

FACULTAT DE DRET



EL CONTROL JUDICIAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

TRABAJO FINAL DE GRADO

Janeth Murillo Bonilla

Niub 16301176

Derecho de la Seguridad Social

Dra. Pilar Rivas Vallejo

Curso 2016-2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN	4
CONTENIDO	5
1. Definición de incapacidad temporal	5
1.1. Concepto legal	5
1.2. Concepto jurisprudencial	6
1.3. Alta laboral	9
1.4. Control en vía administrativa novedades legislativas	13
2. Impugnación judicial del alta	15
2.1. Procedimiento especial	15
2.2. Práctica probatoria	20
2.2.1. Prueba documental	21
2.2.2. Prueba pericial	25
2.3. Procedimiento extraordinario	31
2.3.1. Recurso de suplicación	31
3. Estudio descriptivo del control judicial de las altas médicas en dos ciudades: Barcelona y Madrid	34
3.1. Análisis del tratamiento judicial de las impugnaciones en Barcelona ...	35
3.2. Análisis del tratamiento judicial de las impugnaciones en Madrid	38
3.3. Análisis comparativo de los resultados	40
CONCLUSIONES	46
BIBLIOGRAFÍA	48

ABREVIATURAS

Art(s)	Artículo(s).
COM	Colegio Oficial de Médicos.
EVI	Equipo de Valoración de Incapacidades.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
ISM	Instituto Social de la Marina.
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia.
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social.
LOPHB	Ley Orgánica reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”.
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social.
MCSS	Mutua Colaboradora de la Seguridad Social.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SGEM	Subdirección General de Evaluaciones Médicas.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
SPS	Servicio Público de Salud.
RCUD	Recurso de casación para unificación de doctrina.
TRLET	Texto refundido de la Ley de Estatuto de Trabajadores.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

INTRODUCCIÓN

El motivo de este trabajo viene de delimitado por dos razones; la primera es vocacional debido a que tengo especial predisposición por las ciencias de la salud y la segunda es académica, mi deseo es adquirir las competencias necesarias para entender, discernir y analizar los problemas jurídicos sociales y especialmente los relacionados con la Seguridad Social.

Los objetivos del presente trabajo son, por un lado, estudiar el procedimiento judicial de incapacidad temporal al tenor del nuevo texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, y el RD 625/2015, del 18 de julio y la Ley reguladora de la jurisdicción social, con el fin de conocer las características particulares y comunes del mismo.

Por otro lado, se pretende realizar un análisis descriptivo de las resoluciones judiciales de la ciudad de Barcelona en la que actúa la Subdirección General de Evaluaciones Médicas (SGEM) en calidad de demandada. Además, se realizará una comparación con las resoluciones judiciales de Madrid. El periodo comprende los meses de enero y febrero del año 2017. La hipótesis planteada es que no existen diferencias en el procedimiento entre las dos ciudades, dado que la tutela judicial efectiva y los derechos sociales prestacionales son iguales en todo el territorio español. La metodología utilizada en primer lugar fue realizar las gestiones pertinentes en la SGEM como en el Instituto Nacional de la Seguridad Social para obtener una copia de las sentencias del periodo a analizar. Posteriormente, se creó en una hoja de cálculo las variables a analizar entre ellas: del demandante, de los demandados, motivo del alta laboral, duración de la IT, los problemas de salud de los demandantes, la actividad probatoria, fecha de admisión de la demanda, fecha de celebración del juicio, tiempo transcurrido entre la celebración del juicio y emisión del fallo, tiempo entre la interposición de la demanda y el fallo.

CONTENIDO

1. Definición de incapacidad temporal

1.1. Concepto legal

La incapacidad temporal es la alteración del estado de salud que sufre un trabajador y que le imposibilita para desempeñar las actividades propias de su actividad laboral de forma temporal; esta situación de hecho da lugar a una prestación económica que forma parte del cuadro de la acción protectora del Sistema General de la Seguridad Social español. La definición legal se encuentra establecida en el art. 169 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. La situación protegida abarca tanto a los procesos de salud debidos a enfermedad común y enfermedad profesional, como a los procesos de salud acaecidos por accidentes laborales y no laborales.

Se han de dar todos los presupuestos definidos en la norma para la declaración de incapacidad temporal y el nacimiento del derecho al subsidio. En primer lugar, el trabajador debe ser receptor de asistencia sanitaria y en segundo lugar debe encontrarse impedido para realizar su actividad laboral.

La declaración de incapacidad temporal por contingencias comunes (enfermedad de origen no profesional y accidente no laboral) le corresponde al Servicio Público de Salud y a las Entidades Colaboradoras de la gestión de la incapacidad temporal; y asimismo le corresponde tal declaración a las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social cuando la contingencia es de origen profesional (enfermedad profesional y accidente laboral); en ambas situaciones se requiere del correspondiente parte de baja laboral emitido por el facultativo con competencia para ello, previo reconocimiento médico (art. 2 RD 625/2014).

Los requisitos para ser beneficiario de la prestación económica son, por un lado estar en situación de alta o asimilada al alta, y por el otro, acreditar ciento ochenta días de cotización dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante en el caso de enfermedad común. Para las contingencias profesionales así como para el accidente de origen no laboral no se requiere periodo previo de cotización.

