XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e seguridade social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis, Maria Aurea Baroni Cecato– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-037-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Trabalho. 3. Seguridade. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Apresentação

GRUPO DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Editorial

A presente publicação é concebida como fonte de debates sobre os conteúdos das políticas e normas adotadas pelo ordenamento do trabalho e da seguridade social. Sem deixar de reconhecer o perigo de pretender petrificar o conhecimento, consideramos necessário e útil contar com uma coletânea que contenha e sintetize os aspectos principais da evolução histórica, das reflexões filosóficas e jurídicas que vem sendo abordadas por diferentes gerações na procura de uma organização social e política que permita assegurar a todos as condições de alcance do bem-estar e da dignidade.

É esse o sentido que se pretende ressaltar, assinalando que Direito não é um fim em si próprio, mas um mero instrumento elaborado pelo homem para a vida em sociedade, instrumento esse que deve ter um único objetivo: lograr o melhor desenvolvimento de todos e cada um dos seres humanos, tornando-se realidade o princípio da igualdade com liberdade num mundo mais solidário.

Por outro ângulo, vale o registro de que somos cientes de que o direito do trabalho e a seguridade social, assentados, ambos, nos direitos sociais, são fortemente impactados por questões ideológicas e políticas, suscitando controvérsias sobre temas de calorosas discussões. Portanto, buscamos trabalhar no sentido de transformar o encontro dos pesquisadores da área em oportunidade de intercâmbio acadêmico, de difusão das doutrinas em voga, de correntes jurisprudenciais e de conhecimento das experiências forenses dos diferentes grupos de pesquisadores.

Esperamos que esta coletânea resulte em acessível leitura, pois trata de temas que podem ser de interesse geral, não só para os estudiosos do Direito do Trabalho e da Seguridade da Social, mas também para outros profissionais ou atividades vinculadas à defesa dos direitos dos trabalhadores. Nesse propósito, ela foi dividida cinco eixos temáticos, a saber: I - Intervenção estatal nas relações individuais do trabalho: II - Proteção à dignidade humana e novas pautas hermenêuticas no contexto do constitucionalismo contemporâneo; III - Proteção à integridade física e mental da saúde do trabalhador no meio ambiente laboral; IV -

Impactos da Globalização: terceirização e flexibilização e o futuro das normas internacionais e finalmente V - Seguridade e Previdência social.

I - INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

Em atenção à intervenção do Estado nas Relações de Trabalho, não é recente a dialética entre os modelos negociado e legislado, expressões utilizadas pelo saudoso Amauri Mascaro Nascimento. Tendo em vista a matriz romano-germânica, o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar uma normatização detalhada das relações de trabalho (modelo legislado) no fito de estabelecer a proteção social do hipossuficiente, através do estabelecimento de direitos mínimos, que servem de patamar civilizatório para a negociação coletiva, que tem o papel suplementar de estabelecer normas autônomas provindas dos interlocutores sociais representantes dos empregados e empregadores. Nesse eixo:

O artigo intitulado A CRFB/88 E O PROBLEMA DA DURAÇÃO DO TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO: IDENTIFICANDO AS CONTRADIÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE RELAÇÕES DE TRABALHO é de autoria de Luiz Felipe Monsores de Assumpção. Nele, o autor informa que no Brasil, a análise da produção regulatória e jurisprudencial, no que concerne à temática do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento dá conta de um processo de flexibilização das antigas referências principiológicas e normativas, inclusive aquelas positivadas na própria CLT.

Em DIÁLOGO DAS FONTES: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PREVISTO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL NOS CONTRATOS DE TRABALHO, Jackson Passos Santos e Clarice Moraes Reis observam as concepções acerca do princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na ordem infraconstitucional. Ao mesmo tempo, discorrem sobre o conceito de função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002 e consideram, nesse contexto, os princípios da conservação dos contratos e da autonomia privada.

OS LIMITES JURÍDICOS FIXADOS PELA LEI COMPLEMENTAR 103 DE 2000 PARA A INSTITUIÇÃO DO PISO SALARIAL ESTADUAL é o texto desenvolvido por Tacianny Mayara Silva Machado e Bruno Martins Torchia. Nele, os autores analisam os limites jurídicos do piso salarial estadual fixado em alguns Estados, em decorrência da outorga legislativa conferida pela Lei Complementar 103, de 14 de julho de 2000 e previsão no artigo 7º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

II - PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA E NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em um viés consagrador de valores éticos da sociedade, a Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerado, por grande parte da doutrina, como um supra princípio. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação do Estado e da sociedade deve se pautar na pessoa como um fim em si mesmo, em uma perspectiva kantiana, sob pena de ser considerada inconstitucional. Esse é o eixo em que se acham:

Abordando OS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO: NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS E TEÓRICO-FILOSÓFICAS PARA SUA RECONFIGURAÇÃO, NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, Juliana Teixeira Esteves e Fernanda Barreto Lira, descrevem como a teoria jurídico-trabalhista crítica problematiza e refuta o trabalho contraditoriamente livre /subordinado como objeto do direito do trabalho e a maneira como a luta reformista monopolizou os movimentos sindicais contemporâneos. Elas têm como ponto de partida as pautas hermenêuticas e os fundamentos teórico-filosóficos propostos pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade no grupo de pesquisas Direito do Trabalho e teoria social crítica do PPGD/UFPE.

No texto PROFESSORES READAPTADOS: A BUSCA PELA IDENTIDADE, com o objetivo de investigar juridicamente os problemas vivenciados pelos professores que enfrentam a readaptação, Daniel Roxo de Paula Chiesse e Mariana Carolina Lemes analisam os direitos e situações cotidianas dessa parcela do professorado. A questão reveste-se de interesse, uma vez que a educação é reconhecida como meio de constituição da pessoa capaz, emancipada, confrontando-se o direito à educação com a própria noção de dignidade da pessoa humana.

SUPEREXPLORAÇÃO, NEOLIBERALISMO E DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: A DIVISÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NOS PAÍSES DEPENDENTES é o estudo empreendido por Naiara Andreoli Bittencourt. A autora utiliza, como categoria central de análise, a superexploração do trabalho a partir da localização geopolítica latino-americana no sistema-mundo e sua atualização com os impactos das novas morfologias do mundo do trabalho no cenário neoliberal contemporâneo, em que predominam os postos de trabalho precarizados, informais, subcontratados, mal-remunerados e subalternizados.

Abordando O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE APLICADO À RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NAS ATIVIDADES NÃO LUCRATIVAS, Dirceu Galdino Barbosa Duarte e Talissa Estefania Tomaz Tomiyoshi, considerando a aplicação do princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas, tratam do conflito nascido entre o conceito de empregado doméstico trazido pelo art. 7º, a, da CLT e o apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72 que divide a doutrina e a jurisprudência quanto à atuação desse tipo de empregado nas atividades econômicas não lucrativas.

José Washington Nascimento de Souza aborda o CRÉDITO TRABALHISTA: PRESCRIÇÃO E ATUALIZAÇÃO FERINDO A DIGNIDADE DO TRABALHADOR, têm em conta que a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, entre os direitos sociais, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar e, ao mesmo tempo, consideram que, em não havendo lei complementar regulando a matéria, o empregador encontra-se liberado de obrigação de pagamento de qualquer indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa-causa.

PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA FASE "PÓS-CONTRATUAL" DE EMPREGO é o estudo sobre o qual se debruça Christine De Sousa Veviani. O referido estudo converge para a aplicação da extensão da proteção da dignidade da pessoa do empregado na fase pós-contratual, sugerindo a condenação do contratante em indenização por dano extrapatrimonial em razão do mero atraso na disponibilização do quantum rescisório. O objetivo da proposta é de estabelecer medida preventiva, educativa e punitiva contra ilegalidades, em um momento de aparente liberdade, que, ao revés, contempla abusos de poder.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Emerson Albuquerque Resende examinam O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO MODELO BRASILEIRO. No referido estudo, considerando Os Estados Unidos da América como berço das ações afirmativas e detentores de complexo sistema jurídico de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, as autores destacam dispositivos legais, decisões da Suprema Corte, doutrina e dados estatísticos do aludido país, informando o processo inclusivo ali construído. O trabalho é resultado de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais.

