

Incapacidad temporal y absentismo. Aspectos críticos del régimen jurídico de la Incapacidad Temporal con implicaciones en y con el absentismo

Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

Temporary incapacity for work and absenteeism. Critical aspects of statutory sick pay benefits with implication for and related to absenteeism

SUMARIO:

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 1.1. Delimitación del ámbito de estudio y la perspectiva de análisis del binomio Incapacidad Temporal-Absentismo. 1.2. Replanteamiento de la finalidad protectora del Sistema de Seguridad Social. La imprescindible orientación laboral de la Incapacidad Temporal. 2. SITUACIÓN DE NECESIDAD Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 2.1. Situación de necesidad subvenida por la contingencia. 2.2. Configuración del subsidio. 2.2.1. Alteración de la salud. Elemento necesario pero no suficiente. 2.2.2. La inexplicable ausencia de la lógica médico-funcional en la valoración del estado de salud. 2.2.3. Replanteamiento del binomio alteración de la salud — capacidad laboral. a. Capacidad laboral y trabajo habitual. b. De la afectación absoluta a la relativa. c. Afectación relativa y situaciones protegidas. 2.2.4. Transitoriedad de la afectación y las recaídas. 3. EN TORNO A LA DINÁMICA TEMPORAL Y CUANTITATIVA DEL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 3.1. Temporalidad de la prestación. Los tiempos añadidos a la IT. 3.2. Configuración cuantitativa de la prestación. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El binomio Incapacidad Temporal-Absentismo ha de plantearse desde la reconfiguración de las normas de Seguridad Social en torno al subsidio de esta contingencia orientándolas, necesariamente, hacia la incorporación a la actividad laboral-profesional de la persona trabajadora que ve alterado su estado de salud. La ausencia de una valoración médico-funcional de la enfermedad o lesiones introduce

en la regulación del subsidio múltiples disfunciones que requieren de un replanteamiento para que se pueda responder, equilibradamente, a todos los intereses que confluyen cuando se está en situación de IT. Con visión holística e integradora de los diferentes sectores del ordenamiento jurídico involucrados, el preventivo (cuidado y seguridad y salud en el trabajo), el laboral (suspensión del contrato de trabajo) y el de Seguridad Social (tutela protectora por el régimen público de protección social contributiva), se incorporan propuestas en torno a esta contingencia, que debería denominarse prestación económica por enfermedad o accidente.

Palabras Clave: absentismo, ausencias justificadas, incapacidad temporal, absentismo médico.

ABSTRACT: The combination of temporary incapacity and absenteeism must be addressed by reconfiguring Social Security regulations concerning benefits for this contingency, necessarily orienting them towards the reintegration into work and professional activity of workers whose health has been affected. The absence of a medical-functional assessment of the illness or injury introduces multiple dysfunctions into the regulation of the benefit, which need to be rethought so that a balanced response can be made to all the interests that converge when a person is in a situation of temporary disability. With a holistic and integrative view of the different sectors of the legal system involved, namely prevention (care and safety and health at work), labour (temporary lay-off) and social security (protective guardianship by the public contributory social protection system), proposals are incorporated around this contingency, which should be called financial sickness benefit.

Keywords: absenteeism, justified absences, temporary incapacity, medical absenteeism, sick pay.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. Delimitación del ámbito de estudio y la perspectiva del análisis del binomio Incapacidad Temporal-absentismo

Si de relación entre IT y absentismo hablamos, hay que proceder a una explicación para adentrarnos en el objeto de estudio. Es necesario cohonestar la IT con el Absentismo en un doble sentido, en primer lugar, partir de que es una de las causas de éste (diríamos entonces absentismo por IT o absentismo médico) y en segundo lugar, asumir las numerosas cuestiones que se aprecian en el diseño del régimen prestacional de esta contingencia de Seguridad Social cuando se enfoca el análisis desde la implicación con y en la ausencia/ausencias, prolongadas o no, reiteradas o no, en la prestación laboral por motivos de salud.

Desde esta perspectiva de análisis, también resulta obligada una breve explicación sobre la orientación a seguir en este estudio en torno al concepto de absentismo.

Asumamos que el absentismo laboral tiene un carácter poliédrico y complejo, del que se ocupan muy diferentes ramas de conocimiento¹, en el que se proyectan numerosos factores, entre ellos, y muy importante, el envejecimiento de la población y, más en concreto, el envejecimiento de la población activa y trabajadora; o la aparición de nuevos riesgos asociados de una manera u otra a la actividad laboral y profesional, más allá de los físicos, como son los riesgos psicosociales. Sin olvidar que su estudio se puede afrontar desde muy diferentes perspectivas, con una visión más o menos amplia, o más o menos concreta., sin que en el ámbito que nos ocupa, el jurídico-laboral, preventivo y de Seguridad Social, haya una definición precisa, que pudiera identificarlo como institución jurídica; lo que, es evidente, dificulta su tratamiento unitario y genera una cierta inseguridad jurídica, cuanto más que en muchas ocasiones el término se utiliza peyorativamente con visión enfocada al fraude o a la sospecha de fraude.

Y en este sentido, en una concepción amplia², se entendería que abarca todos aquellos supuestos en los que, de alguna manera, hay una ausencia en el trabajo, esto es, de no prestación del servicio, definidos como todos aquellos períodos de tiempo en los que la persona trabajadora debería estar trabajando pero que, en virtud de determinadas y diferentes causas, está ausente. Concepción amplia que no será utilizada en este estudio porque, si así fuera, habría que proceder inmediatamente a un análisis específico estableciendo las oportunas diferencias entre los supuestos, en su/s causa/s y consecuencias, y, por tanto, en la respuesta poliédrica que se diera desde nuestro ordenamiento jurídico al referirse a instituciones muy heterogéneas.

De ahí que sea o fuera mucho más útil para el objetivo de nuestro estudio partir de una concepción más limitada, o intermedia, del absentismo³, esto es, cuando se proyecta en instituciones jurídicas que refieran a las ausencias en el trabajo imprevistas y ocasionales. Lo que nos permite revisar el estado de la cuestión y sus posibles implicaciones presentes y futuras en el ordenamiento jurídico laboral/preventivo y de Seguridad Social sobre la base de un supuesto, el de ausencias imprevistas por motivos de salud y su conexión inmediata con una contingencia del Sistema de Seguridad Social, la de Incapacidad Temporal (IT), que se ha descrito como la causa más importante de ausencia en el trabajo, y, entre las situaciones protegidas, la derivada de contingencias comunes⁴. Aspecto éste, como se sabe, que ha preocupado a los

1 Muy ilustrativo el estudio de MARTÍNEZ, RAFAEL Y JANÉ, P.: "Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto", en *Revista GAPP*, no11, 2014.

2 En la acepción propuesta por GARCÍA VIÑA, J.: *El absentismo laboral y su gestión por medio de la negociación colectiva*; Aranzadi La Ley, 2025, pp16 y 17, que le es útil para el objetivo o finalidad de su estudio.

3 En los términos propuestos por Crespí Ferriol, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Edit. Cinca, 2023, pp 9-12.

4 En la encuesta realizada en 2023 por Fomento del Trabajo nacional, asociación empresarial más representativa, las respuestas de las empresas incluyeron a la IT como el principal parámetro de absentismo. Con referencia a los datos ofrecidos por AMAT, septiembre de 2025, más del 80% de los procesos de IT se deben a riesgos comunes (no a AT y EP), con un incremento del 120% en 2024 res-

agentes sociales en los sucesivos Acuerdos adoptados en torno a la Negociación Colectiva, en los que la visión sobre el absentismo, centrada en el injustificado⁵, ha transitado hacia el absentismo no deseado para acabar ahora en el justificado y, en concreto, en el Absentismo justificado por IT⁶.

Partiendo de esa premisa, esto es, de la alteración de salud (sea o no laboral, y más aún, ésta) como causa de ausencia en el trabajo, respecto del absentismo laboral por motivos de salud hay que hacer una precisión final. A saber, la orientación más específica hacia el que cupiera entender como absentismo justificado formal y materialmente, esto es de ausencia involuntaria de la persona trabajadora por responder a una causa relacionada con la alteración de la salud (justificación material) cumpliendo todos los requisitos (incluidos los procedimentales) previstos por las normas de seguridad social (justificación formal) para que nazca y se mantenga la prestación o subsidio correspondiente a esta contingencia establecido en nuestro Sistema de Seguridad Social.

1.2. Replanteamiento de la finalidad protectora del Sistema de Seguridad Social. La imprescindible orientación laboral de la Incapacidad Temporal

No obstante esta situación justificada, y su proyección sobre la realidad cuantitativa de las horas de trabajo/o días/o semanas al año en las que no se presta servicios⁷, lo que interesa en este momento es el enfoque cualitativo porque en torno a esa insti-

pecto de 2015; detectados los mayores incrementos en los últimos años y generalizados en todos los sectores (aunque con ciertas diferencias entre ellos) y en los distintos ámbitos territoriales, afectando a todos los colectivos con independencia de la edad, si bien la duración media de los procesos de IT avanza con ésta. Véase AMAT, 2025: *Evolución de los indicadores de absentismo laboral*. IVIE, 2025: *Estudio socioeconómico de la evolución de la incapacidad temporal y la siniestralidad en España*.

- 5 Puede consultarse el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2005, BOE 16 de mayo de 2005. La referencia al absentismo no deseado en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018-2020, BOE 18 de junio de 2018.

- 6 Expresamente en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2015-2017, BOE de 15 de junio de 2015. En el actual V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023, BOE de 31 de mayo de 2023, basta leer su Preámbulo y el Capítulo VII, en el que se dice: *"Las Organizaciones empresariales y sindicales firmantes de este Acuerdo manifestamos nuestra preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En ese sentido, deseamos establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras. Ante esta situación, exhortamos a la negociación colectiva a: Establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones"*.

- 7 Según la OCDE, datos consultados en noviembre de 2025, las ausencias por enfermedad de trabajadores dependientes a tiempo completo en promedio anual (expresándose los datos en número de semanas de baja por enfermedad al año, declaradas por los propios empleados y abarcando tanto las ausencias semanales completas como las parciales) arroja el resultado para España de 4,9 durante el año 2024; apreciándose cómo han ido progresivamente elevándose desde el año 2012, donde se computaron 2.2. Véase [https://data-explorer.oecd.org/vis?lc=en&df\[ds\]=dsDisseminateFinalD-MZ&df\[id\]=DSD_HEALTH_STAT%40DF_AWDI&df\[ag\]=OECD.ELS.HD&df\[vs\]=1.1&dq=ESPA.....&p-d=2010%2Cto\[TIME_PERIOD\]=false&vw=br](https://data-explorer.oecd.org/vis?lc=en&df[ds]=dsDisseminateFinalD-MZ&df[id]=DSD_HEALTH_STAT%40DF_AWDI&df[ag]=OECD.ELS.HD&df[vs]=1.1&dq=ESPA.....&p-d=2010%2Cto[TIME_PERIOD]=false&vw=br).

tución jurídica no se puede perder la orientación de la necesaria garantía de todos los intereses en juego. Por un lado, interés del propio del trabajador a la protección que le otorga el Sistema de Seguridad Social cuando se genera la situación de necesidad a cuya satisfacción se ordena la contingencia, derivada de la actualización del riesgo de enfermedad o accidente. Por otro, el del propio Sistema, que pudiera mirar con recelo o con cierta sospecha el gasto derivado de la prestación, en particular el derivado de contingencias comunes; y en fin, el de la empresa, en torno a su productividad y competitividad, que tiene que proceder a la suspensión del contrato de trabajo y, aunque no fuera en todos los casos, necesidad de reorganización productiva si ésta es de media y larga duración. Cuando además, si bien se mira, no parece que el legislador a lo largo de estos años haya vislumbrado la satisfacción de uno que incide en todos, a saber, el retorno al trabajo o el posible mantenimiento del trabajo en condiciones saludables para recuperar la capacidad productiva de la persona trabajadora. Y sobrevuela el halo o sospecha de fraude que en torno a esta situación se ha generado, con la perspectiva de ausencia fingida o simulada y su proyección en el absentismo o ausencia voluntaria, que, como bien se ha analizado ya hace tiempo, enlaza con la teoría economicista del “riesgo moral”, más en torno a los riesgos comunes (enfermedad y accidente no laborales) que respecto de los laborales según consenso científico al respecto. Precizando cómo las conductas de simulación se dan en mayor medida en las situaciones o ausencias de corta duración asociadas con afecciones de dolor crónico (esguince cervical, lumbago, dolor de cuello y hombros, fibromialgia) y afecciones afectivas/emocionales (ansiedad y depresión)⁸. Riesgo moral que refiere al comportamiento en estos procesos de la persona trabajadora (atendiendo a sus respectivas condiciones económicas y laborales) ante la rentabilidad que le resultara de la ausencia en términos económicos y la facilidad con la que puede acceder a la situación de IT o mantenerse en ella⁹.

Es evidente que, aún desde la perspectiva de la justificación formal y material¹⁰ de la alteración de la salud y, por tanto, de la contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social, habría que indagar en algunas de las cuestiones planteadas en

Según el informe trimestral de *Randstad Research* (septiembre de 2025) el absentismo por IT ha provocado la pérdida del 5,5 % de las horas pactadas en el segundo trimestre de este año, lo que equivale a 1.224.778 de personas que se encontraban de baja médica en promedio diario. Puede consultarse en <https://www.randstadresearch.es/absentismo-laboral-segundo-trimestre-2025/>

- 8 Ilustrativo al respecto el estudio de SANTAMARÍA FERNÁNDEZ, P., CAPILLA RAMÍREZ, M. P., GONZÁLEZ ORDI, H.: “prevalencia de simulación en incapacidad temporal: percepción de los profesionales de salud”, en *Clínica y Salud*, núm.24, 2013, p. 139-151.
- 9 En los términos explicados por GIMENO DÍAZ DE ANTAURI, P.: “La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo”, en MERCADER UGUINA, J. (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2013, p.39. En el mismo sentido, Crespí Ferriol, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral...*, cit., p. 12 y ss. y p. 81.
- 10 En los términos planteados ya hace tiempo por la doctrina; ver al respecto, JOVER RAMÍREZ, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Revista Temas Laborales*, núm.106, 2010, p.39 y ss.

torno a la situación de necesidad generada y la respuesta protectora por el sistema. Aspectos tales como la configuración de la propia contingencia (concepto), la dinámica de la prestación (en especial, duración, cuantía y pago de la prestación) y la necesidad de que esa situación esté controlada a lo largo de todo el proceso, inicio y desarrollo, deben orientarse a que no se rompa esa ecuación perfecta con la finalidad de equilibrar los muchos intereses en juego y su necesaria atención desde la ordenación normativa de la contingencia y desde la proyección en la laboral y preventiva.

No obstante, son varias las circunstancias en que el binomio o ecuación puede trastocarse, bien cuando hay alteración de la salud pero no hay prestación de seguridad social por lo que la ausencia puede entenderse formalmente inexistente pero materialmente concurrente porque la orientación legislativa en torno a la IT, fundamentalmente en lo que refiere a su concepto, sigue condicionada a lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social¹¹. Tal y como ocurre, por ejemplo, cuando se produce el alta médica por el agotamiento del plazo máximo de duración de la IT sin reconocimiento de Incapacidad Permanente (IP) y no hay plena recuperación o restablecimiento de la salud del trabajador o cuando hay insuficiencia del sistema legal de protección frente a ciertos malestares reales. O bien cuando hubiera justificación formal pero no justificación material, lo que enlaza con el riesgo moral a que hacíamos referencia porque, como bien ha explicado y diferenciado la doctrina, no toda IT que se percibe cuando no fuera necesaria encaja en la construcción jurídica del fraude del sujeto solicitante, de modo que hay usos desviados que no responden a un ánimo defraudador¹². Advirtiendo que hay supuestos, descritos como de IT “refugio protegido”, alentados, se decía hace tiempo, por la ordenación laboral o por vicios del mercado laboral pero también por la defectuosa ordenación de otras contingencias o de la propia relación IT-IP¹³. De modo que hay casos también de justificación formal no adecuada.

Sabemos de los diferentes mecanismos que se han ideado en las múltiples reformas legislativas de la IT a lo largo de estos años con la finalidad de su desincentivación económica, fuera directa o fuera indirecta, a través de su fiscalización y control, la rebaja de la prestación económica, la presión hacia los empresarios y el restablecimiento —o intento de restablecimiento— de las simetrías de información en la verificación del estado de salud. Pero, no tanto, cuando es esencial, atendiendo a la que cupiera entender como reconfiguración del estado de necesidad cubierto por

11 RODRÍGUEZ CARDO, I.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*; Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 39 y ss.

