984, 1507). Los cambios introducidos por la Ley 42/1994 y el RD 1300/1995 vienen a sumarse a este trasiego normativo. Vid. M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pgs. 276 y ss.; y E. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pgs. 15 y ss.

(58) Sobre la experiencia de tales Comisiones, ALVAREZ DE LA ROSA, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, cit., pgs. 276 y ss.

vinculante» (art. 2) (59). Cautelarmente, el art. 2.2 del RD 1300/1995 también preveía la constitución de más de un Equipo de aquellas Direcciones Provinciales «en las que el número de casos a resolver, o las características de algún sector laboral, así lo aconsejen».

La constitución efectiva de los EVI se reservó para el momento en que se dieran los presupuestos instrumentales necesarios, «tanto de orden material como personal». Por Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 20 septiembre 1995 (RCL 1995, 2684), se procedió a la constitución de EVI en buen número de Direcciones Provinciales del INSS, todas ellas situadas en Comunidades Autónomas que aún no habían asumido competencias en materia de asistencia sanitaria (60). En una segunda fase, mediante Resolución de 22 marzo 1996 (RCL 1996, 1204), se han creado EVI en Direcciones Provinciales del INSS de diversas Comunidades Autónomas con competencias en dicha materia (Andalucía, Comunidad Valenciana, Canarias o Galicia).

2. El procedimiento de declaración de invalidez: inicio, desarrollo y conclusión.

La segunda modificación de la Ley 42/1994 se refería al procedimiento de valoración y declaración de incapacidades en orden al reconocimiento de prestaciones. Tal procedimiento, aludido en el art. 143 de la LGSS, ha sido regulado también en el RD 1300/1995 (arts. 4 y ss.), y más específicamente, en la OM 18 enero 1996. Estas normas reglamentarias, como cabía esperar, se ocupan básicamente de la iniciación del procedimiento, de la fase de instrucción, y de la resolución del mismo. También aportan alguna otra regla complementaria, como la que se refiere a la declaración de invalidez permanente con reserva del puesto de trabajo (art. 7 del Real Decreto 1300/1995).

El procedimiento puede iniciarse por tres vías diferentes. En primer término, «de oficio» por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, iniciación que puede responder a una iniciativa propia del INSS o a una petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Adicionalmente, puede iniciarse a instancia del propio trabajador o su representante legal, y a instancia de la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o de las empresas colaboradoras, «en aquellos asuntos que les afecten directamente».

Los arts. 3 y ss. de la OM 18 enero 1996 se ocupan de especificar esas distintas vías de inicio del procedimiento. Habrá de iniciarse de

⁽⁵⁹⁾ Vid. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, cit., pgs. 43 y ss.

⁽⁶⁰⁾ Por Resolución de 10 octubre 1995 (RCL 1995, 2920), se constituyó un segundo EVI en las Direcciones de Madrid y Asturias, en el primer caso por el alto volumen de expedientes, y en el segundo por las particularidades de la declaración de invalidez permanente en el Régimen Especial de la Minería del Carbón.

oficio cuando el INSS considere, «por cualquier circunstancia, que el trabajador se encuentra en un estado que pueda ser constitutivo de una situación de invalidez permanente», o, también, «cuando se extinga la situación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del núm. 1 del art. 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social». La iniciativa por parte de otros sujetos puede producirse, en síntesis, cuando se entienda que existe una situación constitutiva de invalidez permanente, bien por el propio trabajador afectado bien por el resto de sujetos legitimados (61).

Con la indicación de esos preceptos reglamentarios viene a darse cumplimiento a lo dispuesto en el art. 134.1 de la LGSS. Como se recordará, el párrafo tercero de este precepto legal dispone que «también tendrá la consideración de invalidez, en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración». Pues bien, es claro que la transformación de la Incapacidad Transitoria en invalidez permanente requiere una declaración administrativa y, en consecuencia, el inicio del procedimiento correspondiente.

Si bien se mira, este supuesto es equivalente al previsto en la anterior versión del art. 134.3, a) de la LGSS, que consideraba como invalidez permanente la subsistente tras el agotamiento de la invalidez provisional. Ahora bien, dada la menor duración de la incapacidad temporal en la actualidad (frente a los seis años de la situación precedente), es más que probable que realce su importancia la iniciativa de oficio. Según los datos estadísticos que hemos podido manejar anteriores a 1994, más de la mitad de los expedientes se iniciaban a propuesta del Servicio de Salud y el resto a instancia del presunto beneficiario de la prestación; quizá se modifiquen estas estadísticas con la nueva regulación de la incapacidad temporal.