Adaumirton Dias Lourenço e Maria Aurea Baroni Cecato são os autores do texto intitulado PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS LABORAIS: DISTINÇÕES RELEVANTES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. Nessa

abordagem, os autores referidos consideram as naturezas jurídicas distintas dos dois princípios mencionados no título, além de outras diversidades entre eles existentes, malgrado as pretensões semelhantes de ambos. Têm como objetivo propor melhor adequação dos aludidos princípios para efeitos de aplicação dos mesmos, de grande relevância na proteção da dignidade do trabalhador.

III - PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE LABORAL

Foi concebido um foco especial para o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, de terceira dimensão, diante do constante desrespeito, nas relações de trabalho, de ordem pública e privada, revelado pelo alto índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais de natureza física e emocional, de sorte a merecer um tratamento especial, máxime em vista dos princípios da prevenção e precaução, salvaguardando as futuras gerações. Encontram-se nesse eixo:

No artigo ADICIONAL NOTURNO E SAÚDE: UMA TESE PELA DIGNIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, Sérgio Saes e Leda Maria Messias da Silva demonstram que o labor noturno deve ser considerado um serviço extraordinário, posto que representa ônus excessivo ao obreiro, trazendo, conseqüências no contexto familiar, no convívio social, no psicológico, na saúde e, por fim, porque impacta diretamente na produção.

Em O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SALUBRE EM JUÍZO: O CASO SHELL-BASF, Humberto Lima de Lucena Filho e Marcílio Toscano Franca Filho cuidam de analisar os detalhes de um dos casos mais paradigmáticos julgados pela Justiça do Trabalho em matéria de direito ambiental do trabalho. O texto aborda cuidadosamente os fatos e a tramitação processual da ação judicial que tem como objeto os danos ambientais, sociais e coletivos do referido caso.

Maria Aparecida Alkimin apresenta UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL À LUZ DA TIPIFICAÇÃO PENAL E AS VICISSITUDES RELACIONADAS À COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, onde o objetivo é partir da conceituação originária do fenômeno assédio moral, que remonta às pesquisas de campo com trabalhadores e estudos realizados na área da psicologia do trabalho, para inseri-lo no campo da ciência do Direito, estabelecendo os elementos caracterizadores do assédio moral para fins de enquadramento jurídico-legal e consequente busca da tutela jurídica, inclusive na órbita penal.

ASSÉDIO MORAL ASCENDENTE é texto de autoria de André Gonçalves Zipperer. Partindo de casos práticos, o autor analisa a figura do assédio moral no ambiente de trabalho, na sua modalidade ascendente, ou seja, aquele que parte de uma ou várias pessoas em condição de controle, subordinado uma pessoa em condição hierárquica superior.

Em A PRÁTICA DO MOBBING SOB A PERSPECTIVA DO AVILTAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, Nivea Corcino Locatelli Braga analisa o mobbing e seus infaustos efeitos no ambiente laboral, nomeadamente no tocante à vileza ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO CAUSADO NO ÂMBITO DO AMBIENTE DO TRABALHO é a denominação atribuída ao artigo de autoria de Celciane Malcher Pinto e Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro. As autoras buscam explanar o entendimento doutrinário e jurisprudencial do meio ambiente do trabalho, bem como aquele referente à modalidade de dano moral, dando conta de que existem decisões que reconhecem a ocorrência do dano referido em respeito ao princípio da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente.

Mariana Gonçalves Gomes e Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis abordam OS ASPECTOS E DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ALÉM DOS MUROS DA EMPRESA, objetivando tratar da proteção à saúde e integridade do trabalhador sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho, não somente compreendido como o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva, mas também como o ambiente no qual a empresa tem o dever de assegurar a saúde dos seus trabalhadores através da adoção de medidas adequadas de segurança e proteção.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E O ESTRABISMO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE é o texto de autoria de Rodrigo Guilherme Tomaz e Zaiden Geraige Neto. Nele os autores consideram a saúde do trabalhador intrinsecamente ligada ao ambiente laboral. O estrabismo aludido no título refere-se ao fato de que o empregado, ao se reconhecer como titular de um adicional de insalubridade ou periculosidade, alimenta a falsa sensação de ter sua saúde protegida, imagina, em vão, tê-la juridicamente tutelada.

Sob o título A MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ÀS NECESSIDADES CONTEMPORÂNEAS, Fernanda Mesquita Serva e Marcela Andresa Semeghini Pereira, tratam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial aquele do trabalho, concluindo que, para a manutenção da ordem econômica e do trabalho digno, deve-

se considerar o Tripé da Sustentabilidade que destaca a interdependência de elementos econômicos, sociais e ambientais.

IV - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO: TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A globalização, econômica em sua base, mas, por conseqüência, também social, política e cultural, produz nítidos impactos na vida em sociedade e, naturalmente, também no mundo jurídico. Tais reflexos se fazem, igualmente, e por óbvio, na seara dos direitos sociais. No âmbito destes, provavelmente de forma mais acentuada, são produzidos nas relações laborais. Dos impactos aludidos, conquanto não devam ser desconsiderados os de cunho positivo, devem ser destacados aqueles que se revelam como constritores de direitos e, nada infrequentemente, como redutores de condições de dignidade. Pode-se registrar, nesse quadrante, desde a retração do Estado diante do agigantamento do poder das grandes corporações, o que reduz a promoção e defesa de direitos sociais, até as repercussões na reorganização das empresas que visam às condições de competitividade no mercado. Os direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição Federal são, todavia, direitos fundamentais e devem ser preservados. Com efeito, fazem parte dos direitos firmados em princípios que convergem para o princípio nuclear da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade humana. Nesse eixo:

Ailsi Costa De Oliveira e Ivan Simões Garcia abordam A TERCEIRIZAÇÃO E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES LABORAIS, enfatizando o problema da responsabilidade entre empresas, mormente quando do inadimplemento das obrigações laborais e, notadamente, o caráter essencialmente precarizador da terceirização.

O estudo de Mariana Mara Moreira e Silva e Guilherme Tavares Fontes Mol, denominado TERCEIRIZAÇÃO: A RELAÇÃO TRILATERAL, considera que o surgimento da terceirização está alinhado à busca, pelas empresas, de maior competitividade, lucro, eficiência e redução de custos, os quais são essenciais para sobrevivência da atividade empresarial no mundo globalizado.

A FLEXIBILIZAÇÃO POSITIVA: UMA FORMA DE TUTELAR E PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR é o texto de Maria Cecília Máximo Teodoro e Carla Cirino Valadão, onde os autores abordam a chamada flexibilização positiva, considerando que a flexibilização deve ser encarada como forma de ampliação de direitos e de promoção da dignidade da pessoa humana.

O artigo de Rodrigo Lychowski trata de BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e tem em conta o fenômeno em duas entidades públicas, uma federal e a outra estadual, objetivando a análise da terceirização na seara pública, não apenas sob o ângulo teórico, mas também empírico. O texto tem, ainda, o intuito de considerar a convivência entre os servidores públicos e os trabalhadores terceirizados, dentre outras questões pertinentes ao fenômeno da terceirização.

Kátia Cristine Oliveira Teles desenvolve o tema DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, CIDADANIA E TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS DE UM PAÍS GLOBALIZADO, analisando o impacto da globalização no desenvolvimento social, principalmente no que tange ao acesso ao trabalho e à cidadania. Aborda, no plano geral, o direito ao desenvolvimento para depois traçar os aspectos principais de proteção ao trabalhador e os efeitos da globalização no mercado de trabalho.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL é o tema sobre o qual Antonio Gomes de Vasconcelos e Gabriela de Campos Sena realizam um estudo crítico e exploratório da flexibilização trabalhista com o intuito de demonstrar a incompatibilidade do referido instituto com as bases principiológicas traçadas pela Constituição. Demonstram, através desse estudo, que o desenvolvimento da economia deve estar necessariamente atrelado aos postulados da boa-fé e da justiça social, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Maior.