12 Sobre las múltiples causas que pueden llevar a la simulación de un proceso de IT, tales como entre otras, las características demográficas, los aspectos organizacionales de la empresa, las situaciones estructuralmente problemáticas que no encuentran otro cauce legal, la facilidad con que se accede a una baja (“el terapeuta crédulo”), véase GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La incapacidad temporal: de la sospecha al Derecho Fundamental”, en VVAA: *Derecho del Trabajo, cambios económicos y nueva sociedad. Homenaje a Jesús R. Mercader Uguina por sus 25 años de cátedra*; Tirant lo Blanch, 2025, p. 644 y ss.

13 TORTUERO PLAZA, J.L.: “Reflexiones acerca de la Incapacidad Temporal”, *RGDTSS*, n.10, 2006, pp.4 y 5.

esta contingencia en torno al trabajo o, más específicamente, en torno a la capacidad para trabajar. Lo que exigiría un replanteamiento del sistema protector enfocado, no solo en la cobertura de la inactividad, sino también (y con carácter prioritario) en la facilitación de la reducción de la ausencia para mantener o reanudar el trabajo lo antes posible cuando, no cabe olvidarlo, pudiera así preverse y solventarse la que en ocasiones fuera una salida definitiva del mercado de trabajo, más aún en una sociedad envejecida y en una población trabajadora de edad también avanzada, deviniendo entonces necesario conjugar equilibradamente la asistencia y protección social pública de las personas que sufren una dolencia, sea física o mental, con la realidad evidente de que la IT debe ser una prestación orientada al trabajo.

Desde esta perspectiva de análisis, es un dato conocido el interminable proceso de reforma de la que la Ley de Accidente de Trabajo de 1900 denominó “incapacidad de trabajo temporal”; “Incapacidad Laboral Transitoria”¹⁴ en la LBSS de 1963, origen de la actual definición, cuando decía que tendrán las consideración de estados o situaciones determinantes de ILT: “los de enfermedad común o profesional o accidente, sea o no de trabajo, *mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria y esté impedido para el trabajo*”. En la LSS de 1966 se introduce la invalidez provisional como puente entre la ILT y la Invalidez Permanente, unificada posteriormente por la ley 42/1994, de 30 de diciembre¹⁵ en una única prestación, la IT. Revisando hoy, más de treinta años después, las sucesivas modificaciones han incorporado reformas parciales en la contingencia, en torno básicamente a las situaciones protegidas, las causas de extinción, las recaídas, la incidencia del inicio del expediente de incapacidad permanente sobre la IT, formalización de la cobertura económica de IT por contingencias comunes, el sistema de gestión y control, el pago delegado y el pago a cargo exclusivo del empresario, entre otros, en un intento fallido de solución a los problemas detectados y, en particular, en relación con el absentismo por IT, si lo vinculamos al diagnóstico del problema. A nuestro juicio, y atendiendo a la perspectiva única de análisis en este estudio (remitiendo a las otras varias vertientes que son objeto de análisis en los capítulos que conforman el número monográfico), resulta que ese proceso constante de inestabilidad legislativa, complejidad regulatoria, ha pivotado, si no exclusivamente, sí prioritariamente, en torno a una parte del diagnóstico, el relacionado con consecuencias de la IT, esto es, coste asociado a la misma imputado, en gran parte, a la complejidad de la organización. Que esta cuestión en nada es novedosa baste recordar que ya Manuel Alonso Olea en la primera edición de sus *Instituciones de SS*¹⁶ calificaba la IT como una prestación costosa y compleja. Permaneciendo

14 Se decía en la norma, y es muy importante a nuestros efectos, “*innovación fundamental de la Ley es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria que, abstracción hecha de sus causas, exige asistencia sanitaria para la recuperación y defensa de la salud*”.

15 Desarrollada por el RD 1300/1995, de 21 de julio,

16 ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, p.159. Estudiando el seguro de enfermedad y la prestación económica de la enfermedad decía que era una prestación costosa y compleja en su organización administrativa, que exigía inexcusablemente la adhesión de los médicos pues en ellos estaba la clave de la organización y de la prestación del seguro.

inalterado, desde entonces, ese parcial diagnóstico, la inseguridad creada, la conflictividad en torno a esta prestación, incluida la social, y la sospecha de fraude se han ido sirviendo progresiva y paulatinamente en odres varios y a pequeñas dosis que en su conjunto han generado y siguen generando las múltiples disfunciones advertidas, también por mor de la intervención de los interlocutores políticos y sociales, que hoy, como se sabe, se ha revitalizado. Baste recordar la versión inicial del Pacto de Toledo, 1995 (Recomendación 9, *Lucha contra el Fraude*)¹⁷, haciéndose eco inmediatamente los interlocutores sociales firmantes del acuerdo de 1996 sobre “Consolidación y racionalización del sistema de seguridad social”, y la reiteración desde entonces de la necesidad tanto de combatir el recurso indebido a la IT (el fraude y su sospecha) como de mejorar los mecanismos de control. Aunque desde el año 2003 se incluyera en los diferentes Pactos de Renovación o de Reforma la mención a la necesaria protección de la salud de las personas trabajadoras sin que, por cierto, se tradujera o se haya traducido en una regulación efectiva, quedando como un desiderátum respecto del que todos estamos convencidos porque se trata en términos amplios de admitir que la seguridad y salud en el trabajo es un principio fundamental. O, como ahora se ha dicho, “la lucha contra el absentismo no puede hacerse a costa de la protección de la salud de las personas trabajadoras”¹⁸.

Pero, a nuestro juicio, ha faltado en el diagnóstico un elemento no adicional, sino esencial; el que hace 25 años planteábamos¹⁹ insertándolo en la configuración de la IT, a saber, la evidente falta de coordinación entre la normativa laboral (y añádase, la preventiva) y la de seguridad social que daba (da) lugar a múltiples desajustes y disfuncionalidades y ello con independencia de quién haya sido el legislador “culpable”, si el de Seguridad Social o el laboral cuando se decía que hay un desencuentro frecuente entre el contrato de trabajo y la IT y “el legislador suele olvidarse con cierta

17 En la renovación del Pacto de Toledo, año 2003, Recomendación 10, *Lucha contra el fraude*, se dice: La Comisión defiende “incrementar, aún más, los mecanismos de control y seguimiento de las prestaciones, especialmente las de incapacidad temporal, a fin de evitar el *absentismo injustificado*, su utilización como mecanismo alternativo al desempleo o la jubilación, u otras prácticas abusivas. Esta reordenación deberá atender al necesario equilibrio entre el control del fraude y la protección del trabajador impedido para su actividad laboral”. En los mismos términos, en la Reforma del Pacto de Toledo 2011.

Se reitera en la Reforma de 2020, recomendación 10 bajo la expresión “Lucha contra el fraude”, expresando al respecto que es objetivo “La actualización de los mecanismos de control y seguimiento, especialmente las de incapacidad temporal, al objeto de garantizar tanto el control del fraude como la protección de la salud de las personas trabajadoras”.

Véase BORÓ HERRERA, F.: “Análisis de la lucha contra el fraude en Seguridad Social: antecedentes y perspectivas”, en HIERRO HIERRO, F.J. (Dtor): *Perspectivas jurídicas y económicas del “Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo 2020*, Aranzadi, 2021. Llama la atención en este estudio acerca de que el fraude comprobado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de IT representa proporcionalmente “una cuantía muy modesta respecto de la totalidad de las prestaciones, un 6,62% sobre el número de trabajadores infractores”; frente a otras prestaciones, en concreto la de desempleo.

18 APARICIO TOVAR, J.: “La salud de las personas trabajadoras es la prioridad”, AEDTSS, Brief n.88, 2024

19 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente”, Aranzadi Social, Volumen I, 1999.

frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social”²⁰. Baste poner dos ejemplos, ambos relacionados con la calificación de la contingencia y la dinámica de la prestación, la asistencia sanitaria médico-funcional y la intervención de médico especialista, por un lado, y la afectación a la capacidad laboral, por otro.

Desde la perspectiva única de este estudio, es imprescindible valorar la relación directa con la situación laboral, tanto en su definición pues no se trata solo de las consecuencias físicas o psíquicas para la persona afectada, sino, fundamentalmente, su repercusión en la capacidad para trabajar atendiendo a la necesaria valoración funcional de las tareas que el trabajador desarrolla en el momento de la IT y de las aptitudes personales y profesionales. Como en la que debiera ser su finalidad u objetivo, a saber, facilitar la reincorporación del interesado en su actividad laboral en un corto espacio de tiempo o, incluso, el mantenimiento de su puesto o forma de trabajo cuando es compatible con las alteraciones de su estado de salud. El necesario equilibrio de los diferentes intereses de las partes implicadas (no solo, pero sobre todo, empleadores y personas trabajadoras) no se ha proyectado en la configuración legal de la contingencia y, como bien se indicó hace tiempo²¹, al día de hoy —de entonces y de ahora— las sucesivas reformas legislativas no tienen en cuenta que “desde un punto de vista técnico la protección de Seguridad Social habría de ser subsidiaria o dependiente de la situación laboral, puesto que el subsidio se disfruta cuando la relación laboral queda en suspenso”.

Esos desajustes que han permanecido en el tiempo, cuando no, por cierto, se han intensificado, tal vez sea la causa de la causa, esto es, que se haya incrustado en el ADN de la contingencia de SS-situación de suspensión del contrato de trabajo, dos circunstancias, una presuntiva, la de la simulación fraudulenta en el disfrute de la prestación; y otra, de resultado, el elevado coste del gasto en la prestación de IT para el Sistema,²² con cierto recelo también hacia la actuación de los servicios públicos de salud y de las Mutuas. Aunque sea en sentido opuesto, sobre unos, los servicios públicos, resaltando la carga de trabajo y la difícil conexión de las competencias atribuidas a éstos y al INSS a través de la Inspección médica; sobre las Mutuas, insistiendo en la desconfianza por su vinculación, se apunta, a los intereses empresariales. De modo que los esfuerzos legislativos se han orientado o enfocado en la que a corto plazo pudiera conseguir más fácilmente el objetivo perseguido, la dimensión cuantitativa de la prestación, sin orientación evidente hacia la configuración cualitativa.

20 TORTUERO PLAZA, J.L.: “Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, n.1, 2014, p. 27.

21 RODRIGUEZ CARDO, I.: *La incapacidad temporal ...*, cit., Edit. Aranzadi, 2017, p.33

22 Según el último informe anual del Banco de España (2024), desde el punto de vista del gasto público (a cargo de la Seguridad Social), el coste derivado del pago de las prestaciones de IT por causas comunes ha crecido sustancialmente desde 2019 (un 78,5%) y, actualmente, se sitúa en algo más de 15.000 millones de euros.

Y ello es así porque no se ha modificado en modo alguno la finalidad u objetivo de la prestación, que sigue siendo exclusivamente valorada desde la perspectiva única del carácter tuitivo y protector del sistema, que exige justificación formal y material, sin que se haya planteado cómo resolver los desajustes en la relación laboral cuando materialmente hay alteración de la salud pero no se genera el derecho a la percepción del subsidio o se produce el alta médica sin curación total y solo por mejoría. O cuando no hay cambio alguno en la configuración de la contingencia y se insertan en la lógica protectora tradicional de la misma algunas situaciones que no encajan perfectamente en el diseño aún vigente de la misma, o que la hacen ser un lugar de recepción de situaciones que son ajenas a una alteración de la salud, piénsese por ejemplo en la nueva situación de la mujer embarazada a partir de la 39ª semana de gestación. O, en fin, cuando hay que regular la relación o tránsito entre el IT y la IP, especialmente en el caso de alta médica por agotamiento del plazo máximo de la IT sin reconocimiento de IP.

Tal vez el enfoque legislativo desde la contención del fraude, o de la simulación o fingimiento, y desde el correlativo control de gasto, ha impedido explorar la cuestión relacionada con los problemas de salud de los trabajadores y sus implicaciones con el absentismo por IT. En este sentido habría que dar cumplida respuesta a la cuestión de si se puede reducir el absentismo producido por las ausencias de enfermedades y accidentes con la visión de la mejora de la salud y calidad de vida de los trabajadores. Y tomar una decisión equilibrada que permita contrarrestar el rechazo cuando se expresa que las medidas o programas de rehabilitación e inserción del trabajador en condiciones de seguridad y salud y calidad en el trabajo son solo un espejismo frente a la realidad, se dice, de que el objetivo de las reformas haya sido incrementar la productividad a costa de poner en peligro a los trabajadores²³. O cuando se afirma que el trabajo es la causa del quebranto de la salud advirtiendo que la salud de las personas está por encima de la productividad²⁴. En el fondo, y es nuestra visión al respecto, un objetivo, el de contención del gasto en esta prestación, es compatible con el interés del empresario y con la finalidad de mejora de la salud y calidad de vida de los trabajadores. Pero lo que es indudable es que se requiere de un estudio detenido, sin prejuicios y en búsqueda del ansiado equilibrio de intereses para compatibilizar el control del gasto con la mejora de la salud de las personas trabajadoras y, en sentido específico, para valorar si el mantenimiento parcial del trabajo o el retorno paulatino al trabajo adaptado son compatibles con la mejoría progresiva hasta llegar a la ansiada curación total y definitiva. Lo que requiere partir de la premisa realista de que la pérdida o alteración de la salud ya no equivale necesariamente a la inhabilidad para el empleo o a la imposibilidad absoluta y rígida en relación con un puesto o tareas concretas en la concepción originaria y tradicional de la capacidad laboral. De ahí que, si ello es así, se requiera, tanto en el plano teórico como en su efectividad práctica,

23 Esta visión en LÓPEZ INSÚA, M.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*; Tesis doctoral, 2012, p.56 y 57

24 En este sentido APARICIO TOVAR, J.: "La salud de las personas trabajadoras...", cit.

replantear la situación de necesidad (exceso de gastos/defectos de ingresos) que es protegida por esta contingencia cuya configuración también debiera ser reorientada.

2. SITUACIÓN DE NECESIDAD Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

2.1. Situación de necesidad subvenida por la contingencia

Como premisa de análisis del régimen jurídico de la prestación económica ha de afrontarse la cuestión en torno a la situación de necesidad protegida por el Sistema de Seguridad Social a través de esta contingencia.

Se puede plantear del modo siguiente: ¿es solo la pérdida patrimonial asociada a la pérdida de toda capacidad productiva, o capacidad de ganancia, que se presume por la mera actualización de la contingencia?; o, por el contrario, ¿se puede asumir la relatividad de la afectación de la salud en relación con la capacidad laboral? Si así fuera, ¿la necesidad económica existiría o existiría en todos los casos del mismo modo?

Si estamos hablando, no de protección de salud en sentido amplio, sino de protección de la alteración de la salud, se ha advertido que la ciencia médica enseña desde hace tiempo que no todo problema de salud genera una imposibilidad para todo trabajo. De modo que, si ello es así, la situación de necesidad protegida a través de esta contingencia por el Sistema de Seguridad Social debería quedar replanteada, fundamentándola exclusivamente en la falta de capacidad real para obtener rentas mediante trabajo (capacidad productiva proyectada en el ámbito de la existencia económica) y no en la pérdida patrimonial presuntiva y total. Utilizando como modelo al respecto el que trasluce en torno al período de observación de enfermedad profesional²⁵ y su tratamiento desde la óptica del sistema preventivo; y el que inspira a otras contingencias, tales como el riesgo durante el embarazo o la lactancia, en la que el trabajo a tiempo parcial se entiende compatible con la situación de necesidad y el bien jurídico protegido (la conciliación de la vida laboral y familiar), además del interés del padre/madre trabajadores para permanecer cerca de sus empleo²⁶. Modelos que pueden utilizarse, es obvio, cuando en la IT hubiera una afectación *relativa* de la salud de modo que, con la finalidad prioritaria del restablecimiento del estado de salud de la persona traba-

25 Como bien se indicó, la ratio de su incorporación entre las situaciones de IT tal vez estuviera en el "carácter rígido (reacción causa-efecto entre la alteración de la salud y el efecto incapacitante) que presidió la ordenación de la contingencia general", TORTUERO PLAZA, J. L.: "Elementos conceptuales de la incapacidad temporal", en VVAA : *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Prof. J.I. García Ninet*, Atelier, 2017, p. 850.