Por lo demás, el procedimiento de declaración de invalidez permanente «será impulsado de oficio» en todo caso, y habrá de adecuarse, además de a su normativa específica, a las normas generales del procedimiento común (art. 4.1 del RD 1300/1995). En concreto, su instrucción habrá de seguir los trámites previstos en el art. 5 del RD 1300/1995 y la OM 18 enero 1996, y habrá de concluir con resolución de la correspondiente Dirección Provincial del INSS. La resolución habrá de ser «expresa» (aunque se entenderá denegada por silencio administrativo, transcurrido un plazo de ciento treinta y cinco días) y no estará vinculada por las peticiones concretas de los interesados, de forma que podrá reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o a la situación de incapacidad padecida, ya

⁽⁶¹⁾ Vid. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, cit., pgs. 23 y ss.

sean superiores o inferiores a las de las indicadas peticiones en todos los casos. Como venía diciendo la jurisprudencia, la resolución administrativa será inmediatamente ejecutiva (art. 6 del Real Decreto 1300/1995).

Desde luego, la resolución administrativa es impugnabile ante la jurisdicción. Según la jurisprudencia, los efectos de una eventual declaración judicial que revise sus términos (por ejemplo, que modifique el grado de invalidez) se retrotraerán a la fecha de la resolución administrativa de origen (STS 17 febrero 1992 [RJ 1992, 996]). También es criterio jurisprudencial que si tras la impugnación judicial la correspondiente sentencia dejara sin efecto una previa declaración de invalidez, el trabajador, pese a la ejecutividad de ésta, tendría derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo como si su relación laboral hubiese atravesado un período de suspensión (STS 2 marzo 1992 [RJ 1992, 1609]) (62).

3. Un «excursus» sobre la declaración de invalidez y el reconocimiento de prestaciones.

Según la jurisprudencia, la declaración de invalidez permanente constituye un acto complejo que se compone de una valoración médica, que habrá de tomar en cuenta las circunstancias reales de cada caso y, en particular, de la existencia o no de incapacidad en el sentido material del término, y de una valoración jurídica, que habrá de considerar el cumplimiento o no de los requisitos legalmente exigidos para acceder a las prestaciones de Seguridad Social. Sólo si ambas operaciones llegan a una conclusión afirmativa podrá emitirse una declaración de invalidez, según los criterios últimamente defendidos por el Tribunal Supremo.

Todo ello quiere decir, visto desde otra perspectiva, que no puede procederse a la declaración de invalidez permanente cuando, pese a constatarse dolencias o deformaciones suficientes desde el punto de vista médico, no se acreditan los requisitos del art. 138 de la LGSS y no es posible, en consecuencia, reconocer el derecho a prestaciones económicas. El principal fundamento de esa tesis interpretativa es que no se debe dar origen a situaciones desprovistas de protección económica, ya que una declaración de invalidez no acompañada de prestaciones supondría la pérdida del paraguas protector de la legislación laboral (ya que la invalidez puede motivar la extinción del contrato) y no pondría en marcha, sin embargo, la protección de Seguridad Social (por esa ausencia de prestaciones económicas) (STS 14 octubre 1991 [RJ 1991, 7659]) (63).

⁽⁶²⁾ Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Las causas generales de suspensión del contrato de trabajo: ¿"numerus clausus"?», VV AA, *La suspensión del contrato de trabajo*, CGPJ, Madrid, 1995, pgs. 50-51.

⁽⁶³⁾ Vid. J. M. GOERLICH PESET, «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *Tribuna Social*, núm. 61 (1996), pgs. 57 y ss.

En cualquier caso, es éste un criterio jurisprudencial que puede generar diversos problemas, no sólo de interpretación y aplicación de la ley; de hecho, ya los ha planteado. De ahí que el propio Tribunal Supremo se haya visto obligado a completarlo con declaraciones adicionales, particularmente en aquellos supuestos en que el solicitante que ve rechazada su solicitud de declaración de invalidez regresa al trabajo y a partir del mismo acumula nuevas cotizaciones, suficientes para causar derecho a prestaciones económicas. En tales casos los problemas principales que se plantean son si la fecha del hecho causante puede ser o no la misma que en la solicitud inicial, y si las cotizaciones posteriores valen o no para devengar pensión.

En algún caso el Tribunal Supremo ha declarado que las cotizaciones efectuadas después de una declaración administrativa de invalidez sin derecho a prestaciones por falta de cotización son computables para que el afectado sea declarado en un momento posterior, por la misma u otra dolencia, en situación de invalidez (STS 25 noviembre 1993 [RJ 1993, 9076]). En otros casos ha declarado, en cambio, que las cotizaciones efectuadas al amparo de Convenio Especial con la Seguridad Social, celebrado tras el rechazo de una primera petición, sólo computan para devengar pensión por invalidez permanente generada por dolencias posteriores a la firma del convenio (STS 20 abril 1994 [RJ 1994, 4192]).