Flávio Filgueiras Nunes e Laira Carone Rachid Domith desenvolvem um estudo sobre FLEXIBILIZAÇÃO, INTENSIFICAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATO GERADOR DO AFROUXAMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, com o objetivo é demonstrar que os efeitos deletérios da flexibilização e da intensificação laboral podem prejudicar de forma irreversível não apenas o trabalhador, mas todos que compõem o núcleo familiar no qual está inserido.

O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE A OIT E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO é o tema abraçado por José Soares Filho e Lucas Barbalho de Lima. Nele, a Organização Internacional do Trabalho que, nas últimas décadas, em decorrência da globalização, deixou de ocupar um papel protagonista na produção das fontes formais, é analisada sob a perspectiva do seu futuro.

Sob o título GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA: A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES E AS CONVENÇÕES nºs 19, 97 e 143 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), Ednelson Luiz Martins Minatti e Amanda

Tirapelli desenvolvem um estudo que se volta para a atuação da Organização Internacional do Trabalho no desenvolvimento das normas internacionais. Nesse âmbito, consideram, notadamente, a preocupação da Organização no sentido de evitar a concorrência desleal que grupos empresariais passam a desenvolver na busca da efetivação do lucro.

V - SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Seguridade Social é assente em princípios dos quais destaca-se a universalidade, posto que garantidora da extensão de sua não limitação a categorias determinadas. É sobre essa base democrática que foram perfilhados objetivos para os quais se volta um sistema composto por ações integradas dos Poderes Púbicos e da sociedade constituindo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme determinam os artigos 194 e seguintes da Constituição Federal. Este é o eixo em que se apresentam:

O estudo de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Andre Studart Leitao, PROTEÇÃO SOCIAL, PLANEJAMENTO E COERÊNCIA: O EFEITO SANFONA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664/2014 versa sobre a importância de um planejamento cauteloso na instituição de um modelo seguro e sustentável de proteção social, de modo a prevenir retrações e descartes sociais inesperados que eventualmente podem caracterizar retrocesso social, mormente quando se observarem práticas estatais desalinhadas do propósito de economizar e reequilibrar as contas públicas.

A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PARA AS PESSOAS QUE NECESSITAM DE AUXÍLIO PERMANENTE DE UM TERCEIRO é o texto elaborado por Zélia Luiza Pierdoná e Carlos Gustavo Moimaz Marques. O trabalho aborda a dependência, caracterizada como a hipótese em que uma pessoa necessita da atenção e auxílio de uma terceira pessoa para realizar as atividades básicas da vida diária e apontada por organismos internacionais como objeto de proteção social. Vale-se do sistema de proteção espanhol, como exemplo e considera a inclusão da referida dependência, no sistema de proteção social brasileiro.

Maria Áurea Baroni Cecato

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

CLAROSCUROS DE LAS NORMAS MODERNIZADORAS DE LA GESTIÓN Y CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

CONTRASTS OF THE MODERNIZING RULES OF THE WORK INCAPACITY MANAGEMENT AND CONTROL

Francisca Moreno Romero

Resumo

Las recientes normas ordenadoras de la gestión y control de la incapacidad temporal (Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio) referidas a los primeros trescientos sesenta y cinco días (duración general) parecen poner fin a la configuración de un nuevo sistema de gestión. En su ordenación modernizadora, continua adquiriendo relevancia el "afán controlador", curiosamente en una época en que el gasto en incapacidad temporal es moderado e incluso decreciente, bien por los efectos de la crisis económica, bien por la disminución de trabajadores en activo, o seguramente por ambas razones. Sin perjuicio de destacar la efectiva modernización de la gestión y el uso de las tecnologías, también intentamos poner de manifiesto la defectuosa técnica legislativa utilizada (ausencia de actividad armonizadora del legislador, facultades contra legem habilitadas por los reglamentos…), con resultados carentes de rigor y justificación. En definitiva el espacio competencial propio del rango legal de cada norma, se sustituye por una invasión competencial ascendente y descendente.

Palavras-chave: Incapacidad temporal, Control, Gestión, Legalidad, Incomparecencia a reconocimiento médico, Invasión competencial

Abstract/Resumen/Résumé

Recent regulations rules for the management and control of temporary disability (Royal Decree 625/2014 of 18 July and the Order ESS / 1187/2015, of June 15) regarding the first three hundred sixty-five days (overall duration) seem to end the configuration of a new management system. In its modernizing management, continuous becoming important the "desire controller" curiously at a time when spending on sickness is moderate and even declining, either by the effects of the economic crisis, either by decreasing active workers or probably for both reasons. Subject to highlight the effective modernization of the management and use of technology, we also try to show the defective legislative technique used (absence of harmonizing activity of the legislature, contra legem powers authorized by the regulations...), with results lacking rigor and justification. Ultimately own space Statutory powers of each standard is replaced by an ascending and descending powers invasion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Work incapacity, Control, Management, Legality, Medical appointment absenteeism, Assignments extrapolation

1.- INTRODUCCIÓN

El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración[1], vino a sustituir a su precedente -que es derogado expresamente por la disposición derogatoria única-, el 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[2].

Diecisiete años después, resulta evidente constar que el RD 575/1997, de 18 de abril, había quedado desfasado en muchos de sus contenidos, lo que es habitual en materia de seguridad social, donde rara vez la reforma de la LGSS (texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en adelante, LGSS) va acompañada del correspondiente texto reglamentario, bien para sustituir al viejo, bien para adaptarle. *Modus operandi* que, con demasiada frecuencia ha contribuido a que las reformas de la LGSS incorporaran materias de orden reglamentario, desnaturalizando la Ley. Igualmente, como veremos, no siempre la norma reglamentaria utiliza escrupulosamente el espacio delimitado por la Ley. Podíamos decir, en definitiva, que en este *totum revolutum* se producen invasiones competenciales verticales, tanto descendentes como ascendentes, lógicamente con implicaciones de diferente alcance.

---

[1] Sobre el referido RD, pueden verse, MORENO ROMERO,F. *El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y las nuevas estrategias de control en los procesos de incapacidad temporal*, en AAVV. Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social, Murcia, edit. Laborum, págs..319 a 326

[2] Adviertase que el RD modificó todo un conjunto normativo, a saber:

-El Reglamento sobre colaboración 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.
-El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
-El Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medias en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal.
-El Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y recuperadores por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Lo inacabado o la innecesaria parcialidad, es también característica de las normas reglamentarias. El propio título del RD –regulación de "determinados aspectos…"- anuncia que no se pretende proceder a dar una regulación completa, unitaria y acabada de la gestión y control de la incapacidad temporal, sino abordar aspectos parciales, de suma importancia, pero parciales. Ejemplo gráfico lo encontramos en que el propio RD 625/2014, no solo remite de forma reiterada a los procedimientos regulados en el RD 1430/2009, sino que incorpora reformas en el mismo. Como ha planteado la doctrina, la ordenación unitaria de una materia tan importante como es la gestión y el control de "la incapacidad temporal, no es un capricho retórico. La parcelación provoca ausencia de globalidad y por tanto de visión y ordenación de conjunto, más aun cuando las normas reguladoras tienen infinidad de conexiones"[3].

En un planteamiento global del RD 625/2014, podemos decir que la gestión sanitaria vinculada a la incapacidad temporal se moderniza en todos sus aspectos, mediante la utilización de procedimientos telemáticos, tanto en la gestión de los elementos formales –que se ordenan en función del previsible tiempo de baja-, en la utilización de protocolos -que pretenden dotar al facultativo de herramientas de respaldo técnico, con vocación de homogeneizar procesos- y en el acceso a la documentación clínica del trabajador por parte de las instituciones con competencias en materia de gestión y control, con la finalidad pretendida de ejercer sus funciones con mayor rigor[4].