26 NIETO ROJAS, P.: "La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar", en MERCADER UGUINA, J. (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones...*, cit., p. 62.

jadora, sea posible o vuelva a ser, lo antes posible, compatible con el trabajo. De este modo concebiríamos la IT, tal como decíamos en páginas anteriores, como una prestación orientada al trabajo y alejada de la presunción o automaticidad de la pérdida de la capacidad real de trabajo de la que haya de derivarse en todo caso, y como consecuencia inevitable, una pérdida patrimonial²⁷. Por tanto, se trata de replantear la situación de necesidad desde la presunción hacia la verificación de que la pérdida patrimonial o pérdida de la capacidad de ganancia es efectiva y real (total o relativa) o que, en esa situación, es imposible o relativamente limitada la generación de ingresos derivados del trabajo, cumpliéndose así de modo eficaz la finalidad de la prestación contributiva, a saber, la sustitución de rentas de activo. Tanto más cuanto que, como veremos, pese a que siga enunciada (art.175 LGSS) como causa de pérdida o suspensión de la prestación el hecho de que “el beneficiario trabaje por cuenta ajena o por cuenta propia”, en determinadas circunstancias se le permite compatibilizar la prestación con trabajo. Si ello es así, y sigue siendo así, implícitamente cabe entender que se está admitiendo que en estos casos ha desaparecido la situación de necesidad atendiendo a la capacidad real para generar rentas a través del trabajo²⁸. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

No plantea problema la definición del estado de necesidad cuando el trabajador estuviera absolutamente impedido (piénsese en un proceso medio o largo de hospitalización por enfermedad grave). Y si no lo estuviera habría que buscar el encaje necesario no solo desde la perspectiva de la IT estrictamente formal en la orientación actual de la normativa de seguridad social, sino también desde la lógica de adaptación o ajuste cuando fuera posible o razonable que le permitiera seguir trabajando en condiciones de seguridad y sin perjudicar su recuperación. Sin olvidar, además, que se evitaría en muchos casos una salida a veces definitiva del mercado de trabajo o que se busque enlazar con otras prestaciones, desempleo o IP. Con la propuesta final de que, reconfigurada la situación de necesidad, resultará inevitable cohonestar la acción protectora del Sistema con la vertiente laboral (en la dimensión suspensiva del contrato de trabajo y mantenimiento del trabajo, evitando la extinción de la relación laboral) y con la de protección de la seguridad y salud en el trabajo. Aun cuando no se pueda profundizar en este estudio en la vertiente preventiva, baste recordar a estos efectos los artículos 25 y 26 LPRL, el primero en el sentido de que prohíbe que los trabajadores sean empleados en puestos de trabajo cuando se encuentren manifiestamente en estado o situaciones transitorias que no responden a sus exigencias, deviniendo entonces necesarios planes de acompañamiento laboral para que se produzca una reincorporación medida y controlada que permita revisar el nivel de exi-

27 En este sentido CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral...*, cit. p. 251 y ss.

28 DUEÑAS HERRERO, L.J.: “Contingencia y prestación de incapacidad temporal”, en BLANCO MARTIN, J.M.: *Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico*, Lex Nova, 2005, p. 71.

gencia empresarial²⁹. Y el segundo, art. 26 LPRL, que puede utilizarse como modelo para proceder a la adaptación o los ajustes necesarios en la actividad en el contexto de una IT adaptativa o funcional.

2.2. Configuración del subsidio

En la actualidad la configuración legal del subsidio se articula en torno a tres elementos: alteración de la salud; efecto incapacitante en el trabajo; transitoriedad del proceso. O dicho de otra forma, los criterios selectivos de situaciones objeto de protección giran en torno al trinomio alteración de la salud-asistencia sanitaria-capacidad laboral, de modo que se ha de valorar tanto las consecuencias físicas o psíquicas para la personas trabajadoras como la repercusión en la capacidad laboral conformándose la asistencia sanitaria como el elemento que marcará la temporalidad de la protección y actuará como instrumento de control inicial y sucesivo mediante la expedición de los correspondientes partes médicos de baja.

2.2.1. Alteración de la salud. Elemento necesario pero no suficiente

Podría titularse, más allá de una alteración de la salud que requiera de asistencia sanitaria para generar derecho a la prestación económica.

La configuración legal del subsidio de IT se sustenta en la alteración de la salud que requiere temporalmente asistencia sanitaria “de la Seguridad Social” y afecta a la prestación laboral porque la capacidad productiva queda también alterada. En las sucesivas reformas de la protección por el Sistema de Seguridad Social de esta contingencia no se ha dado solución a aquellos supuestos en los que materialmente hay limitación o imposibilidad de trabajar pero que no encajan en la prestación porque, sencillamente, no está prevista para ellos asistencia sanitaria pública o porque no siempre se requiere esa asistencia médica o porque, en fin, siendo ésta necesaria, la alteración de la salud clínicamente diagnosticada solo tuviera afectación potencial en la capacidad laboral, de forma indirecta, en cuyo caso solo cabe una medida interpuesta de carácter clínico en el marco de la tutela de la seguridad y salud en el trabajo. Y desde la perspectiva de la ordenación actual de la prestación no puede olvidarse que, incluso cuando hay un alta médica por mejoría y, por tanto, ausencia de curación o recuperación clínica total, se puede mantener o prolongar una alteración de la salud que, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de Seguridad Social, no generará derecho a la prestación económica si, conforme a lo dispuesto en el art.174.1 LGSS, el trabajador puede realizar “su trabajo habitual”.

29 Ampliamente, CRESPI FERRIOL, M.: “La incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, n.122, 2025, p.12/24

Es por ello que, el binomio asistencia sanitaria-prestación económica exigiría reconfigurar la prestación de Seguridad Social.

Pongamos por un momento atención a las que hace poco se han insertado como “situaciones especiales” en el esquema tradicional de la IT y su concepto formal de la contingencia. Situaciones, se dicen nuevas, que “en cierto modo, ya estaban protegidas y en cuya regulación se mezclan técnicas de diversas contingencias”³⁰.

La LO 1/ 2023, de 28 de febrero, introduce tres supuestos de protección de la IT por contingencias comunes en el art.169 LGSS: “menstruación incapacitante secundaria” (dismenorreas); “interrupción del embarazo, voluntaria o no” y “gestación de la mujer trabajadora a partir de la 39ª semana de gestación”. Las dos primeras, se apunta, cubiertas desde hace tiempo por la seguridad social porque responden a patologías que “ya venían siendo reconocidas como situaciones ordinarias de IT, sin perjuicio de las numerosas deficiencias que se observan en su regulación jurídica³¹, por ejemplo, si estas situaciones son o no comprensivas de otras patologías asociadas a la misma, esto es, si es posible una interpretación amplia o por el contrario estricta; o si hubiera sido más coherente establecer una prestación diferenciada de la IT y en algún caso, como ocurre en la interrupción del embarazo, que evidencia claramente una alteración de la salud, se debería haber solventado la necesaria conexión con las prestaciones por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, porque cabe entender que las consecuencias patológicas de la interrupción serán protegidas por la IT y la recuperación física y mental quedarían en el marco de la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

En particular, por el posible efecto en el absentismo justificado desde una perspectiva de género, brevemente alguna consideración en torno a las dismenorreas o reglas doloras, a partir de la pregunta: ¿en todo caso hay necesidad de asistencia sanitaria para solventar esta alteración de la salud? Porque en muchas ocasiones pudiera no tener sentido la protección por IT en su configuración actual, previéndose otras medidas adaptativas del puesto de trabajo; como bien se ha indicado, “que la mujer tenga que cogerse baja médica algunos días del mes, todos o casi todos los meses del año, es una situación que, siendo realistas, es insostenible para muchísimas empresas y puede provocar su segregación del mundo laboral”³². ¿Siempre una enfermedad provoca esta situación? Porque el precepto legal no indica que las dismenorreas deban ser refractarias al tratamiento y que deba haber una pauta de tratamiento y seguimiento por facultativos especialistas en ginecología y obstetricia; sino, bien diferente, la “incapacidad” para su trabajo lo provoca muchas veces el dolor

30 TRILLO GARCÍA, ANDRÉS R.: “Configuración y desfiguración de la incapacidad temporal”, en MONE-REO J.L. Y MORENO, F. (Dtores): *Cuestiones actuales den materia de Seguridad Social*, Tomo I, Libro homenaje al Prof. Tortuero Plaza; Laborum, 2024, p.421 y ss.

31 RODRIGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad temporal y su enfoque de género”, en MONEREO J.L. Y MORENO, F. (Dtores.), op. cit., p. 456.

32 DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. Y ARMIJO SUÁREZ, M.: “La nueva regulación de la dismenorreas o reglas dolorosas”, Briefs AEDTSS, núm.15, 2023

(difícilmente objetivable y, según la norma, lo que es claramente deficiente, no revisable) y no siempre una enfermedad o una patología orgánica subyacente previamente diagnosticada. De modo, como bien se ha indicado, y si de alteración de la salud se trata, habría que haber especificado que esta menstruación “puede devenir de una patología secundaria diagnosticada o mientras se está en estudio”, sin perder de vista que el listado de las dolencias que pueden provocar la menstruación incapacitante que se ofrece en la Ley no es acertado³³ desde una perspectiva clínica.

El tercer supuesto consiste en imputar a la IT los episodios que afecten a la gestación cuando hubiera sido mucho más coherente su inclusión en la maternidad porque en aquella situación no existe una alteración de la salud que precise de asistencia sanitaria (y si existiera ya quedaría cubierta en la situación general de IT) e impida temporalmente desarrollar una actividad laboral.

Se critican los tres supuestos indicando, por un lado, su falta de coherencia con el esquema actual de la IT y, por otra, porque no todas estas situaciones generan una situación incapacitante. Y ello es obvio porque se intenta insertar estas “nuevas” situaciones en la configuración inmutable de IT. Expresado de otro modo, como no se ha reconfigurado la IT en el sentido que orienta este estudio, se ha entendido posible por el legislador el encaje no perfecto con la IT evitando cualquier inserción en otras contingencias, como puede ocurrir con los episodios que afecten a la gestación en la de maternidad, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia porque tal vez el coste de su regulación independiente, o dentro de la protección por nacimiento y cuidado del menor, hubiera generado un coste para la SS inasumible.

Y lo mismo ocurre en relación con la última situación especial de IT, la de donación de órganos o tejidos para su trasplante considerada legalmente como “situación especial de IT por contingencias comunes” (incorporada en el art.169 LGSS por la Ley 6/2024, de 20 de diciembre) en tanto que no hay una alteración de la salud derivada de enfermedad alguna que imposibilite de forma real y efectiva la prestación laboral sino que es consecuencia o bien de la preparación médica de la cirugía o por el ingreso hospitalario para la realización de esa preparación o la realización del trasplante hasta, se dice, ser dado de alta por curación. De modo que es la cirugía médica la que provoca la ausencia (lo que encajaría en una IT normal) y la propia preparación de la cirugía pasa a costearse por el empresario a través de un permiso retribuido (art.37.3 g ET).

Al margen de estos supuestos o, precisamente, por el diseño jurídico confuso en torno a la situación incapacitante material, por mucho que el legislador haya estable-

33 Se incluyen en la Exposición de Motivos de la Ley: “patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos o dificultades en la salida de la sangre menstrual de cualquier tipo”. Ampliamente DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. Y ARMIJO SUÁREZ, M., cit., que explican cómo el síndrome de ovarios poliquísticos no es causa de dismenorrea, que los pólipos se suelen operar y que no se recogen la hipermenorrea refractaria al tratamiento, que no siempre es dolorosa, y el síndrome disfórico premenstrual.

cido en torno a ellas una justificación formal, nos adentramos en la cuestión que se analiza a continuación.

2.2.2. La inexplicable ausencia de la lógica médico-funcional en la valoración del estado de salud

No es el momento de ocuparnos de la diferencia de protección entre los riesgos profesionales y los comunes, aunque no pueden obviarse los datos sobre la duración de los procesos de IT por unos y otros³⁴. Sí debemos plantear que la valoración médica deba incorporar necesariamente al diagnóstico clínico el médico legal o médico funcional, de modo que se especifique no solo si el estado de salud afecta a la capacidad laboral sino cómo, en qué medida, en qué grado o nivel, para establecer procedimientos médicos de adaptación del trabajo durante la ausencia por IT y ello en cualesquiera de los riesgos desde la perspectiva del Sistema de Seguridad Social. Como bien se ha explicado, se trate de riesgos profesionales o comunes en el origen de la IT, pueden también confluir diferentes causas atendiendo a las condiciones sociales, económicas y organizacionales a las que la persona trabajadora puede estar sometida, sin olvidar los factores que afectan individualmente a la persona y los propios de las empresas³⁵.

Solo una breve alusión a dos circunstancias que permiten justificar esa necesaria orientación médico-legal o funcional-organizacional.

En primer lugar, el dato constatado del aumento de los riesgos psicosociales (de los que puede derivar las que desde la perspectiva médica se califican como enfermedades o patologías mentales³⁶), entre ellos la violencia y acoso en el trabajo (sea moral, por razón de sexo u orientación sexual, acoso sexual) más aún cuando se ha ampliado el cuadro de los riesgos psicosociales, que pueden o no tener su vincula-

34 Se ha constatado que los procesos gestionados por las Mutuas presentan una duración menor a los gestionados por la sanidad pública. Y se indica, por ejemplo, que los procesos derivados de alteraciones traumatológicas de origen común tardan, de media, 26 días más en recuperarse que los que la padecen derivada de AT o enfermedad profesional. AMAT: *El absentismo laboral derivado de contingencias comunes 2023-2024*, p. 5.

35 GARCÍA VIÑA, J.: *El absentismo laboral y su gestión...*, cit., p. 122 y ss.

36 Según el INSSST, los trastornos mentales suponen la segunda causa de baja por IT en España, mostrando un crecimiento muy significativo los asociados al trabajo, tales como las bajas por síntomas emocionales, los diagnósticos por estrés grave y los trastornos de ansiedad. Puede consultarse <https://www.insst.es/noticias-insst/los-trastornos-mentales-suponen-la-segunda-cause-de-baja-por-incapacidad-temporal-en-espana>.

Según el IVIE si las algias (cervicalgias, lumbalgias, dorsalgias...) son la principal causa de jornadas laborales perdidas, las patologías relacionadas con la salud mental han desplazado a la traumatología como segunda causa de las jornadas perdidas. Las algias y los trastornos mentales concentran el 51,1% de los días de baja de los asalariados. Añadiendo que el fuerte crecimiento de la IT por diagnósticos relacionados con la salud mental es la principal causa para los trabajadores menores de 30 años y en el segundo entre los mayores de esa edad. Puede consultarse en https://www.ivie.es/es_ES/los-dias-de-baja-por-salud-mental-aumentan-un-88-desde-2018-y-ya-son-la-segunda-cause-de-absentismo-laboral-por-it-por-detras-de-las-algias/?utm_source=google&utm_medium=organic

ción directa con la prestación laboral y que en muchos casos pudieran ser de difícil objetivación lo que, es evidente, genera un problema para el adecuado diagnóstico, tratamiento, gestión y control por parte del sistema sanitario.

En segundo lugar, el dato respecto de las que cabe definir como enfermedades de larga duración, no tanto atendiendo a la extensión temporal del proceso incapacitante (elemento externo) como a la gravedad de la enfermedad (elemento intrínseco), que puede requerir una hospitalización inicial más o menos prolongada y después un tratamiento médico continuado del que pudiera derivar una moderación paulatina de la sintomatología. Como puede ocurrir con el cáncer, tal y como cabe apreciar por las asociaciones nacionales, sea la de nuestro país o de otros, como EEUU³⁷, aunque, es cierto, si bien en la mayoría de las ocasiones el cáncer no implica una pérdida de capacidad productiva, también se aprecia que es necesaria la adaptación laboral atendiendo a los requerimientos médicos y funcionales, interdisciplinares, con intervención de especialistas en salud laboral y en oncología médica³⁸, sin perjuicio, por supuesto, de que inmediatamente se plantee cuál sería el coste de estas medidas adaptativas laborales y quién debería asumirlo. Cuestión a la que prestamos atención en apartados siguientes.

De ahí que los avances en la asistencia sanitaria y en los tratamientos rehabilitadores (éstos inexistentes en el contexto del origen de este elemento definitorio en la LAT de 1900), tal y como ha avanzado ya desde hace años estudios de medicina legal, y las diferentes situaciones que cupiera en la realidad existir en torno a determinadas enfermedades, degenerativas progresivas, enfermedades psicosociales, enfermedades graves largas o incluso en las musculoesqueléticas, y los buenos servicios de prevención permiten concluir que la valoración y acompañamiento médicos para diseñar planes de adaptación y regreso progresivo al trabajo pueden aplicarse y resultarán útiles bajo el principio de intervención terapéutica precoz con la finalidad, además, de lograr la calidad de vida de la persona trabajadora. Y es en este contexto en el que hay que valorar la actual propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a los agentes sociales en relación con planes de recuperación orientados a las enfermedades que tengan su origen en procesos oncológicos, isquémicos cardíacos o accidentes cardio vasculares o traumatológicos graves, incluidas situaciones post-trasplante. Que, a la vista de los estudios médicos legales

37 En EEUU, puede consultarse American Cancer Society, *Trabajar mientras se está en tratamiento contra el cáncer*, <https://www.cancer.org/es/cancer/supervivencia/bienestar-durante-el-tratamiento/trabajar-mientras-se-esta-en-tratamiento-contra-el-cancer.html>.