También se han planteado problemas a propósito de quién puede instar la declaración de invalidez permanente. Al hilo de aquellas declaraciones, la jurisprudencia había sentado la tesis de que las empresas no están legitimadas para solicitar la declaración de incapacidad, sino únicamente para impugnar las resoluciones administrativas de las que se derive su responsabilidad (STS 14 octubre 1992 [RJ 1992, 7633]). Con ello se pretendía evitar una eventual declaración de invalidez que, siendo aceptable para la empresa, fuese contraria a los intereses del trabajador, por ejemplo porque, por no reunir los requisitos exigibles, no se le reconocieran prestaciones económicas.

Esta construcción jurisprudencial parece haber tenido alguna recepción en las nuevas normas reguladoras del procedimiento de declaración de invalidez. De un lado, trazan una estrecha conexión entre la declaración de invalidez y el reconocimiento de prestaciones económicas (arts. 1 y 4 del RD 1300/1995, por ejemplo). De otro, conceden legitimación a las empresas para instar la declaración de invalidez del trabajador cuando son colaboradoras en la gestión y «en aquellos asuntos que les afecten directamente» (art. 4.2 del RD 1300/1995) (64).

⁽⁶⁴⁾ Vid. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, cit., pgs. 30 y ss.

4. La revisión de las situaciones de invalidez permanente.

El tercero de los aspectos abordados por la Ley 42/1994 es el que se refiere a la revisión de las declaraciones de invalidez permanente, aspecto en el que, junto a la complejidad y oscuridad que en general se cernía sobre toda esta materia, era apreciable un alto grado de contradicción y confusión entre las distintas normas vigentes: de un lado, los preceptos correspondientes de la Ley General de la Seguridad Social, cuya formulación procedía del Texto de 1974; de otro, las normas reglamentarias, que procedían de los años sesenta y que, como vimos, habían sufrido diversos cambios en los años posteriores.

Los principales problemas en esta materia surgían a la hora de determinar tanto el momento oportuno para llevar a cabo la revisión, como los plazos aplicables a tal efecto. Las normas reglamentarias originarias (arts. 17 a 21 del Decreto 3158/1966 y arts. 36 a 40; de la OM 15 abril 1969) habían establecido plazos mínimos para llevar a cabo la revisión (dos años para la primera, un año para las siguientes), pero posteriormente el art. 145 de la LGSS de 1974 (RCL 1974, 1482 y NDL 27361), dispuso que la revisión podía llevarse a efecto «en todo tiempo», siempre que tuviese lugar antes del cumplimiento de la edad mínima de jubilación; podía llevarse a cabo, además, por agravación, mejoría o error de diagnóstico, a petición de la Entidad Gestora o del interesado.

El mayor rango normativo de esta previsión legal permitía defender que aquellas normas reglamentarias, aunque no hubieran sido derogadas expresamente, habían perdido su vigencia y virtualidad (65); aunque formalmente seguían figurando en el cuadro de fuentes sobre esta materia, no costaba trabajo apreciar su contradicción con los criterios que parecían desprenderse de la regulación legal (66). Ante tal situación, y con el fin de articular de alguna forma ese conjunto normativo, el RD 1071/1984, de 23 mayo (RCL 1984, 1507), dispuso que la resolución administrativa de reconocimiento de la situación de invalidez permanente debía fijar, de acuerdo con la propuesta de la correspondiente Comisión de Evaluación de Incapacidades, un plazo máximo para efectuar la revisión, salvo en los casos de evidente irrecuperabilidad de la capacidad laboral (67).

Se optó, así, por el establecimiento de plazos máximos para llevar a cabo la revisión, lo cual, aunque no se ajustaba por completo al tenor de la ley, no revestía el grado de incompatibilidad propio de las normas anteriores, ya que, literalmente al menos, la fijación de un plazo máximo podría ser una de las opciones dentro de aquella fórmula legal tan amplia y genérica. No aclaró el RD 1071/1984, ni había

(65) SSTS 6 mayo 1988 (RJ 1988, 3572), 24 julio 1991 (RJ 1991, 6411) y 28 enero 1994 (RJ 1995, 8392).

(66) Vid. M. ALVAREZ DE LA ROSA, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pgs. 252 y ss.

(67) Vid. J. GARCÍA MURCIA, «Las modificaciones en el régimen jurídico de la invalidez permanente», *RL*, núm. 4 (1985).

aclarado el art. 145 de la LGSS de 1974, sin embargo, si de la posibilidad de solicitar la revisión en todo tiempo podían hacer uso todos los sujetos afectados o si tal mecanismo quedaba en manos exclusivamente de la entidad administrativa (68).