Transcurrido prácticamente un año desde la publicación del RD, se publica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración[5]. Sin perjuicio de que el RD necesitaba del correspondiente desarrollo – como

---

[3] TORTUERO PLAZA, JL. *Nuevamente la incapacidad temporal a debate*, Rev. Derecho de la Seguridad Social, Núm. 1/2014, pág. 29.

[4] Un análisis de su contenido en FERNANDEZ ORRICO, FJ "*Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio".* Revista Española de Derecho de Trabajo. Nº 168. 2014 y PANIZO ROBLES, J A "*Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal: El Real Decreto 625/2014".* Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF N º 377/78. Agosto/Septiembre 2014; LÓPEZ INSUA, BM. *Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal el nuevo papel de las mutuas en la reforma legislativa en curso*, en Nueva revista española de derecho del trabajo, Nº. 165, 2014, págs. 51-88.

[5] La disposición derogatoria de la Orden ESS/1187/2015 deroga, de forma expresa, la Orden de 6 de abril de 1983, por la que se dictan normas a efectos de control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el sistema de la Seguridad Social; la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla

lo necesitó y obtuvo el RD 575/1997 por Orden de 19 de junio de 1997-, lo cierto es que buena parte de la modernización implantada quedaba en suspenso. Así, la Disposición transitoria primera (partes médicos de incapacidad temporal) establecía que: "Mientras no se aprueben los nuevos modelos de partes médicos de incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 2.5, mantendrán su validez los actualmente vigentes, que serán tramitados conforme a la normativa anterior. Asimismo, en tanto no se implante la remisión a las empresas, a través del sistema informático, de los resultados de las resoluciones indicadas en el artículo 7.2 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, el contenido de aquellas se les podrá adelantar mediante correo electrónico, sin perjuicio de comunicación posterior en otro soporte".

Con esta variada finalidad, la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio (que aparece publicada en el BOE del día 20 de junio)[6], desarrolla las previsiones del RD 625/2014, al tiempo que procede a la publicación de los nuevos partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta de los procesos de IT. Singularidad adicional –después de casi un año de gestación- es que de conformidad con lo establecido en la Disposición final cuarta, la referida Orden entrará en vigor el día primero del sexto mes natural siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado[7]», esto es, día 1º de diciembre de 2015.

---

el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril y 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 correspondientes a procesos de incapacidad temporal.

[6] Estas apreciaciones pueden verse en PANIZO ROBLES, JA. *La culminación del nuevo control "económico" de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (con ocasión de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio)*, en Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, Nº. 388, 2015, págs. 125-152

[7] En tal sentido la disposición transitoria única de la Orden ESS/1187/2015 prevé:

a) Los nuevos modelos de partes médicos se han de utilizar en los procesos de IT que estén en curso en la fecha de entrada en vigor de la Orden (1º de diciembre de 2015) y no hayan superado los 365 días, si bien se han de expedir con la periodicidad y respecto de los datos obligatorios exigidos por la normativa anterior.

b) Los nuevos modelos de partes de baja/alta y confirmación de la baja resultan de aplicación a los períodos de recaída en procesos de IT iniciados con anterioridad al 1º de diciembre de 2015, cuando la nueva baja médica se expida con posterioridad a dicha fecha.

2.- EL TOTUM REVOLUTUM COMPETENCIAL

Ya hemos anticipado que parece instalarse como costumbre, que la Ley cumpla las funciones de reglamento y que los reglamentos cumplan las funciones de la Ley, esto es, incorporen materias no recogidas en la Ley y que exigen el rango adecuado. En ocasiones, como veremos, el reglamento busca enlaces competenciales en la ley, aunque no siempre adecuados y suficientes; en otras, suponemos que a sabiendas de su falta de competencia, ni siquiera se articula el enlace. En definitiva se trata de lo que podíamos denominar "una invasión de competencias descendente y ascendente", si bien como es obvio adquiere relevancia jurídica la invasión ascendente, que incorpora una tacha de ilegalidad.

Los ejemplos son significativos, tanto en el RD 625/2014, como en la Orden ESS/1187/2015, bien porque ésta repita los mismos postulados presuntamente viciados, bien porque los afronte directamente.

2.1.- REQUIRIMIENTO A LOS TRABAJADORES PARA RECONOCIMIENTO MÉDICO Y EL CARÁCTER UNIVERSAL DE LA SUSPENSIÓN CUATELAR DE LA PRESTACIÓN

Las sucesivas reformas de los mecanismos de gestión y control de la incapacidad temporal, penalizaron de forma desproporcionada los supuestos de incomparecencia del trabajador a las citaciones médicas, sin tener presente el derecho del trabajador a demostrar la causa de la incomparecencia.

Rompiendo una tradicional regla[8] extremadamente severa -incomparecencia/extinción de la prestación-, el apartado cuatro de la disposición final cuarta de la Ley 22/2013, de

[8] Así lo había denunciado J. A. PANIZO ROBLES, *La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2014*, al afirmar que:" Parece razonable que, como sucede en otras prestaciones (por ejemplo, los complementos a mínimos) el incumplimiento de una obligación de presencia no diese lugar inevitablemente a la extinción de la IT, sino que se arbitrase una medida de suspensión cautelar. A ese objetivo responde la LPGE 2014 (apdo. cuatro de la disp. final 4.ª), que incorpora un supuesto más de modo que la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos a la entidad gestora o las mutuas para examen y reconocimiento médico produce la

23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, incorporó un nuevo núm. 3 al artículo 132 de la LGSS. El precepto establece que:

*"*La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de suspensión del derecho y sus efectos*"*.

La norma referida es el artículo 9 del RD 625/2014, de 18 de julio, que procede a regular el procedimiento referido en la LGSS.

2.1.1 Los reconocimientos médicos.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina, y las Mutuas, respecto de los beneficiarios de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión, podrán disponer que los trabajadores que se encuentren en situación de incapacidad temporal sean reconocidos por los inspectores médicos de dichas entidades gestoras o por los médicos dependientes de las mutuas.

Como elemento de garantía, se establece que los reconocimientos se llevarán a cabo respetando, en todo caso, el derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores. Igualmente, 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

---

suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada. No obstante, se difiere a disposición reglamentaria la regulación del procedimiento de suspensión del derecho y de sus efectos". RTSS. CEF, núm 371, febrero 2014, Págs. 11-110. También con un análisis de la jurisprudencia al respecto, VALLE MUÑOZ A., "La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos, Aranzadi Social 22/2011

noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La citación a reconocimiento médico habrá de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles, informándole que en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.

2.1.2 La falta de comparecencia y sus efectos

La norma distingue distintos supuestos y la correspondiente respuesta de la entidad gestora o colaboradora. Así puede ocurrir:

- ✓ Que el trabajador no pueda asistir en la fecha fijada y que antes de dicha fecha o el mismo día justifique las razones de la incomparecencia, en cuyo caso la entidad gestora o Mutua, podrá fijar una fecha posterior para su realización, comunicando la misma al interesado con la antelación mínima de cuatro días hábiles.

- ✓ Que el trabajador citado en forma no se personara en la fecha fijada, en cuyo caso el director provincial correspondiente dictará resolución, que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, e indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma. Cuando la citación proceda de la Mutua, ésta actuará ante la incomparecencia en los mismos términos y plazos.

  Aunque la norma nada dice, la suspensión cautelar de la prestación llevará implícita la suspensión de la cotización

La entidad gestora o la Mutua comunicará la suspensión acordada por vía telemática a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se entenderá que la incomparecencia fue justificada:

- ✓ 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;
- ✓ Cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles, o
- ✓ bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente.

De la casuística justificadora de la incomparecencia, las dos primeras –certificado médico e incumplimiento del plazo- operarán de forma automática, sin embargo, las otras posibles causas exigirán su ponderación y valoración en la correspondiente resolución.