En nuestro país, puede consultarse INFOCOP, Consejo General de la Psicología de España, que aboga por programas integrados y multidisciplinarios que, con apoyo en numerosos estudios científicos, requieren de un enfoque centrado en la persona en relación con los varios factores que pueden facilitar la vuelta al trabajo, <https://www.infocop.es/como-gestionar-el-cancer-en-el-ambito-laboral-2/>

38 Véase, al respecto, el Documento del Grupo de Trabajo de la Asociación de Medicina de trabajo (AEEMT), sep.2021 "Cáncer y trabajo", puede consultarse en <https://www.aeemt.org/web/2021/09/12/documento-cancer-y-trabajo/>

de hace años, a los que de nuevo se alude en la actualidad por nuestra doctrina³⁹, parece inspirarse como modelo, aunque muy limitadamente, en el RD 1148/2011, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁴⁰, que, cabe advertir, en su reforma de 2023, introduce la posibilidad de intervención de los facultativos de los servicios médicos privados. Propuesta que, como se verá, implícitamente conecta claramente con la reconfiguración de la contingencia y debe valorarse positivamente pese a que pueda considerarse poco ambiciosa, en particular, porque parece dejar al margen las enfermedades mentales o patologías relacionadas con la salud mental (cuando, como se indicó, han desplazado a las traumatológicas como segunda causa de las jornadas perdidas). Y, como se analizará en infra apartado relativo a la temporalidad de la prestación, cabría extender cuando menos a los procesos de IT de media o larga duración cualquiera que fuera el tipo de dolencia o lesión. Tal vez la necesidad de establecer un procedimiento reglado, técnica y económicamente viable y objetivado haga en estos momentos que la propuesta para este plan de acompañamiento o recuperación laboral de las personas trabajadoras con enfermedades graves e intrínsecamente largas sea o deba ser el primer paso.

Una breve reflexión. El especialista clínico y el médico-legal no conocen ni les compete diferenciar riesgos y, por tanto, su valoración debe orientarse a la consecución del principio de consideración conjunta de las contingencias superando la causa o vinculación de la enfermedad y el accidente con ocasión o como consecuencia del trabajo concreto desarrollado por la persona trabajadora, primando la consecuencia, esto es, la valoración que haya de hacerse en relación con la capacidad laboral y la actividad o profesión habitual. De modo que corresponderá a los médicos especialistas en medicina legal determinar el nivel o intensidad de la alteración de la salud también en su dimensión funcional⁴¹ y requerirá, tal como exponemos en el apartado siguiente, estimar si la afectación de la alteración de la salud en la capacidad laboral ha de ser real y efectiva o también cabría encajar la afectación potencial, y si así fuera, la necesidad de que el servicio público de salud actuara con una lógica preventiva-reparadora. Sin perjuicio, por supuesto, de que

39 CRESPI FERRIOL, M.: "Incapacidad temporal y planes de retorno: una reforma necesaria", *Revista Trabajo y Derecho*, n.73, 2021, pp.1 y 11/24.

40 Este RD, modificado en 2023 por el RD 677/2023, de 18 de julio, dice que "tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo". Anexo que, modificado por Orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones 103/2019, de 6 de febrero incluye hasta 17 especialidades, con un total de 117 enfermedades, entre ellas las que se enmarcan en la psiquiatría, con la descripción amplísima de "cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio".

41 Cabe referir que el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en el boletín de noticias 11/2025 del Sistema RED recuerda que es obligado comunicar al INSS el *puesto de trabajo y la descripción de funciones* indicando que "resulta esencial o imprescindible esa información para la adecuada valoración médica de los procesos de IT y para un reconocimiento médico más adecuado sobre el mantenimiento o el alta médica del proceso de IT".

aquellos, los riesgos laborales sean protegidos por el sector preventivo del ordenamiento jurídico, y desde la lógica del incumplimiento en su caso por parte del empresario de las obligaciones de vigilancia y protección de la seguridad y salud laborales.

2.2.3. Replanteamiento del binomio alteración de la salud-capacidad laboral

Hace ya quince años, el Gobierno elaboró un documento que sirviera de base a los trabajos de la Comisión Parlamentaria para la Revisión del Pacto de Toledo de 2010. En ese documento se decía:

Es preciso reflexionar sobre cómo incentivar el cambio de puesto de trabajo ante dificultades adaptativas que están detrás de muchas de las bajas de mayor duración. La incapacidad parcial puede ser una estrategia, especialmente en los procesos psicosociales (en los que es necesario asociar en el diagnóstico y en el tratamiento a los profesionales de la psicología), que ayude a disminuir la prolongación de los procesos y a eliminar las frecuentes recidivas, aunque siempre ha sido contemplada con desconfianza entre los gestores del sistema por la posibilidad de que abriera puertas a nuevos usos indebidos, y en este sentido debería abordarse sometida a controles concretos.

Lo que ya se planteaba entonces en torno a las bajas de larga duración, con mención especial a las psicosociales, no era otra cosa que la idea, constatada entonces y en los años posteriores, que cuanto más se alargue la IT menores posibilidades hay de reincorporación laboral. De modo que una IT Parcial modulable y compatible con el trabajo, esto es, una IT reconfigurada atendiendo a las múltiples variables del binomio alteración de la salud-capacidad laboral, fuera el objetivo final de la reforma legal propuesta.

Estas orientaciones no se traspasaron finalmente al Informe de Revisión de Pacto de Toledo publicado en 2011. Y desde entonces, no ha existido propuesta y menos la adopción de medida legislativa alguna respecto de la "IT Parcial", a la que más ampliamente podría denominarse IT adaptativa o IT funcional, aunque inicialmente se pensara como primer paso en su configuración en las bajas de mayor duración y especialmente en los procesos psicosociales con la finalidad de acortar procesos y eliminar frecuentes recaídas (no recidivas). Sencillamente, porque no se ha modificado el concepto legal primigenio de la contingencia, o mejor expresado, el elemento que refiere a la afectación al trabajo y menos aún en relación con la necesidad de tutelar o proteger la salud en los casos en que dejan de prestarse servicios por motivos relacionados con su alteración.

Vayamos por partes. En primer lugar, la afectación al trabajo recordando la configuración legal de la contingencia de Seguridad Social, en la que cabe apreciar dos elementos, uno el relacionado con el objeto de afectación, la capacidad de trabajo o capacidad laboral. Otro, relacionado con el grado de afectación (intensidad)

a. Capacidad laboral y trabajo habitual

Para medir la intensidad de la afectación se requiere previamente determinar qué haya de entenderse por capacidad de trabajo-capacidad de ganancia derivada del mismo a estos efectos. ¿A qué refiere la capacidad laboral y qué elementos giran en torno a su determinación que se proyecten en la afectación de la alteración de la salud?

La expresión que utiliza en algunas ocasiones el legislador, como por ejemplo en el RD 625/2014, art. 2º.2⁴², (que refiere a la capacidad del trabajador para realizar su trabajo), no se define. Habría, por tanto, que identificarla, desde una perspectiva subjetiva, con la aptitud profesional para desempeñar las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, en el sentido de que ha de referirse al “complejo de requisitos de orden psíquico, intelectual y cualitativos, y físicos que representan la condición en base a la cual un individuo es materialmente capaz de cumplir un determinado trabajo”⁴³.

Esa capacidad laboral se ha de proyectar sobre el trabajo, sobre el trabajo concreto o específico que desarrolla el trabajador en el momento de la valoración de su alteración de la salud. El legislador de seguridad social refiere en algún precepto (por ejemplo, art.2º.2 RD 625/2014, art.174.1 LGSS) al “trabajo habitual”. Expresión que, desde una perspectiva objetiva, podría entenderse como el conjunto de cometidos concretos, tareas o funciones que describen el puesto de trabajo que tenga asignado la persona trabajadora. Recuerda el término al que utiliza la norma de Seguridad Social para diferenciar los grados de la Incapacidad Permanente, la Parcial y la Total, atendiendo a todas o a las fundamentales tareas de su trabajo habitual, a la influencia de la alteración de la salud en el rendimiento cuantitativo o cualitativo y, en fin, a si esas tareas se pueden o no realizar con un mínimo de seguridad o eficacia. Y debería comprender también, en un sentido más amplio, la valoración de si se puede realizar otras tareas habituales, aunque no fueran las fundamentales de su actividad.

La duda al respecto es si habría también que introducir un elemento externo funcional para definir el trabajo habitual, esto es, el haz de condiciones en que se desarrolla el trabajo atendiendo, entre otras variables, al tiempo, lugar, modo (presencialidad, desplazamientos...). Porque, precisamente, en relación con esta vertiente juega la definición de lo que sea el trabajo específico que desarrollaba el trabajador en el momento en que se produce la lesión y, como cabe apreciar, ofrecería una vertiente muy limitada a la perspectiva de este estudio sobre la contingencia, esto es, orientada al trabajo. Se trata, en definitiva, de valorar si esas otras circunstancias determi-

42 De 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración. Dispone el citado precepto que “todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal 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”.

43 TORTUERO PLAZA, J.L.: “Elementos conceptuales de la IT y derecho de protección”, en TORTUERO PLAZA, J.L. y MORENO ROMERO, F.: *La incapacidad temporal en España y Brasil*, Edit.Comares, 2018, p. 8.

narían también lo que es trabajo habitual a estos efectos; de modo que no puedan cambiarse esas condiciones de tiempo, lugar, modo o forma de trabajar. Es evidente la consecuencia cuando hubiera que contestar a la pregunta de si pudiendo realizar las tareas fundamentales de su trabajo, no puede trasladarse físicamente al centro de trabajo ¿el teletrabajo no podría ser posible para mitigar los efectos incapacitantes del trabajo?

Se trataría de conjugar dos perspectivas que, pese a lo indicado por el legislador para la Incapacidad Permanente (IP) contributiva (art.194.2 LGSS.), no se han puesto en práctica, a saber, la objetivación máxima para completarla, solo de forma complementaria y limitada, con una más individualizada. Como se sabe, la previsión en la norma legal de un desarrollo reglamentario que tuviera en cuenta la incidencia de la alteración de la salud en la capacidad laboral y en el desarrollo de la actividad que ejercía el interesado en relación con el *grupo profesional* de éste nunca, hasta la fecha, se ha producido. Lo que permitiría un menor margen discrecional para el facultativo y evitaría que el sistema siga siendo altamente individualizado y genérico con gran casuismo interpretativo derivado de las características y circunstancias personales del trabajador afectado⁴⁴.

Si conjugamos capacidad laboral y su relación con trabajo habitual e introducimos un elemento externo funcional pudiera ser que el trabajador, a consecuencia de la enfermedad, no pudiera llevar a cabo las tareas fundamentales del concreto puesto que desarrollaba en ese momento pero sí pudiera realizar otras tareas para las que está capacitado y que se encuadren en su mismo grupo profesional (lo que actuaría, razonablemente, como límite en la valoración). Si así fuera, habría que admitir sin cortapisa alguna que en estos casos se pudiera compatibilizar la prestación económica de IT con el trabajo durante la percepción del subsidio.

Lo que inevitablemente abogaría a abandonar la concepción tradicional y más restrictiva de la afectación de la alteración de la salud en relación con la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión o trabajo habitual de la persona trabajadora con base en una lógica objetiva-subjetiva y funcional en relación con el trabajo específico. Lo que requerirá de un informe médico del facultativo que pueda valorar la merma, insuficiencia, limitación de la capacidad, habilidades y aptitudes concretas atendiendo a las diferentes funciones que se incluyen en la actividad con la finalidad de determinar las posibilidades de trabajo que tuviera la persona trabajadora para, en su caso y con las necesarias adaptaciones o ajustes razonables, poder continuar con el trabajo que venía desarrollando siempre que no se perjudicara la recuperación plena de la capacidad. Compatibilidad entonces que habría referirla de modo amplio tanto a la posibilidad de que pudiera seguir desarrollando el trabajo adaptado en la misma empresa o que pudiera compatibilizar la IT con otros trabajos que estuviera

44 En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias" en VVAA: *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Edit. Bomarzo, 2010, p.165.

desarrollando fuera de aquella. El criterio individualizante en torno a la capacidad laboral del trabajador y a las funciones específicas dentro del grupo profesional permitiría valorar si pudiera mantener su capacidad productiva y de ganancia asociada a otro trabajo u otros puestos de trabajo, compatibles con su capacidad laboral y distintos del habitual una vez transcurrido el menor plazo posible desde el reconocimiento de una Incapacidad Temporal (plazo que deberá determinar el legislador y que no debería exceder de 30 días) atendiendo al carácter dinámico de la temporalidad de la prestación económica.

No se desconoce la orientación o concepción tradicional y restrictiva que mantuvo hace años la doctrina científica y la judicial entre la alteración de la salud y el efecto incapacitante como tampoco que desde hace tiempo se viene indicando que esa relación o conexión debiera ver disminuida su rigidez, aunque es cierto, solo se proponía una flexibilidad limitada⁴⁵. Y, precisamente, esa orientación inicial o revisitada, pero en todo caso, restrictiva también requiere de un planteamiento más decidido insertando mayores dosis de flexibilidad siempre que la recuperación clínico-funcional del trabajador no se viera perjudicada para articular una IT flexible en el sentido razonablemente más amplio. Lo que exigirá una definición lo más objetiva posible de capacidad laboral, de las medidas para su restablecimiento y de las necesarias adaptaciones que hubiera que acometer para que la IT recobre su finalidad u orientación hacia el empleo y el trabajo, hacia su retorno y la posibilidad de compatibilidad laboral. Y habrá que determinar de forma precisa y objetivable, no solo si el trabajador puede llevar a cabo las tareas fundamentales de su trabajo, sino si puede realizar las fundamentales de otro puesto de trabajo o, incluso, si puede desarrollar algunas de su puesto, aunque no sean fundamentales. Sin olvidar, por cierto, las diferentes condiciones de trabajo o, incluso, las diferentes formas de trabajo, como el teletrabajo. De este modo, la valoración de la capacidad laboral y del trabajo habitual debería ser específica con dosis de flexibilidad que pudiera justificar una IT funcional.

Para cerrar la reflexión en torno a la graduación de la gravedad de la lesión o alteración de la salud, hay que referirse al nivel de afectación de la capacidad laboral que abre la puerta a la prestación económica de IT.

b. Intensidad de la afectación. De la afectación absoluta a la relativa

Por lo que refiere a la intensidad de la afectación de la alteración de la salud en la capacidad productiva o de ganancia, la *imposibilidad absoluta* para *todo* tipo de trabajo la caracteriza desde la LAT 1900, cuyo artículo 4º hablaba de "incapacidad

45 TORTUERO PLAZA, J.L.: "Elementos conceptuales de la IT", VVAA: *Estudios sobre Seguridad Social...*, cit., p. 858, donde se advertía que "la referencia a la actividad concreta en relación con el efecto incapacitante debe alcanzar no solo al conjunto de obligaciones a ella inherentes, sino a la forma y a los medios necesarios para llevarse a cabo". Poniendo como ejemplo el supuesto en que la lesión impida el desplazamiento, realizar movimientos o permanecer en una cierta postura o bien permanecer en un espacio o ámbito determinado.

absoluta temporal”. Expresión que, desaparecida posteriormente en las normas de LGSS, se cambia por la de “impedimento para el trabajo” (base 7ª de la LBSS de 1963) como elemento conceptual inalterado hasta el momento y, pese a las sucesivas incorporaciones de situaciones asimiladas, más aún respecto de las últimas, se ha mantenido por la doctrina y por la jurisprudencia, hablando recurrentemente de “imposibilidad o inhabilitación laboral”, lo que, evidentemente, se proyecta en la absoluta incompatibilidad con el trabajo y, atendiendo a la orientación laboral de la IT, ha incidido en la consideración de causa de transgresión de la buena fe contractual el trabajo o realización de actividades laborales o profesionales durante la IT, aunque no haya una prohibición general de trabajar y, por tanto, la interpretación sea flexible, advirtiéndose de una doctrina judicial razonable en torno a la admisión o no de trabajo durante la situación de IT, tal y como se analiza detenidamente en el capítulo correspondiente de este número monográfico, al que remitimos.

Hasta ahora el legislador no ha previsto grados o niveles a modo de lo que acontece con la IP; cuando, el todo o nada, o sencillamente como se dijo, la concepción de la salud como una “variable binaria”⁴⁶ no responde a la realidad médico-funcional porque, como hace tiempo se constató, había (y hay) un amplio conjunto de afecciones en las cuales no es sencillo calibrar la intensidad con que la capacidad de trabajo se ve o no se verá afectada⁴⁷. De modo que la ausencia de grados o niveles de afectación de la alteración de la salud en la capacidad laboral incide en un amplísimo margen de discrecionalidad en el facultativo para determinar la existencia y efectos de la alteración de la salud, de la enfermedad o de la lesión, cuando no se dispone por aquél de un criterio objetivo funcional en la valoración para determinar no solo si aquella capacidad queda alterada sino cómo y en qué medida.