De elegirse esta segunda interpretación, para los beneficiarios seguiría rigiendo el primitivo sistema de plazos mínimos; pero la cuestión no era tan diáfana. Ante las dudas planteadas, normalmente por parte del INSS, interesado en limitar las posibilidades de los beneficiarios de solicitar la revisión, la jurisprudencia fijó dos criterios: de un lado, que el sistema de plazos mínimos de aquellas normas de los años sesenta había quedado eliminado a partir del art. 145 de la LGSS y, con más claridad aún, a partir del RD 1071/1984; y de otro, que defender la aplicación de reglas distintas según se tratase de la Entidad Gestora o del beneficiario iba en contra del principio de equidad (69).

El nuevo art. 143.2 de la LGSS —redactado conforme a la Ley 42/1994— ha introducido algunos criterios para poner fin a estos problemas. Por de pronto, dispone a tal efecto que toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a prestaciones por invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, hará constar necesariamente «el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante», en tanto que el interesado no haya cumplido la edad mínima de jubilación.

Como puede apreciarse, el art. 143.2 de la LGSS vuelve al sistema de plazos mínimos para proceder a la revisión de la incapacidad. El sentido último de este cambio quizá no sea difícil de detectar. El establecimiento de plazos mínimos para la revisión tiene la finalidad de evitar peticiones sucesivas y reiteradas de declaraciones de invalidez por parte de los interesados, práctica que al parecer venía siendo frecuente y que contaba con la oposición del INSS, por el coste económico y la carga de actividad que ello podía generar.

La regla tiene, no obstante, dos excepciones. En primer lugar, el INSS puede pedir en todo momento la revisión, de oficio o a instancia del interesado, si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo (por cuenta ajena o por cuenta propia), «con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución». En segundo lugar, las revisiones fundadas en «error de diagnóstico» podrán llevarse a cabo en cualquier momento en tanto el interesado no haya cumplido la citada edad de jubilación.

Por otra parte, dispone el art. 143.2 de la LGSS que el plazo mínimo de revisión «será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión», con lo cual probablemente se solventen las dudas sobre su radio de acción, ya que, frente a la regulación anterior, se incluye una indicación expresa acerca de sus destinatarios.

(68) Vid. E. ROMÁN VADA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, cit., pgs. 81 y ss.

(69) Vid. STS 28 enero 1994 (RJ 1995, 8392).

El art. 143.2 de la LGSS también habilitaba al Gobierno para proceder al desarrollo reglamentario de esas reglas. Tal desarrollo se contiene, al igual que lo referente a la declaración de incapacidad, en el RD 1300/1995 y en la OM 18 enero 1996. Según el art. 4.2 del RD 1300/1995 (reiterado por el art. 17 de la OM 18 enero 1995), estarán legitimados para instar la remisión, además de los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento de declaración de incapacidad, «los empresarios responsables de las prestaciones y, en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas». Por lo demás, el art. 6.2 del RD 1300/1995 reitera el mandato del art. 143.2 de la LGSS acerca de la fijación de plazos mínimos de revisión, y su art. 7, como ya vimos, dispone que los efectos de suspensión del contrato de trabajo sólo procederán cuando en la resolución correspondiente se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría.

La nueva formulación de la Ley General de la Seguridad Social no ha resuelto, sin embargo, todos los problemas interpretativos que se presentaban a propósito de la revisión de las declaraciones de invalidez permanente. Uno de ellos se refiere al caso particular de la invalidez permanente procedente de enfermedad profesional, provocado por la existencia de normas específicas sobre este riesgo profesional. Ya en la situación normativa anterior la jurisprudencia había defendido ocasionalmente la aplicación a las enfermedades profesionales de sus reglas particulares, por sus características especiales (70). Tal postura, no aceptada unánimemente, podría encontrar alguna clase de amparo, probablemente, en la redacción actual del art. 142 de la LGSS, que sigue remitiendo genéricamente a esa normativa específica (71). Pero no es ésta, en cualquier caso, una opción interpretativa que cuente con respaldo legal claro y tajante (72).

⁽⁷⁰⁾ Vid. ALVAREZ DE LA ROSA, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, cit., pg. 256.

⁽⁷¹⁾ Vid. J. GORELLI, «Principales problemas interpretativos en torno a la revisión, por agravación o mejoría, de la invalidez permanente», *AL*, núm. 42 (1995), pgs. 724 y ss.

⁽⁷²⁾ Vid. E. ROMÁN VACA, *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, cit., pg. 84.