En todo caso pueden darse diferentes supuestos con sus correspondientes efectos, así:

- ✓ Que el trabajador justifique de forma suficiente y en plazo. En estos casos el director provincial del INSS o del ISM dictará nueva resolución, o la mutua nuevo acuerdo, dejando sin efecto la suspensión cautelar, y procederá a rehabilitar el pago de la prestación con efectos desde la fecha en que quedó suspendida. Igualmente, la entidad gestora o mutua, en el plazo de quince días siguientes a la fecha en que se dicte la resolución o acuerdo, pagará directamente al trabajador el subsidio correspondiente al período de suspensión. Asimismo, comunicará a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social la resolución o acuerdo por la que la suspensión queda sin efecto, informando de la fecha a partir de la cual procede reponer el pago delegado por parte de la empresa.

  En el supuesto –silenciado por la norma- de que la suspensión se produjera durante el periodo de prestación a cargo exclusivo del empresario – días 4º a 15-, se supone que la rehabilitación del pago corresponderá al empresario hasta el decimoquinto día.

Igualmente, la rehabilitación y pago desde la suspensión de la prestación supondrá, la correspondiente cotización.

Finalmente, en aquellos supuestos en que la causa de la incomparecencia está tasada, la rehabilitación debería ser automática, mediante la utilización de los medios telemáticos correspondientes. No olvidemos que la prestación es normalmente la única fuente de ingresos del trabajador

- ✓ Que el trabajador justifique en plazo, pero que la misma no esté tasada y sea insuficiente. En estos casos, el director provincial correspondiente dictará resolución motivando la insuficiencia de la causa justificadora y declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Dicha resolución se notificará al interesado. Igualmente, la entidad gestora comunicará la extinción acordada, por vía telemática, al servicio público de salud, a la empresa y a la Tesorería General de la Seguridad Social. En los mismos términos actuará la mutua, cuando sea la entidad competente.
  La extinción de la prestación llevará implícita la extinción de la obligación de cotizar.

  La resolución se podrá impugnar en los términos del artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

- ✓ Que el trabajador no justifique en el plazo de diez días hábiles la causa que justifique la incomparecencia. En estos casos se procederá en los mismos términos vistos, a saber, la entidad competente dictara resolución declarando la extinción del derecho a la prestación económica con efectos desde el día en que hubiera sido efectiva la suspensión. Igualmente, La extinción de la prestación se comunicará a todas las partes y llevará implícita la extinción de la obligación de cotizar. La resolución será impugnable en los términos dichos.

2.1.3 La interpretación armonizada de los preceptos de la LGSS que refieren a la incomparecencia.

Del conjunto de preceptos que refieren a la incomparecencia a las diferentes convocatorias realizadas por los médicos, el precepto nuclear es, sin duda, el reformado artículo 132.3 de la LGSS por la Ley de Presupuestos del Estado para 2014[9] (LPGE. 2014), que actúa como precepto armonizador, tanto por su modernidad, ubicación, universalidad, como por la materia que regula.

Con la finalidad de identificar los preceptos objeto de armonización, conviene referenciarlos.

- Artículo 132.3

La incomparecencia del beneficiario ***a cualquiera de las convocatorias*** *realizadas por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si aquella fue o no justificada*.

- Artículo 131.bis también reformado por la LPE.2014

El derecho al subsidio se extinguirá por… la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social…

- Artículo 128.1.a) respecto a la previsión incorporada por la disposición final tercera, números cuatro de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010[10], que da nueva redacción al

[9] Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

[10] La Memoria que acompaña a la Ley de Presupuestos, justifica la reforma en los siguientes términos: *"…se pretende subsanar la laguna legal existente para aquellos supuestos de IT con duración superior a*

primer párrafo del artículo 128.1.a) de la LGSS, para incorporar que el INSS podrá emitir

…el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- Disposición adicional undécima (sobre la "Gestión por las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes". Esta disposición adicional ha sido redactada 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).

  DA.11.3.parrafo 3º

En el supuesto de que la Inspección Médica considere necesario citar al trabajador para revisión médica, ésta se realizará dentro del plazo de cinco días previsto en el párrafo anterior y no suspenderá el cumplimiento de la obligación establecida en el mismo. No obstante, en el caso de incomparecencia del trabajador el día señalado para la revisión médica, se comunicará la inasistencia en el mismo día a la Mutua que realizó la propuesta. La Mutua dispondrá de un plazo de cuatro días para comprobar si la incomparecencia fue justificada y suspenderá el pago del subsidio con efectos desde el día siguiente al de la incomparecencia. En caso de que el trabajador justifique la incomparecencia, la Mutua acordará levantar la suspensión y repondrá el derecho al subsidio, y en caso de que la considere no justificada, adoptará el acuerdo de extinción del derecho en la forma establecida en el apartado 2 y lo notificará al trabajador y a la

---

12 meses en los que se produzca la incomparecencia al reconocimiento médico del INSS en el ejercicio de la competencia del artículo 128.a a), permitiendo la emisión del alta médica en estos supuestos.". Igualmente, se da noticia justificativa de las situaciones que se pretenden subsanar con la reforma, afirmando que "*actualmente se están produciendo casos de trabajadores sin derecho a subsidio y en situación de IT, por diferentes causas, que al no estar percibiendo la prestación económica no acuden a los reconocimientos al cumplimiento del duodécimo mes. Además, como los SPS ya no son competentes para expedir partes de confirmación una vez agotado el duodécimo mes de duración del proceso, el trabajador puede quedar en una situación de indefensión respecto de su situación laboral y, además, al no comparecer a los reconocimientos médicos establecidos por la Entidad Gestora para poder ejercer la competencia del artículo 128.1.a) permanecen en una "prórroga tácita de IT" hasta el cumplimiento de los 18 meses*".

empresa, consignando la fecha de efectos del mismo, que se corresponderá con el primer día siguiente al de su notificación al trabajador.

DA.11.5

Son actos de control y seguimiento de la prestación económica, aquellos dirigidos a comprobar la concurrencia de los hechos que originan la situación de necesidad y de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho, así como los exámenes y reconocimientos médicos. Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social podrán realizar los mencionados actos a partir del día de la baja médica y, respecto de las citaciones para examen o reconocimiento médico, la incomparecencia injustificada del beneficiario será causa de extinción del derecho a la prestación económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 bis, en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin perjuicio de la suspensión cautelar prevista en el apartado 3 del artículo 132.

Con la finalidad de que todos los preceptos tengan lógica común, deben quedar armonizados. De esta forma, la incomparecencia dará lugar al procedimiento referido en el artículo 132.3 y ordenado en el artículo 9 del RD 625/2014; y una vez constatado su carácter injustificado, podrá procederse a la extinción de la prestación, última fase del procedimiento analizado que trae su habilitación (aunque el RD no diga nada) del artículo 131.bis de la LGSS.

La conclusión planteada, además de su razonabilidad, trae su causa del análisis de los referidos preceptos. El punto de partida está en los términos –y en la voluntad de legislador- del propio artículo, que afirmar "la incomparecencia del beneficiario **a cualquiera de las convocatorias** realizadas por los médicos…". Sus términos imprimen validez universal tanto al hecho determinante –la incomparecencia-, cualquiera que sea el sujeto convocante, como al efecto prescrito, "la suspensión de la prestación" y la apertura del procedimiento calificador del carácter justificado o injustificado de la incomparecencia. En definitiva el artículo 132.3 lo que articula es el *derecho del trabajador* a justificar la incomparecencia. Como vimos, hasta la reforma del artículo 132.3, las entidades correspondientes "sancionaban" al beneficiario con la extinción de la prestación sin habilitar procedimiento alguno, por tanto sin que el beneficiario fuera oído en un trámite de alegaciones. Parece claro que "la medida de

presión" era poco acorde los principios sancionadores y a las reglas del procedimiento administrativo.

Por otro lado, tanto el artículo 128.1.a), como el artículo 131.bis, refieren a "incomparecencias injustificadas", lo que quiere decir que es necesario proceder a la calificación de la incomparecencia. A partir de la reforma del artículo 132.3, la verificación de la causa es única y aquélla no es otra que mediante el procedimiento que al efecto se habilite por la norma reglamentaria.