En este sentido, la actual LGSS mantiene hasta ahora la única y posible afectación para que sea IT, la absoluta, aunque se constata que la exigencia legal [art.169.1.a) LGSS] de que el trabajador “esté impedido para el trabajo” (lo que cabe entender que encierra una incompatibilidad absoluta respecto de cualquier tipo de trabajo) no se armoniza con lo dispuesto en el actual RD 625/2014, de 18 de julio, que refiere, como decíamos supra, a la incapacidad para la “profesión habitual” (art.2º.2) . En el mismo sentido, el art.174.1 LGSS contempla como causa de extinción de la prestación la curación o *mejoría* que permita al trabajador *realizar su trabajo habitual*. Pero posteriormente, el art. 175 LGSS dispone que el trabajo por cuenta propia o ajena (con independencia por tanto si refiere al trabajo habitual o a otro) es causa de denegación, anulación o suspensión de la prestación; por lo que, parece, hay una previsión legal primera de que no es posible compatibilizar la prestación de IT con cualquier otro trabajo; después se vincula específicamente “su” trabajo habitual. Para de, nuevo, volver a una incompatibilidad referida genéricamente a otro trabajo. Sin olvidar,

46 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “Las prestaciones de incapacidad temporal...”, cit., p. 52.

47 GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal”, en VVAA: *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, p.2.

lo que ya es realmente incomprensible y difícilmente entendible, que se permita por la jurisprudencia compatibilizar el subsidio con el ejercicio de otra profesión iniciada con anterioridad y la doctrina judicial admita que puede realizar actividad durante la IT. De modo que la cuestión es obvia: ¿qué lógica hay en admitir una, cuando había otra actividad al iniciarse la IT, y no admitir la otra cuando la actividad se inicie con posterioridad? Y aunque se intente justificar tanto una, la compatibilidad, como la otra, la incompatibilidad y ésta identificándola como medida cuya finalidad es prevenir el fraude⁴⁸, no cabe olvidar que ya hace tiempo, también con orientación finalista⁴⁹, y de conformidad con lo dispuesto en el art.2.º.2 del RD 625/2014, al que aludíamos más arriba, podría entenderse que, implícitamente, el legislador está asumiendo que una misma dolencia puede generar el acceso a la prestación para una persona pero no para otra en atención a sus ocupaciones en un momento dado. Interpretación que, a nuestro juicio, puede seguir manteniéndose mientras no se modifique el esquema legal actual y, lo más importante, se pueda utilizar razonadamente como justificación de la reconstrucción del concepto de IT. Sin perjuicio de lo que después se dirá, es momento de decidir si trabajar durante la IT es prueba de que no existe impedimento laboral absoluto y se reconfigura la prestación en torno a la capacidad real productiva, incentivando el trabajo siempre desde la recuperación del estado de salud.

Sabemos que este elemento, incapacidad absoluta para trabajar, ha generado importantes cuestiones en torno a si es posible o no compatibilizar la convalecencia, durante el tratamiento médico, con el trabajo o actividad laboral del trabajador y, si así fuera, cómo y cuándo fuera posible sustituir las ausencias laborales totales por el “trabajo adaptado” o mantener ambos, prestación y trabajo, durante un tiempo, atendiendo así a la parcialidad de ambas situaciones. Revisitando las opiniones doctrinales, las de hace unos años y posteriores, no hay una unánime en torno a la concepción absoluta o relativa de la IT y no se oculta la dificultad de llevar a cabo un replanteamiento en un sistema arraigado y tradicional en nuestro ordenamiento jurídico sobre la configuración jurídica de la IT aunque ya en el documento de estudio sobre la reforma del Pacto de Toledo a que hicimos referencia se hiciera mención a la IT *Parcial* con fundamento y finalidad de mejora de la salud. Sin olvidar que durante aquellos años (anteriores/posteriores) se afrontaba también el análisis desde la realidad de otros ordenamientos jurídicos europeos, que se recuerda en estudios más actuales o incluso en un contexto más amplio en relación con los países de la OCDE⁵⁰; aunque, como bien cabe advertir, y partiendo del dato inicial de que la pro-

48 Esta explicación en ROMERO RÓDENAS, M^a. J.: *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Edit. Bomarzo, 2019, p.74 y ss., reiterando la citada tantas veces STS de 19 de febrero de 2022 (Rec.2127/2001), confirmada posteriormente y acogida por la doctrina judicial.

49 Lo retoma NIETO ROJAS, P.: “La incompatibilidad entre el trabajo y la incapacidad temporal. Una necesaria reelectura”, en VVAA: *Incapacidades laborales y de Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Edit.Laborum, 2017, p. 252.

50 Puede consultarse JAEHOON LEE, JINWOO LEE, SANG BAEK KOH, “The status and implications of paid sick leave and sickness benefits in OECD countries”, *Annals of Occupational and Environmental Medicine*, 2025, pp.37 y ss; en <https://aoemj.org/journal/view.php?number=1530>

tección económica a través de esta contingencia es una medida común a todos los Estados analizados, es difícil trasladar experiencias de sistemas que difieren entre sí y del nuestro y pudiera no resultar muy útil comparar aspectos parciales sin visión del conjunto y del contexto específico de cada país⁵¹. Aun así, desde la perspectiva de análisis, se hacía hincapié en la necesidad de estudio y debate en profundidad de la posibilidad de realizar trabajos compatibles con la situación del incapacitado temporal fuera de quien fuera la iniciativa, del propio trabajador o de la entidad aseguradora, exigiendo entonces una respuesta adaptativa del sistema productiva con la finalidad de recuperación

c. Afectación relativa y situaciones protegidas

Esa flexibilidad requiere de una configuración nueva de la IT, que debería sencillamente denominarse *prestación económica por enfermedad o accidente*, definida con base en los elementos básicos de alteración de la salud que afecta a la capacidad laboral y al trabajo habitual específicos del trabajador, exigiendo una valoración de los facultativos con criterios médico-funcionales que permita establecer el nivel de afectación en el supuesto concreto, desde la absoluta (incapacidad o imposibilidad de realizar cualquier actividad) hasta la relativa o parcial. Advirtiendo que el nivel o grado de afectación fijará la transitoriedad del proceso y la ordenación legal de la prestación en todas sus dimensiones, especialmente, en la temporal y la cuantitativa.

De ahí la propuesta de un nuevo modelo legal de implantación progresiva con reconfiguración tanto de la contingencia como de la prestación económica asociada a la misma, distinguiendo entre una modalidad general u ordinaria, vinculada a la afectación absoluta incapacitante; y las que quedarían comprendidas bajo la expresión IT flexible o funcional bajo el prisma de compatibilidad o superposición de la prestación y el trabajo cuando solo hay una afectación relativa de la alteración de la salud⁵² durante la duración máxima de la prestación económica.

Estas propuestas, de una forma u otra, no son nuevas. Baste recordar como, a partir del Informe del Gobierno para la Renovación del Pacto de Toledo, la doctrina se ha ocupado de esta cuestión desde entonces, proponiendo medidas razonables y meditadas, con visión holística del problema. Que han sido revisitadas posteriormente y que, de nuevo, a partir de la propuesta 2024-2025 del Ministerio a los agentes sociales, ha aflorado un debate que, a nuestro juicio, está influido más por el posicionamiento político y menos apegado a la realidad y perspectiva técnico-jurídica en

51 LLORENTE ÁLVAREZ, A.: "La prestación de Incapacidad Temporal en los Estados de nuestro entorno", en TORTUERO PLAZA, J.L. y MORENO ROMERO, F. (Dtores): *La Incapacidad Temporal en España y Brasil*, 2017, p.92 y ss.

52 Ya no es, sin duda, como se decía hace no tanto tiempo, una posición minoritaria al respecto. Por el contrario, y en nuestra opinión, lo es aquella que no comparte la opción a favor de la compatibilidad, no acepta las argumentaciones (algunas de las que se expresan reiteradamente en este trabajo) pero no justifica la contraria. Véase ROMERO RÓDENAS, M^a J.: *La compatibilidad del trabajo...*, cit., p.79

torno a la IT y su finalidad orientada al trabajo, a su mantenimiento y, en su caso, a su retorno rápido.

El planteamiento del Ministerio en torno a la que se dice flexibilidad de la IT se circunscribe a dos medidas 1) compatibilidad de la prestación económica con el trabajo en situaciones de pluriempleo y pluriactividad; 2) reincorporación paulatina y voluntaria de los trabajadores en caso de IT por enfermedades de larga duración o de especial gravedad cuando su estado de salud lo permita, que no es exactamente una IT flexible. Sin que, por otro lado, nada se indique o se plantee respecto de la modalidad general de IT cuando, es fácil comprender, las medidas de flexibilidad que se implantaran necesitarán de un recorrido más o menos para ver su efectividad concreta y, mientras tanto, la protagonista seguirá siendo la IT absoluta con todos los problemas detectados a lo largo de este estudio en relación con el absentismo justificado.

La propuesta que desde la reconfiguración de la prestación económica planteemos en este trabajo exigiría materializar progresivamente en nuestro ordenamiento jurídico una IT flexible o funcional en la que deberán encajarse las siguientes situaciones:

1. Las situaciones en las que es posible compatibilizar la prestación con el trabajo cuando la alteración de la salud no impide absoluta y totalmente la prestación de servicios.

Compatibilidad que habría que articularla desde una parcialidad temporal, y subsidiariamente, funcional porque quedará condicionada en ocasiones no solo a la reducción del tiempo de trabajo (concepto más apegado a la laboralidad, TTP), sino a la adaptación del puesto o de las condiciones de trabajo, o en fin, de las diferentes formas de trabajo, entre ellas, el teletrabajo, atendiendo al concepto de capacidad laboral/trabajo habitual propuesto en este estudio desde la perspectiva del nivel o graduación de la afectación de la lesión o de la enfermedad (concepto más apegado al Sistema de Seguridad Social). Si desde el momento inicial del proceso se aprecia que no hay una incapacidad absoluta se evitaría seguramente una prolongación excesiva de la prestación. Si hay necesidad de la prestación económica porque la alteración de la salud afecta a la capacidad de trabajo aunque sea relativa, el trabajador sabe desde el comienzo que solo se le reconocerá una prestación económica que podría quedar reducida inversamente proporcional a la capacidad productiva o de ganancia que se mantiene.

En primer lugar, la relatividad de la afectación podría deberse a una compatibilidad externa⁵³, esto es, a la circunstancia de que el trabajador estuviera realizando simultáneamente dos actividades (pluriactividad y pluriempleo), una que queda afectada y la otra no por la alteración de la salud y siempre que la recuperación del trabajador

53 Aceptada por el TS y por la doctrina judicial, y ésta admitiéndola en supuestos de pluriempleo y de pluriactividad. Ver últimamente, CRESPI FERRIOL, M.: "La incapacidad temporal parcial o flexible...", cit.p.7/24 y ss. También detenidamente en su estudio *Incapacidad Temporal y absentismo laboral...*, p.245 y ss.

no se viera perjudicada. Bastaría con modificar el art.175 LGSS expresando que no es causa de denegación o suspensión la realización de estos otros trabajos y previendo reglas en torno a la configuración cuantitativa de la prestación en estos casos (como pudiera ser el cálculo de la base reguladora), con la duda de si en todos los supuestos de superposición de la prestación con otros trabajos en otras empresas hubiera que aplicar solo un devengo proporcional de la prestación económica cuando el salario recibido en la actividad compatible no sufrirá reducción alguna. Lo que quiere decir, desde una perspectiva dogmática, que habría que dilucidar previamente si también en este caso hubiera que reconstruir la valoración médica funcional e insertarla en la construcción conceptual de la IT y, en consecuencia, aplicar a este supuesto las reglas que se previeran en torno a la compatibilidad o parcialidad interna. Con los efectos que ello conllevaría desde la perspectiva de análisis; si solo se modificaran las reglas desde la compatibilidad externa, la reordenación legal se orientaría a una mejora de la regulación de la IT, necesaria para evitar situaciones evidentes de inseguridad jurídica, pero solo eso. Por el contrario si se articulara desde la compatibilidad interna, seguramente incidiría en una menor duración del absentismo justificado porque la concepción de IT parcial en sentido estricto conllevaría la reducción de la prestación. Esta modificación es la que se propone ahora por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, parece abogando por una situación de IT parcial-funcional (reducción proporcional de la prestación durante el tiempo que ésta dure en un escalado que habrá que determinar); compartimos la afirmación de que es necesaria pero “insuficiente para contener el crecimiento de la incapacidad temporal”⁵⁴, porque son situaciones que estadísticamente se demuestra que son escasas o residuales , pero es evidente que la propuesta evitará la inseguridad jurídica porque el INSS ha seguido aplicando criterios restrictivos en torno a esa situación.

2. Situaciones de compatibilidad interna, esto es cuando hay una única actividad laboral que se ve alterada solo de forma relativa por el problema de salud.

Compartiendo que el elemento de la relatividad de la situación en la capacidad laboral y en el trabajo habitual se fundamenta en los estudios médicos-legales que desaconsejan la prohibición absoluta de trabajar durante la IT cuando no hay perjuicio para la curación y contribuye a la recuperación o la rehabilitación del trabajador, tal vez las diferentes situaciones que pudieran preverse en torno a la IT flexible y funcional requieran de un planteamiento diferenciado. El enfoque principal o prioritario (reconfiguradas tanto la situación de necesidad como la contingencia) es, como bien se ha expresado, “aprovechar las capacidades laborales que retiene o va recuperando el trabajador, en lugar de centrarse en su incapacidad para desarrollar ciertas tareas”⁵⁵. Y, por tanto, es inevitable, a nuestro juicio, una visión pragmática y realista en su puesta en práctica paulatina, más allá de las experiencias constatadas de otros países que se han analizado por nuestra doctrina, que sopesen tanto los aspectos po-

54 CRESPI FERRIOL, M.: “La incapacidad temporal parcial o flexible...”, cit., p.9/24

55 CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal...*, cit., p.253

sitivos (mantenimiento y retorno al trabajo) como los menos positivos (piénsese en un uso indebido, la complejidad del modelo o nuevo sistema o las dificultades organizativas en las empresas con un nuevo coste añadido) y logre la simultánea aplicación de los mecanismos necesarios para el seguimiento y control de las bajas médicas, en los términos propuestos en otro estudio de este monográfico, al que remitimos.

En este sentido, y no cabe obviarlo, no es lo mismo que la valoración médica de la necesidad de asistencia sanitaria considere que es suficiente la compatibilidad de la situación de IT con una reducción del tiempo de trabajo en la actividad que estuviere realizando el trabajador (lo que definiría, en sentido estricto, una IT Parcial desde el enfoque laboral) o que, desde la perspectiva médico-funcional, se propusiera modificar la forma de prestación de servicios, trasladando la presencialidad al teletrabajo si se ajusta al trabajo habitual realizado o con implementación de planes de movilidad adaptados⁵⁶; o, bien diferente, que hubiera que articular un proceso o procedimiento de retorno adaptado con importantes ajustes razonables que exigiera protocolos médicos-legales objetivos que pudieran fijar determinados grados de afectación del trabajo (mínimo, medio o máximo) en unas franjas temporales determinadas, atendiendo a la duración de la alteración de la salud. Y ello, conectado con la razón o causa que fundamentara la compatibilidad, si fuera en un principio necesario atender al criterio de la gravedad de las enfermedades (listando, entonces, las que hubiera que considerarse tales a estos efectos) para en un segundo estadio incluir aquellas situaciones que, según los datos constatados, son las principales causas de ausencia en las jornadas laborales; y concluir con IT Parcial generalizada cuando la valoración médica funcional pueda determinar, cualquiera que fuera la enfermedad y la duración del proceso, los grados o niveles de afectación a la capacidad laboral en unas franjas determinadas para medir la parcialidad de la jornada.

a) En relación con la gravedad de las enfermedades, ya planteamos en páginas anteriores que la propuesta conocida del Ministerio es poco ambiciosa, añadiendo ahora que es deficiente, porque se articula en torno a un doble criterio, gravedad de la enfermedad y transitoriedad limitada de ésta atendiendo a la duración transcurrida del proceso inicial de IT absoluta (se dice, 180 días). Ya dijimos que la lista propuesta de enfermedades debería ampliarse. Si ahora nos referimos al régimen propuesto de IT flexible-funcional, es evidente que, bajo el principio médico de intervención precoz, deben articularse los planes de recuperación necesarios que permitan incorporar laboralmente al trabajador cuando está percibiendo la prestación económica derivada de esta contingencia; iniciándose en el momento óptimo que decidan el facultativo/ los facultativos, sin quedar condicionada su puesta en práctica al transcurso de un período mínimo de consumo de IT absoluta y completa y sin que el legislador haya de fijar una fecha de finalización porque coincidiría con la de la temporalidad de la prestación en su período máximo hasta el alta médica con propuesta de IP.

56 Referencia actual obligada es la Ley 9/2025, de 3 de diciembre, que exige al empresario negociar protocolos de movilidad sostenible (nuevo art.85 ET).

La propuesta del Ministerio para estas enfermedades no contempla las múltiples posibilidades de medidas de adaptación de la actividad laboral que pudieran articularse atendiendo al binomio alteración de la salud-capacidad laboral en los términos analizados supra apartado 2.2.3. Tampoco se menciona un contenido mínimo ni las reglas básicas a aplicar en cada caso para conseguir el retorno gradual del trabajador a su actividad laboral. Son muchas las situaciones que pudieran justificar un plan de recuperación individualizado y, en consecuencia, la IT adaptativa y funcional debería incorporar todas las medidas de ajustes razonable que se considerara necesarias.

Como cabe apreciar, esta situación es compleja en muchos aspectos porque junto a la valoración específica de la capacidad laboral y del trabajo habitual habría que incorporar, en un sentido más amplio, los demás condicionantes laborales, tal y como ocurre en algunos países que han introducido estos procesos de retorno, aplicables cualquiera que fuera la duración o transitoriedad de la alteración de la salud y la temporalidad de la baja médica.

Es así como, atendiendo a que incluso el alta médica por mejoría quedara condicionada a la adaptación del trabajo, compatible con la recomendación de trabajo a tiempo parcial⁵⁷, es una opción razonable establecer estos planes inicialmente para enfermedades graves, de diagnóstico certero y sintomatología objetivable⁵⁸ para contrarrestar el posible uso indeseado, la dificultad organizativa y el coste para el empresario. Y ello con independencia de los planes de retorno que pudieran acordar la empresa y el trabajador en el marco de los convenios colectivos, ideados fundamentalmente para enfermedades de larga duración y pensados para ponerlos en marcha una vez concluida la IT⁵⁹.

Son varias las cuestiones que al respecto habría que solucionar, y no solo en relación con alguna de las medidas que pudieran preverse (teletrabajo), sino en general sobre la naturaleza de los planes de recuperación cuando se produce la alteración de la salud y la afectación relativa de la capacidad laboral. La primera, y fundamental, si fueran voluntarios para el trabajador y pudieran acordarse con la empresa. A nuestro criterio, y teniendo en cuenta que estos planes de recuperación son medidas terapéutico-recuperadoras-rehabilitadoras, se insertarían en el régimen público y obligatorio de Seguridad Social, en una de sus prestaciones, y por tanto, no podrían quedar a la voluntad del trabajador o a su acuerdo con el empresario; son parte del proceso de recuperación y rehabilitación ínsito a la contingencia y su configuración conceptual. No obstante, y es un aspecto bien diferente, las medidas se impondrían por los servicios sanitarios, pero el empresario sería el obligado a llevarlas a cabo, de modo que habría que facilitarle ese proceso (con lo que, a nuestro juicio, habría que confiar en las Mutuas para proporcionar asistencia médica, tratamientos y rehabilitación) en la lógica de protección de la seguridad y salud en el trabajo, advirtiendo al respecto

57 CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral...*, cit., p. 275-276.

58 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: "La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización...", cit., p. 54.

59 Véase FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: "La incapacidad laboral de larga duración y la reincorporación al trabajo: desde la improvisación a la planificación", *REJLSS*, n.11, 2025.

que la propuesta del Ministerio no especifica cambio alguno en la intervención de aquéllas y de los servicios de prevención de riesgos laborales. Sin olvidar la carga organizativa o el coste económico que ello le pudiera originar; por lo que es más que razonable que, atendiendo a la vertiente productiva-organizativa, se articularan esas medidas adaptativas indicando que el empresario deberá adoptarlas salvo que le supongan una carga excesiva, en la misma lógica que lo dispuesto ahora para la IP (y en los términos analizados en el capítulo específico de este número, al que remitimos). Y, atendiendo al coste, se eliminara el pago directo por el empresario de la prestación en los términos actuales, incluso también el pago delegado; se redujera la cotización por contingencias comunes durante ese tiempo, o, en fin, cuando la adaptación implicara realizar la actividad pero solo en jornada reducida, articular el contrato de sustitución posible con bonificación en la cotización de seguridad social o implantar un sistema de bonus-malo en la cotización (ver infra apdo 3.2).

b) En relación con las principales causas de jornadas laborales perdidas, baste recordar que, según los datos constatados, son por orden de incidencia, las algias, las patologías relacionadas con la salud mental y las patologías traumatológicas y, en general, los procesos de media y larga duración.

En este estadio habría que reproducir lo dicho en el apartado a), por tanto, orientar las medidas, también las de seguimiento y control, bajo el principio de intervención precoz, cualquiera que fuera la duración del proceso, y en este caso incluso mientras duren todas las pruebas clínicas y la determinación certera y objetiva de la terapia, con la posibilidad entonces de teletrabajo o de planes de movilidad adaptados cuando encajara en el trabajo habitual del trabajador y en su capacidad laboral.

Las soluciones intermedias entre la incapacidad temporal y la recuperación total de la capacidad plena exigirían también aquí valorar si solo fuera necesaria una IT parcial en sentido específico, con reducción de la prestación de trabajo que permitiera seguir trabajando con una descarga mayor de lo habitual y pago de la prestación económica de IT en proporción inversa. Y si no fuera posible, subsidiariamente, cuando se estimara que el trabajador estuviera ya parcialmente recuperado pero que aún tuviera afectación en su capacidad laboral y en su trabajo habitual, aplicar la IT adaptativa hasta incluso el alta médica con propuesta de incapacidad permanente. Advirtiéndose, lo que vale para este supuesto como para el anterior de compatibilidad interna, que si bien el proceso de adaptación debería insertarse en el régimen jurídico de la IT, pudiera ocurrir que solo fuera necesaria la asistencia médica o la prestación de asistencia sanitaria pero no la prestación económica cuando la reincorporación adaptada pudiera producirse a jornada completa y no a jornada parcial de modo que la capacidad productiva-de ganancia sería total y no habría situación de necesidad que cubrir por esta contingencia profesional-contributiva.

3. Por último, en ese tránsito paulatino de reconfiguración del modelo de prestación económica por enfermedad o accidente en nuestro Sistema de Seguridad Social, debería concluir en la configuración de una IT Parcial (en sentido laboral) directa, aplicable a todas las enfermedades, cualquiera que fuera su etiología, influyan más

o menos en el absentismo justificado y cualquiera que fuera la duración del proceso. Sería un mecanismo que podría articularse fácilmente una vez puesto en práctica los anteriores, que hubieran servido de modelo a los servicios sanitarios para trazar un diagnóstico médico-legal objetivable en relación con la capacidad del trabajador y con su trabajo habitual, siendo recomendable que se haga cuanto antes, bajo el principio de intervención precoz, y atendiendo al dato constatado del porcentaje de bajas de duración inferior a 15 días, aun cuando, como bien se ha dicho, no parece razonable acometer las modificaciones que el sistema supone en la relación de trabajo cuando se trata de una tan corta duración⁶⁰.

En la IT parcial el legislador deberá establecer los tramos de reducción de jornada atendiendo a la duración del proceso y con reducción proporcional del salario en los términos que se establecieran. Por ejemplo, intentar introducir no más de tres tramos de reducción de la jornada, 25%, 50% o 75%, y la reducción proporcional inversa de la prestación económica (75%, 50% y 25%), siguiendo el modelo de la Jubilación Parcial, salvo claro está, en lo que refiere a la aceptación por el empresario y el acuerdo entre éste y el trabajador para articular la reducción de la jornada, el porcentaje, su modificación y, en su caso, su acumulación.

Sin olvidar, lo que es prioritario, que debería fijarse el período máximo de la compatibilidad, hasta el alta médica con propuesta de IP sin olvidar que desde la perspectiva laboral esta situación dejaría ser suspensiva del contrato de trabajo para pasar a ser causa de adaptación/reducción de jornada y de otras condiciones de trabajo, revisando en su caso el régimen jurídico del contrato de sustitución en los términos indicados

2.2.4. Provisionalidad de la afectación y las recaídas

Nos referimos a la característica interna, flexible y dinámica⁶¹, a la transitoriedad o provisionalidad de la situación en relación con la alteración de la salud, de modo, que no siendo ésta definitiva, la afectación a la capacidad laboral productiva es provisional fijando así la evolución de la lesión o padecimiento incapacitante.

Una de las cuestiones que se plantea al respecto incide sobre las denominadas legalmente como *recaídas*, respecto de las que también se viene apreciando a lo largo de la evolución normativa una ordenación compleja, porque la provisionalidad de la recaída no se articula perfectamente con la necesaria valoración médico funcional y la reincorporación efectiva y real al trabajo

El art.169 LGSS dispone que se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la *misma o similar patología* dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica ante-

60 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: "La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización...", cit., p.52

61 ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Edit.Civitas, 18ª edic., 2002, p.270.

rior, sin que se amplíe, en principio, la temporalidad de la prestación, porque el mismo precepto, en su apartado segundo, como regla general, prevé que en el plazo máximo de duración de la IT y su prórroga se computará los períodos de recaída.

De forma muy resumida, de la norma legal se infieren dos elementos básicos en torno a la recaída:

Un elemento causal, que requiere una valoración médica para determinar cuando hay una nueva baja médica por la misma o “similar” patología, expresión que proviene de la LSS de 1966 y de la Orden de 13 de octubre de 1967, sin que se aporte criterio objetivo alguno porque ha de quedar a la valoración del facultativo, con amplias dosis de discrecionalidad. Lo que, de nuevo, generará discrepancias y dificultad para equilibrar todos los intereses en juego en el marco de la regulación de la IT, como ya hemos indicado, porque, como bien se ha expresado, la norma invita a una comparación que es “tan intrascendente desde un punto de vista médico...como absolutamente esencial en el terreno jurídico”⁶². De modo que es la continuidad médica (o persistencia del problema médico) la que marca la continuidad jurídica debiendo centrarse en la relación directa (o vínculo causal) entre los dos procesos médicos.

Un elemento corrector formal (en la expresión ya tradicional del TS, Sentencia de 8 de mayo de 1995, Rec.2973/1994) a la transitoriedad del proceso es el límite temporal de 180 días naturales en el que debe producirse la recaída y que comienza a contar desde que fue emitida el alta médica anterior.

Elemento que, no obstante, y como veremos, admite por el legislador excepciones porque en el fondo está la duda de si y cómo seguir protegiendo a una persona que alarga en exceso su curación, se llega al límite de la prestación, se solicita incapacidad permanente y ésta se le deniegue.

Conjugando ambos elementos, la regla es que, si vuelve a existir baja médica dentro de ese periodo y la patología es la misma o similar, continua el procedimiento de IT. Si se produce una nueva baja dentro de ese período pero es por patología no igual o similar, se inicia un nuevo procedimiento; por tanto, no hay recaída⁶³. Como regla general también, transcurridos más de 180 días tras el alta médica, aunque se trate de la misma o similar patología, no hay el mismo proceso de IT; hay lo que el TS ha calificado como “recidiva”. La cuestión se ha planteado en torno a la posibilidad o sospecha de fraude o, aunque esa no fuera la intención, que un trabajador pudiera solicitar reincorporación a su trabajo, esperar el transcurso de los 180 días y solicitar una nueva IT (ya no será recaída de la anterior). De modo que, admitiendo que nuevos procesos no pueden menguar o rebajar los derechos de protección del trabajador,

62 DÍAZ RODRIGUEZ, J.M.: *La incapacidad temporal por recaída*, Edit. Tirant lo blanch, 2021, p.126.

63 El TS ha venido afirmando que, cuando entre el alta médica de un proceso y la baja médica de otro, han transcurrido menos de seis meses de actividad, adquirirá protagonismo la tipología de las lesiones, esto es, si las lesiones son las mismas, continuará el proceso cerrado en falso (recaída), y si las lesiones son distintas, se abrirá un nuevo y completo proceso de IT, no habiendo recaída. SSTs de 8 de mayo de 1995; 15 de diciembre de 1997 y 5 de julio de 2000.

“un trabajador bien o mal intencionado puede estar toda su vida en IT”⁶⁴ o, como expresamos, la solución dada permite la sucesión indefinida de períodos de IT y “tiene repercusiones sobre el coste que el empresario soporta si, además, la prestación es mejorada colectivamente”⁶⁵ porque, como se sabe, cada IT nueva lo es con las condiciones generales en su configuración cuantitativa, incluidos porcentajes, pago delegado o pago directo por el empresario.

Se prevén varias excepciones a los 180 días.

En primer lugar, algunos procesos, en concreto los derivados de menstruación incapacitante secundaria en los que, dispone el actual art.169.2, “cada proceso se considerará nuevo sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de IT y de su posible prórroga”.

En segundo lugar, la situación, ya añeja, se vuelve aún más compleja cuando se trata de cohonestar con las reglas legales sobre el reconocimiento o denegación de la IP, lo que no solo se aprecia en el estudio y análisis de la ordenación normativa (calificada como “unas reglas dispuestas con mala técnica legislativa y que conforman un panorama normativo confuso”⁶⁶) sino por las contradicciones advertidas en la interpretación del TS que, parece se orienta a que no se abuse del sistema (de ahí la intervención ahora de la inspección médica del INSS, que es la única competente para emitir una nueva baja médica, por la misma o similar patología, en los 180 días posteriores a la anterior alta, art.170.2 LGSS); pero, por otro lado, se advierte una difícil conexión entre los intereses del trabajador y los de la empresa con fundamento en el hecho de que, conforme a la normativa de seguridad social, la recaída no pone a cero el cómputo de la duración de la IT, retomándose el de la anterior baja.

Veamos alguna de esas situaciones.

Una la que puede producirse tras los 365 de IT sin prórroga, valoración para IP y denegación de ésta. Si esto sucede, conforme al art.174.1 LGSS, el INSS puede (dentro de los 180 días posteriores a la resolución denegatoria de IP) retomar la IT por la misma o similar patología, hasta llegar a los 545 días totales.

La pregunta inmediata es qué ocurre transcurridos esos 545 días porque lo lógico es pensar que el subsidio quedará extinguido conforme a lo dispuesto en el art.174.1 (el derecho se extinguirá por el transcurso de ese plazo máximo desde la baja médica) y en modo alguno se podría articular ya una nueva recaída. Pero, no obstante, el art.174. 3 establece dos supuestos:

Uno, el de posibilidad de generarse un nuevo derecho a la prestación de IT por la “misma o similar patología” cuando hayan transcurridos los 545 días y haya habido o

64 TORTUERO PLAZA, J. L.: “Reflexiones acerca de la IT”, RGDTS, n.10, 2006, p. 9.

65 TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal: régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación Mapfre, 1996, pp. 37 y 38.

66 DÍAZ RODRIGUEZ, J. M: *La incapacidad temporal...*, cit., p. 45.

no declaración de IP. Posibilidad que queda condicionada a que medie un período superior a 180 días a contar desde la fecha de la resolución de la incapacidad permanente.

Esta posibilidad, que cupiera extender al supuesto en que la IT haya alcanzado los 730 días de duración (duración inicial y todas las prórrogas; vid. infra apartado 3.1), no es en realidad técnicamente una recaída (entraría en el concepto jurisprudencial de recidiva). Se trata de un nuevo proceso de IT que exige el doble condicionante porque el derecho solo se causará si el trabajador reúne, “en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente”. Pero a los efectos que aquí interesa, puede generar sospecha de uso indebido cuando, a quien se le deniega la IP, vuelve a trabajar, espera más de 180 días y pide una nueva baja por la misma enfermedad. Aunque es cierto que en este caso se exige al beneficiario cumplir los requisitos del subsidio en la fecha de la nueva baja médica, computándose las cotizaciones necesarias en caso de enfermedad común a partir de la resolución de IP. Pero como también cabe apreciar, la exigencia de cotización no se da cuando se trata de Accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional.

Otro cuando hay denegación de IP. En este caso, el trabajador es dado de alta, el INSS puede iniciar un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología siempre dentro del plazo de 180 días naturales desde la denegación de IP. Posibilidad que solo cabe cuando se considere “que el trabajador puede *recuperar su capacidad laboral*”, acordando el INSS la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal (lo que cabe entender que puede no ser necesaria en ese período la prestación de asistencia sanitaria). Vía excepcional porque el precepto indica que es solo “por una vez”.