La voluntad y obligación del legislador de respetar "el derecho del beneficiario" a justificar la causa de la incomparecencia, la encontramos en la disposición adicional undécima de la LGSS, redactada por una norma (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) posterior a la reforma del artículo 132.3 y a la aprobación del procedimiento regulado en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio. Como se ha recogido, la DA. 11.3 párrafo tercero impone a la Mutua la obligación de averiguar la causa de la incomparecencia, en similares términos que el procedimiento regulado en el artículo 9 del RD 625/2014, y la cautelar suspensión de la prestación. Igualmente, la DA. 11.5, realiza una correcta armonización normativa, en el sentido que "… la incomparecencia injustificada del beneficiario será causa de extinción del derecho a la prestación económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 131 bis, sin perjuicio de la suspensión cautelar prevista en el apartado 3 del artículo 132".

Parece pues que la conclusión anticipada no solo es razonable y ajustada a Derecho, sino que el análisis de los preceptos implicados ofrece una clara sintonía conclusiva.

2.1.4 La norma reglamentaria y la habilitación contra legem

Como ya analizamos, el artículo 9 del RD 625/2014 regula el procedimiento destinado a la calificación de la incomparecencia y la suspensión cautelar de la prestación durante

su tramitación. Sorprende que en este contexto se produzca una habilitación más que dudosa. Así, el artículo 9.6 del RD 625/2014, incorpora el siguiente párrafo:

"El inspector médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina podrá expedir el alta médica por incomparecencia en el ejercicio de las competencias previstas en la disposición adicional quincuagésima segunda de la Ley General de la Seguridad Social."

Con la finalidad de esclarecer los términos de la habilitación legal, conviene reproducir la norma habilitadora (DA: 52 LGSS), que fue incorporada por el apartado cinco de la disposición adicional decimonovena de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y supuso un cambio radical en el control de la incapacidad temporal. Su previsión es la siguiente:

"Hasta el cumplimiento de la duración máxima de trescientos sesenta y cinco días de los procesos de incapacidad temporal del Sistema de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, en su caso, el Instituto Social de la Marina, a través de los Inspectores Médicos adscritos a dichas entidades, ejercerán las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud[11], para emitir un alta médica a todos los efecto…".

La reforma del 2010 tuvo y tiene una función competencial clara, constituyendo el paso más importante en el proceso de asunción de competencias de control por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los inspectores médicos adscritos al mismo o al Instituto Social de la Marina. Lógicamente, en su momento -2010-, el alta médica podía darse tanto por entender que el proceso incapacitante había finalizado, como por falta de comparecencia del trabajador.

Sin embargo en la actualidad y tras las reformas operadas por la LPGE.2014, la falta de comparecencia no provoca sin más el "alta médica", que determina la "extinción" de la

[11] Orden de 21 DE MARZO DE 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas (BOE DE 19 DE ABRIL)

prestación, sino la apertura del procedimiento analizado y regulado en el artículo 9 del RD 625/2014.

Por tanto, podemos afirmar, como ya lo hizo la doctrina, " que el párrafo analizado –art. 9.6 del RD- es inoportuno y carece de habilitación legal, contraviniendo lo dispuesto en los artículos 132.3 y 131 bis de la LGSS, preceptos a los que -por su modernidad 2014- debe adaptarse la previsión contenida en la DA. 52, de mayor antigüedad, 2010"[12].

En efecto, la norma habilitadora está descontextualizada, de lo que deriva que el artículo 9.6 del RD carece de habilitación y, por tanto es *contra legem*, al contravenir lo dispuesto en el artículo 132.3 de la LGSS. Igualmente vulnera del derecho del trabajador a ser oído mediante las correspondientes alegaciones y, finalmente impone una sanción –la extinción de la prestación que deriva del alta médica- por la comisión de una presunta infracción –incomparecencia sin conocer la causa- sin el correspondiente procedimiento.

2.2 LA ORDEN ESS/1187/2015 PULVERIZA EL ORDEN COMPETENCIAL: EL "Y YO MÁS "DE LA ORDEN.

Como ya vimos, la Orden ESS/1187/2015 cumple una doble función, por un lado, aprueba los correspondientes modelos de partes médicos en sus Anexos y, por otro, desarrolla parcialmente el RD 625/2014.

Con el cometido descrito, el artículo 4 de la Orden ESS/1187/2015, regulador de la expedición de los partes de confirmación de la baja, incorpora el siguiente párrafo:

Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia..

[12] TORTUERO PLAZA, JL. *La incomparecencia a los reconocimientos médicos en la incapacidad temporal ¿es constitutiva de fraude?*, en AAVV. Los retos financieros del Sistema de Seguridad Social, Murcia, edit. Laborum, pág 363

Curiosamente, en los modelos de partes médicos de baja/alta y confirmación (Anexos I y II de la Orden), se incorpora la siguiente información:

RECUERDE*:* *Si el INSS/ISM o la Mutua, le cita a reconocimiento médico tiene la obligación de acudir. En caso de no comparecer, sin haber justificado su ausencia, el pago de su prestación será suspendido cautelarmente, en virtud de lo previsto en el art. 132.3 de la Ley General de la Seguridad Social*

El "recuerde" contenido en los partes médicos constituye el cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 9.3 párrafo segundo del RD 625/2014, al establecer que:

En dicha citación se le informará de que en caso de no acudir al reconocimiento, se procederá a suspender cautelarmente la prestación económica, y que si la falta de personación no queda justificada en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha fijada para el reconocimiento, se procederá a la extinción del derecho al subsidio.

Para evitar confusiones conviene aclarar que:

- ✓ La *incomparecencia* del trabajador citado en forma en la fecha fijada, provocará que el director provincial correspondiente dictará resolución, que será inmediatamente comunicada al interesado, disponiendo la suspensión cautelar del subsidio desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento, e indicándole que dispone de un plazo de diez días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma. Cuando la citación proceda de la mutua, ésta actuará ante la incomparecencia en los mismos términos y plazos.

- ✓ Por el contrario, el alta médica por incomparecencia, provocará de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 de la Orden el siguiente efecto:

> *El alta médica determinará la extinción de la situación de incapacidad temporal y del consiguiente subsidio el mismo día de su expedición,…*

Una cuestión adicional de importancia. Como vimos, el artículo 9.6 del RD 625/2014, centraba la desviación legal en la habilitación contra legem reservada al "El inspector

médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina…". Por el contario, el artículo 4 de la Orden ESS/1187/2015, por su ubicación y contexto, universaliza la habilitación *contra legem*... En efecto, el artículo 4 refiere a la "expedición de los partes de confirmación de la baja", lo que quiere decir que está conectado con el artículo 3 que refiere a la expedición de los partes médicos de baja". En ambos preceptos se identifican a los titulares de la facultad de expedir los referidos partes médico, esto es, a los facultativos del servicio público de salud y a los facultativos del servicio médico de la mutua, según la contingencia originaria y la entidad que cubra la misma.

En definitiva, lo anterior significa que según la ubicación del artículo 4 de la Orden ESS/11872015, los facultativos del servicio público de salud y a los facultativos del servicio médico de la mutua, podrán expedir "el alta médica por incomparecencia" con el preceptivo efecto extintivo. Dicho en los términos de los artículos 4 y 6.2: "Si el trabajador no acude a la revisión médica prevista en los partes de baja y confirmación, se podrá (los facultativos del servicio público de salud y a los facultativos del servicio médico de la mutua) emitir el alta médica por incomparecencia.", de forma que "el alta médica determinará la extinción de la situación de incapacidad temporal y del consiguiente subsidio el mismo día de su expedición…".

Pocas dudas caben al intérprete sobre la ilegalidad del párrafo referido e incorporado al artículo 4 de la Orden ESS/1187/2015, por contravenir lo dispuesto en el artículo.

Advertido lo anterior, es probable que el legislador esté pensando en supuestos extremos, donde el beneficiario en ningún caso y por distintas razones acudirá a los reconocimientos médicos prescritos. En estos casos, la solución no es habilitar facultades ilegales, si no aplicar el mecanismo suspensivo del artículo 132.3 de la LGSS. Incluso, tanto el RD, como la Orden, pudieron matizar el procedimiento, acortando los plazos para determinados supuestos.

3.- LOS PARTES MÉDICOS COMO FORMULA DE CONTROL

Como ya vimos que la Orden ESS/1187/2015, procede a aprobar los modelos de partes médicos y a regular su tramitación.

Los partes médicos y sus fases de expedición están en función de los tipos de procesos de incapacidad temporal en función de su duración estimada. De esta forma y según lo establecido por el artículo 2.3 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, se distinguen cuatro tipos de procesos de incapacidad temporal, según cuál sea su duración estimada:

a) Proceso de duración estimada muy corta: inferior a cinco días naturales.

b) Proceso de duración estimada corta: de 5 a 30 días naturales.

c) Proceso de duración estimada media: de 31 a 60 días naturales.

d) Proceso de duración estimada larga: de 61 o más días naturales.

Como no podía ser de otra forma, corresponde al facultativo que emite el parte médico de baja y de confirmación determinar, en el momento de su expedición, la duración estimada del proceso. El facultativo podrá alterar esa duración estimada en un momento posterior como consecuencia de la modificación o actualización del diagnóstico o de la evolución sanitaria del trabajador, para lo cual emitirá un parte de confirmación que recogerá la nueva duración estimada y, en su caso, el encuadramiento del proceso en un tipo diferente.

Con la finalidad de establecer criterios homogeneizables, en la medida de los posible, ya que "no existen enfermedades, sino enfermos", para la asignación de la duración estimada a cada proceso, el facultativo dispondrá de unas tablas de duración óptima de los distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades, así como tablas sobre el grado de incidencia de los mismos en las distintas actividades laborales. Dichas tablas serán suministradas y revisadas periódicamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social[13].

[13] [13] La propia Exposición de Motivos del RD insiste y justifica sus planteamientos de la siguiente forma: "*Actualmente, se ha dado un nuevo paso técnico en la estimación teórica de la duración de una situación de incapacidad temporal teniendo en cuenta no sólo la patología del trabajador, sino también su edad y su ocupación, pretendiendo así dotar al facultativo de una herramienta de respaldo técnico,*

3. 1 LOS PARTES MÉDICOS DE BAJA Y CONFIRMACIÓN

3.1.1 Los partes de baja médica

El parte médico de baja es el acto constitutivo de la incapacidad temporal que, por un lado provoca la suspensión del contrato de trabajo y, por otro, determina el nacimiento de la incapacidad temporal. De esta forma, el parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo. Lo que impone el precepto, según el artículo 2 del RD, es que el facultativo tenga toda la información, tanto en los aspectos clínicos, como en los vinculados a la actividad laboral del trabajador – tipo de actividad, contenido obligacional, forma de prestar la actividad, condicionantes…-, con la finalidad de poder realizar la correspondiente evaluación que determine o no el efecto incapacitante de la patología.

El parte médico de baja de incapacidad temporal, cualquiera que sea la contingencia determinante (accidente de trabajo, enfermedad profesional, accidente no laboral o enfermedad común), se expedirá inmediatamente después del reconocimiento médico del trabajador, por el facultativo del servicio público de salud que lo realice, utilizando el modelo correspondiente. No obstante, cuando la baja médica derive de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, cuya cobertura corresponda a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, será el facultativo del servicio médico de la propia mutua el que, inmediatamente después del reconocimiento médico del trabajador, expida el parte médico de baja.

---

fundamentada en el análisis de amplias bases de datos y en la experiencia de profesionales expertos en la materia que le oriente en su decisión.

El conocimiento del código nacional de ocupación a través de los partes médicos de incapacidad temporal que transmiten los servicios públicos de salud supondrá un avance en el conocimiento del comportamiento de esta prestación económica, que permitirá la comparación de datos a nivel internacional."

En aquellos casos en que el facultativo del servicio público de salud o de la mutua considere que se trata de un proceso de duración estimada muy corta, emitirá el parte de baja y de alta en el mismo acto médico. Para ello utilizará un único parte, haciendo constar, junto a los datos relativos a la baja, los identificativos del alta y la fecha de la misma, que podrá coincidir con el día de la baja o estar comprendida dentro de los tres días naturales siguientes.

Sin perjuicio de lo anterior y en función de la evolución de la patología, el trabajador podrá solicitar que se le realice un reconocimiento médico el día que se haya fijado como fecha de alta, y el facultativo, si considerase que el trabajador no ha recuperado su capacidad laboral, podrá modificar la duración del proceso estimada inicialmente, expidiendo, al efecto, un parte de confirmación de la baja. En este primer parte de confirmación, que dejará sin efecto el alta prevista en el parte de baja, se indicará el diagnóstico, la nueva duración estimada y el tipo de proceso, así como la fecha de la siguiente revisión médica.

En aquellos supuestos en que el facultativo del servicio público de salud o de la mutua considere que se trata de un proceso de duración estimada corta, media o larga, consignará en el parte de baja la fecha de la siguiente revisión médica prevista que, en ningún caso, excederá en más de siete días naturales a la fecha de la baja médica, tratándose de procesos de duración estimada corta o media, o de catorce días naturales tratándose de procesos de duración estimada larga.

En la fecha de la primera revisión médica se extenderá el parte de alta o, en caso de que proceda mantener la baja, el primer parte de confirmación.

Como puede apreciarse, la fecha del alta médica aparece predeterminada, sin perjuicio de que el trabajador solicite nuevo reconocimiento y el facultativo entienda que el proceso incapacitante continua vigente. Resulta obvio, como ya he advertido[14], que prefijar en todos los procesos la fecha del alta médica constituye un elemento de presión psicológica para el trabajador

[14] MORENO ROMERO ,F. *El Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y las nuevas estrategias de control en los procesos de incapacidad temporal*,..cit. págs.. 324-325

3.1.2 Los partes de confirmación de la baja.

Los partes de confirmación tienen como finalidad constatar la evolución del proceso incapacitante. Serán expedidos por el correspondiente facultativo del servicio público de salud, o de la mutua cuando la incapacidad temporal derive de una contingencia profesional cubierta por la misma.

A) Partes de confirmación durante los primeros 365 días.

Dado el protagonismo que adquiere la duración prevista del proceso, los partes de confirmación se expedirán en función de la duración estimada del proceso, conforme a las siguientes reglas:

a) En los procesos de duración estimada muy corta no procederá la emisión de partes de confirmación, sin perjuicio de lo ya indicado.

b) Procesos de duración estimada corta: el primer parte de confirmación se expedirá en un plazo máximo de siete días naturales desde la fecha de la baja médica. El segundo y sucesivos partes de confirmación se expedirán cada catorce días naturales, como máximo.

c) Procesos de duración estimada media: el primer parte de confirmación se expedirá en un plazo máximo de siete días naturales desde la fecha de la baja médica. El segundo y sucesivos partes de confirmación se expedirán cada veintiocho días naturales, como máximo.

d) Procesos de duración estimada larga: el primer parte de confirmación se expedirá en un plazo máximo de catorce días naturales desde la fecha de la baja médica. El segundo y sucesivos partes de confirmación se expedirán cada treinta y cinco días naturales, como máximo.

En todo caso, independientemente de cuál fuera 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.

En aquellos procesos en los que se produzca una modificación o actualización del diagnóstico o una variación de la duración estimada en función de la evolución sanitaria

del trabajador, se emitirá un parte de confirmación en el que se hará constar el diagnóstico actualizado, la nueva duración estimada y la fecha de la siguiente revisión. Los posteriores partes de confirmación se expedirán en función de la nueva duración estimada.

B) El agotamiento de los 365 días y el cambio de la entidad competente.