No obstante, la cuestión que se plantea es el sentido u orientación de esta medida porque debería exigirse la valoración médica funcional para que, con criterios objetivos, se determinara cómo y en qué medida se recuperaría la capacidad laboral del trabajador. De lo contrario, no otra cosa es que una ampliación de la IT (y retraso de la IP) que pierde toda orientación laboral. De ahí que el TS haya previsto la exigencia al INSS de que haya de pronunciarse no solo sobre el estado de salud sino que, al objeto de bien denegarle o bien concederle estos efectos económicos, deba valorar “fundamentalmente” las posibilidades de recuperar su capacidad temporal⁶⁷. Cuando, además, la norma no explicita el plazo máximo de esta baja excepcional. Lo que, desde luego, requiere de previsión para determinar que no puede exceder de los 730 días.

67 Lo que quiere decir, en sentido contrario, que la potestad del INSS no es en absoluto discrecional, “sino que debe basarse en criterios objetivos que justifiquen la denegación a tales efectos”; razón que no es el hecho de que médicamente se acredite que el trabajador presenta la misma patología. Véase STS 527/2023, de 19 de julio de 2023, Rec.3624/2020.

A la vista de esta regulación con numerosas deficiencias técnicas y añadidas las contradicciones advertidas en la interpretación del TS, habría que modificar: i) el hecho causante de la recaída, que debiera ser el de la baja médica que emita el médico en ese momento; de modo que solo la prestación económica en el caso de recaída se debería conceder a los que cumplen los requisitos en ese momento. ii) El concepto de similar patología que debe constatar el médico para determinar si el nuevo proceso tiene la misma causa, o como bien se ha expresado, con arreglo al criterio de la continuidad médica, solo cabría entender que dos patologías son similares “cuando constituyan distintas manifestaciones de un mismo proceso morboso o presenten conexiones objetivas reveladoras de la citada continuidad”⁶⁸. Cerrando esta valoración desde una perspectiva médico-funcional, reclamando de nuevo que se oriente también hacia la recuperación de la capacidad laboral o reincorporación para evitar determinadas recaídas en la situación de IT⁶⁹.

3. EN TORNO A LA DINÁMICA TEMPORAL Y CUANTITATIVA DEL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

3.1. Temporalidad de la prestación. Los tiempos añadidos a la IT

Como bien se ha definido, la temporalidad en un elemento externo de la contingencia que gira en torno al plazo máximo de protección que juega como un límite máximo a la evolución de la transitoriedad del estado incapacitante y como nota diferenciadora de la IP.

En nuestro ordenamiento jurídico el plazo inicial es de hasta un máximo de 365 días, que en general se estima razonable (siempre, habría que afirmar que no hubiera un dato que confirmara que el tramo de duración de la IT superior a 365 días no hubiera aumentado⁷⁰), también en comparación con otros países, en los que cabe apreciar una situación no homogénea, previéndose diferentes duraciones. Porque en nuestro ordenamiento jurídico esa duración es absoluta y no se establece un período de duración en relación con un período de referencia (2 o 3 años por ejemplo), lo que permitiría también establecer reglas precisas en caso de repetición de procesos que se advirtieran en ese plazo de 365 días⁷¹. Como cabe entender, y sin entrar en las

68 DÍAZ RODRIGUEZ, J. M.: *La incapacidad temporal ...*, cit., p.167.

69 En este sentido, SÁNCHEZ GALÁN, L., BAIDES GONZALVO, P. y REGAL RAMOS, R.: “Recaídas en incapacidad temporal: impacto de su regulación y control”, *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2019, 65 (256) pp. 217 y ss.

70 Cabe advertir que, en 2023, el 34,11% del total de días perdidos correspondía a procesos de más de 365 días de duración. Puede consultarse IVIE: “Las bajas por IT en vigor que superan el año de duración se duplican en apenas 5 años” (Informe núm.4/2024).

71 Los denominados *repetidores*, es decir, aquellas personas que han tenido 2 o más procesos de IT dentro de un período de doce meses, concentran el 69,6% de todos los procesos de IT. La acumulación de bajas, aunque sean más cortas, amplía claramente la duración media y supera en porcentaje a las bajas de larga duración (las de más de 365 días). IVIE: Informe n.5/2025. Puede consultarse en https://www.ivie.es/es_ES/investigacion/publicaciones/cuadernos/absentismo/

sospechas de fraude, a ello pudieran contribuir los diagnósticos inadecuados, los fallos en el proceso de curación o, añadiríamos nosotros, la ausencia de valoración médica-legal y funcional cuando, precisamente, la probabilidad de repetición es más habitual en el caso de las patologías de difícil objetivación, a las que hicimos referencia más arriba, esto es las algias y los trastornos mentales.

Esa duración, inicialmente máxima, es flexible porque hay tiempos añadidos; las que cabe definir como las prórrogas de la temporalidad, objeto de continuas modificaciones, con prolongación más o menos razonable, en algún caso recordándonos a la antigua invalidez provisional y sin afectación alguna sobre la cuantía de la prestación. Como se sabe, en nuestro ordenamiento jurídico es tradicional que la regla de temporalidad se haya excepcionado de forma generalizada, lo que, es evidente, genera contradicción y se desnaturaliza la finalidad de la prestación económica, más aún si la orientamos hacia la recuperación de la capacidad laboral productiva y la reincorporación a la vida laboral del trabajador incapacitado. En este sentido, y pensando en el tránsito entre IT e IP, como bien se ha dicho, si la temporalidad es larga (y en nuestro ordenamiento jurídico puede llegar a 730 días) ello influirá en que se mantengan las secuelas, se perpetúen si no hay planteamiento alguno rehabilitador o de recuperación, mientras que, si la temporalidad es corta, el tránsito hacia la IP es flexible y dinámico, donde se revitalizan esos procesos⁷².

La primera prórroga, ordinaria, de 180 días, cuando (art.169.1 LGSS) se *presuma* que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación o por mejoría, lo que quiere decir que se mantiene la transitoriedad de la alteración de la salud y su afectación a la capacidad laboral en los términos que se haya valorado por el facultativo.

No obstante, en esta primera prórroga la transitoriedad de la lesión o dolencia se presupone, lo que más bien cabe entender como una situación habitual (y automática, pudiendo definirla como prórroga *tácita* de la IT) sin que haya una declaración objetiva por parte de los servicios médicos con valoración real y efectiva de la situación. Se trata, en definitiva, de un período común a cualesquiera de las dolencias o lesiones, sin establecer requisito alguno en torno a la evolución. Así, si no hay alta médica transcurridos los 365 días, debe suponerse que el trabajador se encuentra en la situación de prórroga por IT por presumirse que, dentro del período de 180 días más, puede ser dado de alta médica por curación o por mejoría; sin que el INSS tenga que acordar expresamente la prórroga previo reconocimiento médico específico. Prórroga en la que la empresa ha de mantener la colaboración obligatoria hasta que se cumpla el período máximo de 545 días, tal y como dispone la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de septiembre que modifica el RD 625/2014, de 8 de julio por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal. De modo que, si en su origen intentaba ser un puente para

72 TORTUERO PLAZA, J.L.: "Reflexiones acerca de la IT", cit., p.7 y 8.

evitar la declaración de incapacidad permanente de forma razonable, medida, clara y precisa, nada indica en la actualidad que ese objetivo o finalidad se haya cumplido

Menos aún con la segunda prórroga, que se ha denominado extraordinaria, o excepcional, artículo 174.2 LGSS. Esto es, cuando, finalizada la duración máxima de la IT (545 días, 365 iniciales más prórroga de 180) y "continuando la necesidad de tratamiento médico por la *expectativa de recuperación* o la mejora del estado del trabajador, con *vistas a su reincorporación laboral*, la situación clínica del interesado *hiciera aconsejable demorar* la calificación de la IP"⁷³. Prórroga, que puede denominarse de demora de la calificación de IP, que tiene un tope máximo hasta llegar a los 730 días.

Aun cuando se hayan detectado errores en la redacción del precepto, lo que parece evidente es que esta prórroga no tiene como finalidad la mejora de la salud, sino la reincorporación laboral⁷⁴ de modo que no puede ser automática, requiriendo de la valoración médica del INSS que, necesariamente, ha de ser funcional o médico-legal. Aunque éste fuera el objetivo o finalidad buscado por el legislador, la realidad ha demostrado que esta segunda prórroga se ha convertido, en la generalidad de ocasiones, en la antesala de la permanencia o definitud de las lesiones y, por tanto, de la IP⁷⁵ (tanto que se ha denominado expediente de incapacidad permanente con demora), introduciendo al menos la exención de cotización por parte del empresario. Pero con la disfunción entre Seguridad Social (extinción de la IT tras los 545 días desde la baja médica y presentación por la empresa de la baja de cotización) y la regulación laboral (la comunicación de baja de cotización no revela inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual); por tanto ¿se mantiene la suspensión del contrato de trabajo?. Véase, últimamente, STS 27 de noviembre de 2025, Rec. 4669/2025.

Cabe recordar que la Ley 30/2005 configuró un puente entre la IT y la IP mediante la Invalidez Provisional (que pretendía ser un tránsito flexible entre temporalidad y permanencia), aunque no se aplicó y definitivamente se eliminó en 2007. Si ello es así todo indica, más aún durante esta segunda prórroga enfocada a las dolencias o patologías de larga duración que, o bien debiera suprimirse reconociendo una IP revisable o bien que al menos se objetivaran ya los ajustes razonables para que se evitara la IP. De lo contrario, nos encontramos

Dado que esta situación tiene una conexión evidente con el absentismo médico o por IT (porque los datos ofrecidos últimamente indican que aumentan las bajas que

73 Téngase en cuenta que además el Art.174.2 LGSS dispone: "cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de quinientos cuarenta y cinco días naturales fijado en el apartado anterior, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de noventa días naturales, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda. Durante los períodos previstos en este apartado, de noventa días y de demora de la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar". Es lo que se suele denominar *prórroga de calificación* o situación de IP pendiente de la calificación del grado.

74 En este sentido DÍAZ RODRIGUEZ, J. M.: *La incapacidad temporal por recaída*, cit., p.35.

75 GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 19ª edic., Tirant lo blanch, 2025, p.369.

superan los 365 días⁷⁶), la rigidez en las bajas médicas, la flexibilidad en las prórrogas y la ausencia de conexión entre la IT y la IP exigen que se establezcan claramente por el legislador vías de reincorporación al trabajo durante estas situaciones y no cuando ya se ha declarado la IP, tal y como se prevé ahora en la normativa laboral y de seguridad social como exigencia a las empresas antes de proceder a la extinción y ello en conexión con la prevención de riesgos laborales y orientación claramente laboral de la IT. De modo que es imprescindible un estudio detenido sobre la temporalidad de la prestación y la transitoriedad de las lesiones, introduciendo criterios de flexibilidad para evitar que cuando se llegue a la IP las secuelas sean tan acusadas que, como pudiera ocurrir, los ajustes razonables en ese momento sean totalmente inoperantes. Cuestión ésta que, para su análisis, remitimos al capítulo específico en este número monográfico.

Concluimos este apartado con la consideración siguiente: si la prórroga tiene como finalidad que a su finalización se produzca el alta por curación, la primera ya debería dar por concluida la incapacidad temporal o iniciar la propuesta de IP, resolviendo en ésta el supuesto en que se estimara en la valoración médico-funcional que hay aún una transitoriedad por la previsión de recuperación total o parcial de la alteración de la salud para que de este modo el recorte en la temporalidad de la IT quedara contrarrestado con un tránsito flexible y dinámico hacia la IP en el que recobren todo su sentido las técnicas de rehabilitación y revisión. Fijando entonces un plazo máximo de duración de la suspensión del contrato de trabajo razonable atendiendo a la organización empresarial y reordenación de la actividad laboral en las empresas.

3.2. Configuración cuantitativa de la prestación

Revisando el régimen jurídico de la prestación y, en concreto su configuración cuantitativa, son varios los incentivos negativos (desincentivadores) de la prestación por IT derivada de riesgos comunes que, en unos casos de forma expresa y en otros implícitamente, se han implementado en las sucesivas reformas de este elemento con la finalidad de reducción del coste asociado a esta prestación cuando, como se ha constatado en este estudio, los índices de absentismo justificado en IT no han disminuido, en especial cuando se trata de este tipo de riesgos. De modo que, aun cuando se propugne implantar el principio de consideración conjunta de las contingencias, es razonable que se mantengan algunas diferencias entre los riesgos comunes y los profesionales en la configuración cuantitativa de la prestación económica. En este sentido, solo brevemente alguna referencia.

En primer lugar, en torno al período de espera.

76 Según los datos publicados por la prensa en relación con el informe de la OCDE del mes de noviembre de 2025, las bajas de larga duración (más de 365 días) concentran más de un tercio de los días perdidos de trabajo, aunque representan menos del 3% de los casos.

Se sabe de la distinción entre riesgos en lo que refiere al período de espera en el pago de la prestación, que, desde el RD 53/1980, de 11 de enero, se ha fijado en tres días en las contingencias comunes. La razón del legislador no fue otra que el freno de las continuas bajas de corta duración y reacción al absentismo laboral (que se ha denominado gráficamente como “microabsentismo”), aunque esté justificado en la prescripción médica de reposo.

Hay que tener en cuenta que el diseño legal en torno al período de espera (del día 1º al 4º de la baja) no es único de nuestro país, incluso en algún otro llega hasta el 7º día; y se ha fijado con el propósito de desincentivar toda baja inicial por IT derivada de contingencias comunes con independencia de cuál sea su duración final. De ahí que hace ya tiempo propusiéramos (sin perjuicio de entender que también pudiera generar un nuevo desincentivo económico perverso) que el período de espera solo jugara en los procesos incapacitantes de corta duración y, superado un determinado período de tiempo, se retrotrajeran los efectos económicos al inicio de la situación de incapacidad⁷⁷. Es cierto que no es posible buscar una solución óptima porque la medida puede ser criticada, o bien desde la perspectiva del interés del trabajador (en concreto de aquellos que padecen dolencias auténticas) o bien desde la efectividad contra el absentismo porque, en realidad, podría solo justificarse como medida de recorte de gasto. Pero si, además, se afirma que el recorte beneficia al empresario para compensarle del pago directo hasta el día 15º de la baja, habría que analizar no solo el dato del número de bajas constatadas de esa duración⁷⁸ sino si, por ejemplo, la negociación colectiva establece mejora voluntaria también en los días 1º al 4º porque, es evidente, si así fuera (lo que se analiza en el capítulo correspondiente de este monográfico, al que remitimos), no tendría el efecto perseguido.

En segundo lugar, la referencia al porcentaje aplicable a la BS, que también es diferente para las contingencias comunes y ha sufrido modificaciones a la baja.

En este sentido, y solo brevemente, no cabe olvidar que la interpretación recurrente del TC en torno al fundamento y ámbito objetivo de la protección y a la función y extensión de la misma es restrictiva de la garantía institucional que encierra el art.41 CE y, aunque no se ha pronunciado sobre el principio de irregresividad en un plano abstracto y general, ha admitido, sin alterar la suficiencia de las prestaciones, los cambios producidos en la cuantía de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social porque, nos recuerda, no hay un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las prestaciones del régimen público de Seguridad Social y la configuración legal de la acción protectora queda condicionada, entre otras circunstancias, a las disponibilidades económicas del sistema. Siendo ello así, y atendiendo a la realidad social y económica del momento, el RD 53/1980 procedió, solo para la IT por contingencias comunes, a eliminar la cuantía hasta entonces del 75% durante todo el período y a

77 TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal: régimen jurídico*, cit., p. 35.

78 Vid. infra nota a pie 79.

establecer el 60% entre el día 4º al 20º de la baja. Justificaba la modificación en la corrección “de las importantes y graves desviaciones originadas por determinadas conductas, así como en los niveles de absentismo en las empresas”

La referencia a las desviaciones (no se utiliza la expresión fraude o sospecha de fraude) cuestionaría el cambio legal si atendiéramos al interés del buen trabajador; la mención a los niveles de absentismo podría también cuestionarse cuando en la actualidad no se aprecia que se haya reducido el número de bajas entre los días 4º al 20º. Lo que pudiera ahora justificar el planteamiento de una modificación de esos porcentajes, no tanto orientada a una reducción total como en una ordenación más ajustada atendiendo a la duración de la situación de IT.