En la medida en que finalizados los trescientos sesenta y cinco días, cambia la entidad competente que ejerce los mecanismos de calificación y control, esto es, todas las competencias son asumidas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Orden articula el procedimiento de información para el trabajador. A estos efectos, el facultativo del servicio público de salud o el facultativo de la mutua si se trata de contingencia profesional a cargo de la misma, cuando emita el último parte de confirmación anterior al agotamiento de los 365 días naturales de duración, comunicará al trabajador en el acto de reconocimiento médico que, una vez agotado el referido plazo, el control del proceso corresponderá en lo sucesivo al Instituto Nacional de la Seguridad Social en los términos establecidos en el artículo 128.1 a) LGSS, informándole de que no emitirá más partes de confirmación. Todo ello sin perjuicio de que el servicio público de salud o la Mutua le sigan prestando la asistencia sanitaria que aconseje su estado. A tal efecto, en dicho parte de confirmación, el facultativo, en lugar de la fecha de la siguiente revisión médica, cumplimentará el apartado correspondiente al pase a control por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, señalando el día de cumplimiento de los 365 días naturales en situación de incapacidad temporal.

El servicio público de salud comunicará telemáticamente al Instituto Nacional de la Seguridad Social la fecha del agotamiento de los 365 días de manera inmediata a su cumplimiento y, en todo caso, no más tarde del primer día hábil siguiente.

C) El agotamiento de los 365 días y las competencias de la Mutua en las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Como ya hemos reseñado, al agotamiento de los 365 días el Instituto Nacional de la Seguridad Social asume todas las competencias, ordenándose en el artículo 128.1.a) las actuaciones a realizar. Así, agotado el plazo de duración referido, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social"

Por su parte, la Resolución de 29 de noviembre de 2006, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se fija la fecha en la que determinadas Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina asumirán competencias en relación con la gestión de la prestación por incapacidad temporal, con insuficiente rango legal, subsanando la falta de referencia a las competencias de las Mutuas, estableciendo en su regla segunda que:

Cuando la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales se hubiera concertado con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, la mutua correspondiente efectuará ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social o ante el Instituto Social de la Marina, según corresponda, propuesta de actuación en alguno de los sentidos indicados en el párrafo anterior, debiendo entenderse aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si ésta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción.

La Orden ESS/1187/2015, viene a matizar el procedimiento que deben seguir las Mutuas y al tiempo reforma las reglas contenidas en la Resolución aludida. El nuevo régimen de actuación sería el que sigue.

En los procesos en que el subsidio esté a cargo de una Mutua, cualquiera que sea la contingencia de que deriven, el Instituto Nacional de la Seguridad Social comunicará a la misma, de manera inmediata, que el proceso ha alcanzado los 330 días naturales de duración según los datos existentes en las bases de datos del sistema, indicando que a partir del agotamiento de los 365 días, la entidad gestora ejercerá las competencias que le corresponden de acuerdo con el artículo 128.1.a) de la LGSS.

Tratándose de procesos derivados de contingencia profesional, la Mutua, una vez recibida la indicada comunicación y antes de que la incapacidad temporal alcance los 345 días naturales de duración, podrá hacer al Instituto Nacional de la Seguridad Social una propuesta motivada de actuación en alguno de los sentidos indicados en el citado artículo 128.1.a) párrafo segundo.

Dicha propuesta no será vinculante para el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en todo caso, el Instituto dictará resolución expresa en el ejercicio de las referidas competencias, cualquiera que sea la contingencia.

3.1.3 Los informes complementarios.

Con la finalidad de recoger toda la información sobre el proceso curativo, pruebas realizada o por realizar, vicisitudes surgidas, así como la evolución del efecto incapacitante, ya es tradicional en la regulación de la incapacidad temporal que periódicamente el facultativo o la Inspección emitan un Informe complementario.

A estos efectos, cuando el proceso tiene una duración estimada superior a 30 días naturales, cuya gestión corresponda al servicio público de salud, cualquiera que sea la contingencia de que deriven, el segundo parte de confirmación de la baja, y los que correspondan conforme a lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 625/2014, irán acompañados de un informe médico complementario cumplimentado y actualizado por el facultativo que expida el parte de confirmación, en los términos y con el contenido señalado en el citado artículo.

3.2 EL PARTE DE ALTA MÉDICA.

Con carácter general, el parte médico de alta en el proceso de incapacidad temporal ha de ser expedido por el facultativo del correspondiente servicio público de salud, o de la Mutua si el proceso deriva de contingencia profesional cubierta por ella, tras el reconocimiento del trabajador, utilizando para ello el modelo que aprueba la Orden

ESS/1187/2015. No obstante, el alta puede ser expedida desde otras instancias, en la forma siguiente:

a) De una parte, por los inspectores médicos del Servicio de Salud, en función de las competencias que ostentan, respecto de la actuación de los facultativos del mismo.

Con independencia de esta actuación, en los procesos de IT, trimestralmente y a contar desde el inicio de la situación, dicha Inspección médica o el propio médico de atención primaria, bajo la supervisión de aquélla, ha de expedir un informe médico de control de la incapacidad en el que han de constar todos los extremos que, a juicio médico, justifiquen la necesidad de mantener el proceso de incapacidad temporal. Los Servicios Públicos de Salud, en el plazo de 5 hábiles desde su emisión, han de poner los citados informes médicos de control a disposición de los inspectores médicos adscritos al INSS o al ISM, o de los facultativos de las mutuas (en este caso, respecto de los procesos por contingencia común cuya cobertura les corresponda)[15].

b) A su vez por los inspectores médicos del INSS o del ISM, los cuales han de dar traslado telemáticamente del parte de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de dicha expedición, al Servicio Público de Salud, para su conocimiento o a la mutua cuando, tratándose de contingencias comunes, le corresponda la cobertura de la prestación económica.

El alta médica determinará la extinción de la situación de incapacidad temporal y del consiguiente subsidio el mismo día de su expedición, sin perjuicio de que los servicios sanitarios correspondientes continúen prestando al trabajador la asistencia sanitaria que aconseje su estado.

Como establece el artículo 128.1.a) de la LGSS y reiteran las normas de desarrollo, la actuación de los inspectores impone un asunción de competencias. En efecto, cuando en un proceso de incapacidad temporal se haya expedido el parte médico de alta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina, a través de los inspectores médicos adscritos a dichas entidades, estas serán las únicas competentes para emitir a través de dichos inspectores una nueva baja por la

[15] Artículo 14 de la Orden ESS/1187/2015.

misma o similar patología, durante los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha en que se expidió el alta. Tales bajas serán comunicadas al Servicio Público de Salud así como a la mutua cuando le corresponda la cobertura de la prestación económica. En esos casos, el control de la situación se llevará a cabo, a partir de ese momento, directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina, sin que proceda la expedición de partes de confirmación[16].

4.- A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La invasión ascendente y descendente de competencias que hemos intentado destacar, no es una buena técnica legislativa.

Por un lado, reglamentarizar la Ley, pone de manifiesto el afán de abarcar más de lo debido, bajo la hipótesis de que no existirán reglamentos de desarrollo. Es una técnica inapropiada en sí misma y más aún cuando la Ley receptora de los espacios reglamentarios es un Texto Refundido que procede de 1967, con una determinada estructura y una vocación primaria de Sistema. A esta mala técnica, debemos añadir la falta de armonización de las reformas, su carácter puntual y continuo provoca que el legislador no repare en que hay que modificar todos los preceptos afectados por una reforma puntual, singularmente cuando ésta es importante. La ausencia de armonización, remite al intérprete una función nada sencilla, sobre todo cuando los preceptos armonizables proceden de épocas distintas, con justificaciones distintas, entre otras cuestiones.

Por otro lado y lo que es más preocupante, cuando en efecto se dictan los reglamentos, aparecen los olvidos de la Ley que se dedicó a hacer reglamentos, sin pensar en la habilitaciones que necesitarían los futuros reglamentos. También podemos pensar que surge el viejo aforismo "Haz tú la Ley y déjame el Reglamento", en el sentido de que el reglamento puede con todo, incluso puede contravenir los dispuesto es la Ley.

[16] Conforme a las previsiones de la disposición adicional 52ª LGSS .y que reitera el artículo 8º de la Orden ESS/1187/2015.

La ordenación jurídica y las continuas reformas de la incapacidad temporal son un buen ejemplo de lo afirmado, con el plus de que cuando el reglamento entra en acción aparece el afán desmedido de control y su inercia genera, como hemos intentado demostrar, vicios de legalidad.