Es así inevitable pensar, ahora sí con fundamento en las disponibilidades económicas, cómo proceder a una reformulación de los porcentajes, y aunque cualquier decisión al respecto tendría aspectos positivos y negativos, el análisis efectuado a lo largo de este estudio y más concretamente los datos constatados al efecto, nos permiten concluir que sería razonable reducir el porcentaje del 60% en los primeros días, incluyendo prestación económica a partir del primer día de la baja; porcentaje que se incrementaría gradualmente en tramos según la duración de la prestación, advirtiéndose de su disfrute proporcional en caso de IPT parcial. Podría, entonces, establecerse una escala de porcentajes, atendiendo a IT de corta duración (hasta el día 20º); IT de media duración (desde 21º hasta el 180º); y de larga duración, de 181º día en adelante, sin olvidar que, atendiendo al dato de los “repetidores” podría insertarse un arco temporal (anual o 365 días) para medir las bajas producidas en ese período, reduciendo en un porcentaje la prestación calculada inicialmente y sobre ésta cuando en ese período se hubieran producidos 2 ó 3 bajas continuadas o no que fueran por causa distinta que nada tuviera que ver con la con la anterior con arreglo al criterio médico, en los términos planteados en supra 2.2.4 La elevación de la prestación conforme se incrementa la duración incidirá también en las recaídas (no en las recidivas, que comienzan nuevo proceso). La reducción de la cuantía durante los primeros días de la baja (corta duración) rebajaría el coste para el empresario en tanto se mantenga por el legislador el pago directo en los términos hasta ahora previstos. Y no cabe olvidar que hay una vía indirecta para modificar la cuantía de la prestación que cabe referirla a la base reguladora de la prestación, optándose también por el salario real y no por la base de cotización.

En tercer lugar, el pago por el empresario, en especial el pago directo.

El RDL 5/1992, de 21 de julio (convalidado por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre), dispuso la transferencia a las empresas de la responsabilidad por el pago de los días cuarto a decimoquinto de la prestación por contingencias comunes.

Es evidente que se trata de una reducción del coste para el sistema; como decía la Exposición de Motivos de la norma, se ideó para subvenir el crecimiento del déficit público, se justificaba en que “no implica una modificación del nivel de protección de los trabajadores” y se conjugaba, se decía, con una nueva colaboración voluntaria de las empresas en la prestación económica de esas contingencias.

Es una medida que desplaza ese coste directo de la prestación a quien no puede reconocer ni controlar la situación, el empresario (art.173.1 LGSS). Y, si vista desde la reducción del absentismo, y su implantación en otros países con esa finalidad, los datos estadísticos en el nuestro demuestran que no se ha reducido en modo alguno estas bajas de corta duración⁷⁹. Se advirtió hace tiempo⁸⁰ que varios países (entre ellos, Alemania, Bélgica, Gran Bretaña, Países Bajos, Suecia⁸¹) han previsto la obligación del empresario de abonar, al menos, un período de la prestación y/o una parte de la misma; pero cuando se utiliza este dato para justificar lo que ocurre desde hace tiempo en nuestro país, debe advertirse, lo que es fundamental, que en varios de estos países el empresario tiene la posibilidad de controlar o participar en el control de la prestación, de un modo otro. La pregunta es obvia: ¿qué lógica cabe aplicar para hacerle responsable de su abono total o parcial sin que pueda en modo alguno verificar la situación de baja por enfermedad?

Ya durante el proceso de Renovación del Pacto de Toledo, 2002, se hizo constar algún voto particular en relación con la IT de menos de 15 días y la carga para el empresario, exigiendo una mayor reflexión para replantear la obligación de las empresas. Valoración, explicación y decisión en el marco del Diálogo Social sobre esta carga para los empresarios que, hasta la fecha, no ha tenido mayor recorrido.

Si ello es así, esto es, si no ha provocado el efecto deseado desde la perspectiva de análisis (no entramos en la valoración de esta medida desde la naturaleza pública de las prestaciones, respecto de la que en su momento se pronunció el TC en la sentencia 37/1994, de 10 de febrero⁸²), y tanto más si realmente se instaurara una IT flexible, y en concreto, una IT Parcial, sería el momento adecuado para o bien eliminar definitivamente ese pago directo o, bien, más limitadamente, de otorgar efectividad al control empresarial de esas bajas médicas cuando en la actualidad la finalización de la prestación económica solo depende del alta médica de los servicios sanitarios públicos. En definitiva, debiera idearse un mecanismo que permitiera que el médico de empresa planteara cuando menos una propuesta de alta y que los servicios de prevención pudieran también intervenir en el proceso de IT proporcionando un infor-

79 Así lo confirma el Observatorio de Contingencias comunes 2024 de la Mutua Asepeyo, en el que se indica que la media de casos iniciados cada mes es de 749.180, de los que el 41,2 % se corresponde con bajas de corta duración, de 1 a 3 días. Esta cifra alcanza el 66,2 % si se suman las bajas de 4 a 15 días, con lo que 7 de cada 10 tienen una duración inferior a dos semanas.

Según datos de IVIE, a octubre de 2024, el 70% de los procesos de incapacidad temporal finalizados en 2023 se concentran en el tramo de las bajas de 1 a 15 días, seguidos a distancia de los procesos entre 16 y 90 días, que suponen otro 20%. Puede consultarse en https://www.ivie.es/es_ES/las-bajas-por-incapacidad-temporal-en-vigor-que-superan-el-ano-de-duracion-se-duplican-en-5-anos/

80 LLORENTE ÁLVAREZ, A.: "la prestación de IT en los Estados de nuestro entorno", cit., p. 93.

81 En Alemania desde 1969 corresponde hacerse cargo al empresario las seis primeras semanas. ALONSO OLEA, MANUEL y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones...*, cit., p. 272.

82 Desde esta perspectiva, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "La garantía institucional en materia de Seguridad Social y la configuración constitucional del sistema como función del Estado: contenido y límites", en ALONSO LEA, M. y MONTROYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XII, 1994, Edit. Civitas, 1995, p.105 y ss.

me preciso sobre la capacidad laboral del trabajador a lo largo del proceso. Lo que, desde luego, es una llamada a la reforma del art.20.4 ET en conexión con el art. 21 LPR, tal y como se expone en el capítulo de este monográfico sobre esta cuestión, al que remitimos.

Sin olvidar dos cuestiones adicionales en relación con este pago directo, que deberán solventarse, una qué ocurre cuando se produce la muerte o insolvencia del empresario porque como se sabe, respecto del complemento de prestación de IT no hay obligación de externalización en virtud de lo dispuesto en la Directiva 98/49/CEE, de 29 de junio, y en nuestra norma de desarrollo, RD1588/99, de 15 de octubre, con la duda, además de que este pago directo pueda considerarse en sentido estricto "complemento", que, sin duda, no lo es. Y en este sentido, cabe no solo indicar el diferente tratamiento previsto para las contingencias profesional y para las comunes, y para estas, aún sigue vigente una norma histórica, no previéndose paralelamente una responsabilidad subsidiaria del Estado en estos casos. De modo que el trabajador es un acreedor más del empresario manteniéndose desde entonces (1992) la regla conforme a la que: " Las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo, conforme a lo establecido en el art.167.2 y en el párrafo segundo del artículo 173.1 de esta Ley, o por su colaboración en la gestión y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en régimen de liquidación, tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores" (art. 162.2 LGSS).

La otra refiere al tratamiento que tiene esa carga para el empresario desde el Sistema de Seguridad Social porque es un híbrido aún hoy de difícil adaptación a nuestro ordenamiento jurídico; aunque se refiera la norma a que se trata de una prestación, no se declara la responsabilidad subsidiaria del Estado (aunque el TS en sentencia de 15 de junio de 1998 indicara que la entidad gestora ha de asumir esa responsabilidad); no se atribuye al empresario las facultades relativas al nacimiento, suspensión y extinción del subsidio y, pese a la remisión al ET , no tiene naturaleza salarial aunque se le aplique el régimen de garantías de éste previsto en la norma laboral. En definitiva, como adelantábamos, o bien habría que proceder a la eliminación de este mecanismo o, subsidiariamente, identificar el pago directo como una prestación económica con control total por parte del empresario

Y por último, y no poco importante, la relativa a la obligación de seguir cotizando durante todo el tiempo que dure la situación de IT y cualquiera que fuera el riesgo que la haya originado, sin variación de porcentajes en la cotización cualquiera que sea la duración de IT, de conformidad con el art.13 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre Solo se exime de la obligación de cotizar en los supuestos previstos en el art.174 de la LGSS, es decir, una vez transcurridos 545 días, durante el período de 90 días para el examen del estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda. Y durante el período de demora en la calificación cuando continúe siendo necesario el tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación

laboral sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días. Reducción o exención de cotización que también debería aplicarse, tal como indicamos, en los supuestos de IT flexible o parcial. Y que podría acompañarse de un sistema bonus-malo en las cotizaciones de las empresas por contingencias comunes vinculado al nivel de absentismo para premiar a las que tienen un menor índice, a modo de las bonificaciones que en su momento se establecieron para las empresas con un menor índice de siniestralidad; sistema implantado en 2010 y suspendido en 2019, aunque ahora se haya anunciado que el Ministerio quiere retomarlo.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se han avanzado ideas y propuestas en torno a la contingencia de IT, en primer lugar, exponiendo algunos de los aspectos críticos de la prestación económica de Seguridad Social con implicaciones en y con el absentismo justificado por motivos de salud. Y, en segundo lugar, desde esta perspectiva de análisis, planteando algunas medidas de reconfiguración de esta contingencia con fundamento en el necesario enfoque laboral.

Esta reconfiguración se hace con abstracción de algunos otros problemas que se dicen o se constata que aquejan a esta contingencia de Seguridad Social, entre otros, el gasto originado al Estado por esta prestación económica o la presunción de fraude en su percepción.

Desde la perspectiva única de análisis, a saber, la de absentismo laboral por motivos de salud, justificado formal y materialmente, enumeramos algunas propuestas que, asumiendo que en el algún caso pudieran considerarse teóricas o dogmáticas, sin duda tienen su proyección práctica en la configuración legal de la contingencia.

Primera, la contingencia de IT debe orientarse a la garantía de todos los intereses en juego (de las personas trabajadoras, del Sistema de Seguridad Social y del empresario) y, como premisa, la del retorno al trabajo o el posible mantenimiento del trabajo en condiciones saludables para recuperar la capacidad productiva.

Segunda, la consecución de ese objetivo requiere de una coordinación efectiva entre la normativa laboral y la de Seguridad Social, ésta subsidiaria de la primera.

Tercera, la situación de necesidad subvenida por esta contingencia debería fundamentarse exclusivamente en la falta de capacidad real para obtener rentas mediante el trabajo y no en la pérdida patrimonial efectiva total y, menos aún, en la presunción de la pérdida de aquella capacidad de la que haya de derivarse automáticamente una pérdida patrimonial. De este modo, se cumpliría de forma eficaz la finalidad de la sustitución de rentas de activo que caracteriza a esta prestación económica contributiva del Sistema.

Cuarta, resulta inexplicable la ausencia de toda lógica médico-funcional en la valoración de la alteración de la salud, al menos en lo que refiere a algunas de las enfermedades, tales como las psicosociales y las de larga duración atendiendo a su nivel

gravedad. Como lo es, también, la ausencia en nuestro Sistema de Seguridad Social de planes de adaptación y regreso progresivo al trabajo.

Quinta, es necesario un replanteamiento del binomio alteración de la salud-capacidad para trabajar, atendiendo a la afectación de aquella a ésta. Lo que requiere de una nueva orientación en torno al objeto, la capacidad laboral y su relación con el trabajo habitual, y a la intensidad con que aquella capacidad de trabajo se verá afectada por la enfermedad o por el accidente.

Sexta, los diferentes niveles de afectación a la capacidad laboral permiten reconfigurar la prestación económica por enfermedad o accidente para introducir la situación de IT flexible o funcional.

Séptima, la IT flexible o funcional sería una de las modalidades del nuevo modelo de esta prestación económica en las que deberían encajarse, en un diseño legal progresivo, la compatibilidad externa entre la prestación económica y actividades en otra empresa y la compatibilidad interna (desde las enfermedades graves, hasta las que se constatan que son causa mayor de absentismo y las de larga duración) concluyendo el proceso con la inclusión de una IT parcial general y directa.

Octava, la modalidad general de IT, esto es, la total y completa, requiere de una ordenación renovada en algunos aspectos de su régimen jurídico, especialmente en lo que refiere a la dinámica temporal de la prestación (con revisión de las prórrogas) y a su configuración cuantitativa, y en concreto en lo que refiere al desincentivo económico a través del pago directo por parte del empresario que, pese al intento del legislador, no ha repercutido en la reducción del nivel absentismo por bajas de corta duración.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, MANUEL: *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª edición, Civitas, 2002.

APARICIO TOVAR, J.: "La salud de las personas trabajadoras es la prioridad", AEDTSS, Brief n.88, 2024.

BORÓ HERRERA, F.: "Análisis de la lucha contra el fraude en Seguridad Social: antecedentes y perspectivas", en HIERRO HIERRO, F.J.: *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo"* (2020), Edit. Aranzadi, 2021.

CRESPÍ FERRIOL, M.:

- "Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria", *Trabajo y Derecho*, nº73, 2021.

- *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Edit.Cinca, 2023.
- “Incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº122, 2025.

DÍAZ RODRIGUEZ, J. M.: *La incapacidad temporal por recaída*; Edit. Tirant lo blanch, 2021.

FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “La incapacidad laboral de larga duración y la reincorporación al trabajo: desde la improvisación a la planificación”, *REJLSS*, n.11, 2025.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. Y ARMIJO SUÁREZ, M.: “La nueva regulación de la disminorreas o reglas dolorosas”, *Briefs AEDTSS*, núm.15, 2023.

GARCÍA NINET, J. I.: “La incapacidad temporal”, en VVAA: *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.

GARCÍA VIÑA, J.: *El absentismo laboral y su gestión por la negociación colectiva*, Aranzadi, 2025.

GIMENO DÍAZ ANTAURI, P:

- “La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo”, en MERCADER UGUINA, J.R. (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social*, Lex Nova, 2013.
- “La incapacidad temporal: de la sospecha al Derecho Fundamental”, en VVAA: *Derecho del Trabajo, cambios económicos y nueva sociedad. Homenaje a Mercader Uguina, J.R., por sus 25 años de cátedra*; Tirant lo Blanch, 2025.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 19ª edic., Tirant lo blanch, 2025.

JAEHOON LEE, JINWOO LEE, SANG BAEK KOH: “The status and implications of paid sick leave and sickness benefits in OECD countries”, *Annals of Occupational and Environmental Medicine*, 2025.

JOVER RAMÍREZ, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Revista Temas Laborales* núm.106, 2010.

LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La prestación de Incapacidad Temporal en los Estados de nuestro entorno”, en TORTUERO PLAZA, J.L. y MORENO ROMERO, F. (Dtores.): *La Incapacidad Temporal en España y Brasil*, Edit.Comares, 2017.

LÓPEZ INSÚA, M.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*; Tesis doctoral, 2012, Universidad de Granada.

MARTÍNEZ, RAFAEL Y JANÉ, P.: “Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto”, *Revista GAPP*, núm. 11, 2014.

NIETO ROJAS, P.:

- “La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar”, en MERCADER UGUINA, JESÚS (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social*, Lex Nova, 2013.
- “La incompatibilidad entre el trabajo y la incapacidad temporal. Una necesaria reelectura”, en VVAA: *Incapacidades laborales y de Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Edit.Laborum, 2017.

RODRIGUEZ CARDÓ, I.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

RODRIGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad temporal y su enfoque de género”, en MONE-REO J.L. Y MORENO, F. (Dtores): *Cuestiones actuales den materia de Seguridad Social*, Tomo I, Libro homenaje al prof. Tortuero Plaza, Laborum, 2024.

SÁNCHEZ GALÁN, L., BAIDES GONZALVO, P. y REGAL RAMOS, R.: “Recaídas en incapacidad temporal: impacto de su regulación y control”, *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2019, 65 (256).

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.:

- “La garantía institucional en materia de Seguridad Social y la configuración constitucional del sistema como función del Estado: contenido y límites”, en ALONSO LEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XII, 1994, Edit.Civitas, 1995.
- “Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente”, Aranzadi Social, Volumen I, 1999.

SANTAMARÍA FERNÁNDEZ, P., CAPILLA RAMÍREZ, M. P., GONZÁLEZ ORDI, H.: “prevalencia de simulación en incapacidad temporal: percepción de los profesionales de salud”, en *Clínica y Salud*, núm.24, 2013.

TORTUERO PLAZA, J.L.:

- “Reflexiones acerca de la Incapacidad Temporal”, *RGDTSS*, n.10, 2006.
- “Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, n.1, 2014.
- “Elementos conceptuales de la incapacidad temporal”, VVAA: *Estudios sobre Seguridad Social*. Libro Homenaje al Prof. J.I.García Ninet, Atelier, 2017.

TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal: régimen jurídico y negociación colectiva*, Mapfre, Madrid, 1996.

TRILLO GARCÍA, A. R.: “Configuración y desfiguración de la incapacidad temporal”, en MONEREO J.L. Y MORENO, F. (Dtores): *Cuestiones actuales den materia de Seguridad Social*, Tomo I, Libro homenaje al prof. Tortuero Plaza, Laborum, 2024.