La duración máxima de la situación de incapacidad temporal es de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que el trabajador puede ser dado de alta por curación o mejoría; la duración máxima incluye

los periodos de recaída¹ por la misma o similar patología tanto para las contingencias comunes como para contingencias profesionales, de ello se desprende que no se establece un nuevo cómputo de días, y por lo tanto se deben acumular los días hasta el tiempo máximo de 545 días. Cuando se trata de la misma enfermedad no hay controversia, el dilema se presenta cuando se trata de una distinta afección de la que inicialmente originó la incapacidad temporal, es decir, que aun siendo distintas afecciones pueden corresponder a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones. En el análisis que aborda López Insua² considera que:

“El problema mayor está aquí en concretar quien va a ser el órgano que decida si se trata de la misma o distinta dolencia, el INSS, el SPS o la MCSS, ya que es más que evidente que el conflicto entre ellos está servido. Así pues, de acuerdo con la actual regulación, el único competente para aclarar el origen de esta segunda situación de necesidad es el INSS, siguiendo la redacción de la Ley 30/2005”.

Al mismo tiempo la Doctrina³ considera como muchos otros actores del sistema que actualmente:

“La recaída viene ocupando un papel especialmente importante pues, en torno a esta figura, sobrevuelan una vez más los problemas relativos al fraude y al absentismo laboral. Tal vez por ello, haya sido esta figura retocada nuevamente mediante la Ley 30/2005 con la intención de reducir aún más las dudas existentes. No obstante, permanecen todavía abiertos algunos interrogantes y van de hecho surgiendo otros nuevos debido, quizás, a la falta de desarrollo reglamentario”.

1.2. Concepto jurisprudencial

Se trata de un concepto basado en un criterio de capacidad laboral y funcional, según las secuelas, tanto físicas como psíquicas, de base médica, déficit orgánico o funcional (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1.990 y 13 de junio de 1.990), cuyo examen remite al binomio por un lado lesiones en contraste con la función; es decir, se pone en relación *“la aptitud laboral del trabajador con las funciones esenciales en su profesión habitual”* (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1.990, 26 de septiembre de 1.994, 16 de enero, 19 de septiembre de 1.995, 1 de marzo de 1.996, 4 de julio de 1.997, 23 de febrero de 2012, 31 de enero, 5 de abril, y 27 de mayo de 2.013).

¹ González, G.C. (2014). La regulación de la gestión y control de la incapacidad temporal en el RD 625/2014 de 18 de julio. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6). 1-12. BIB 2014\3358.

² López, I.B. (2015). Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja. *Revista de derecho de Seguridad Social*. 4(5), 75-96. ISSN 2387-0370.

³ Alcántara, C. J. M. (2015). Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos. *Revista de Información laboral*, (5). 1-6. BIB 2015\1862.

La doctrina jurisprudencial considera que es necesario realizar un análisis individualizado de cada caso en concreto, debido a que *“las secuelas o enfermedades aparentemente idénticas en su diagnóstico, con iguales signos radiográficos y análisis clínicos, pueden afectar a los trabajadores que las sufren de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo y de ahí que no quepa hacer generalizaciones, más ni siquiera en el presente caso concurre esa supuesta identidad en las lesiones y enfermedades”*.

La sentencia del Tribunal Supremo, 5467/2009, de 13 de julio, resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) en el que el elemento a valorar es el cumplimiento de los requisitos en un caso de denegación de efectos económicos a la situación de baja médica. Considera el Tribunal que no es una facultad discrecional del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) sino que se debe sustentar en un elemento objetivo, que permita razonar la denegación. Señala que la justificación se ha de basar en el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica, y es sobre ello que debe pronunciarse el INSS para fundar, argumentar y razonar su decisión:

“En el caso que nos ocupa, la Entidad demandada, ante el parte de baja médica, no ha argumentado nada referente a la inexistencia de una patología que limite la capacidad funcional de la demandante, limitándose a denegar los efectos económicos por los motivos antes expuestos. Por ello, la sentencia referencial, al estimarla pretensión actora, es la que aplica la buena doctrina”.

La jurisprudencia remarca en cuanto al criterio de objetividad médico, que se ha de contrastar la lesión (es) o alteración (es) de la salud que posea una entidad suficiente y que tengan un impacto negativo con la reducción de la funcionalidad del trabajador para el desempeño temporal de su actividad laboral, y por tanto se aprecie un efecto real sobre la producción activa es decir, para obtener unas rentas por su trabajo. La sentencia TSJ de las Islas Canarias núm. 324/2007, de 26 de abril, considera:

“Lo que no se puede hacer indudablemente es expedir un parte de baja -en este caso, se le examinó el 7 de marzo y le da la baja con fecha 10 de febrero-, con efectos retroactivos casi un mes antes de verla, porque sin duda alguna él no pudo constatar lo que le ocurría a la trabajadora en esos días y si estampó esa fecha, lo fue a instancia de lo que dicha persona le comentara. El facultativo sólo puede emitir el parte inmediatamente después del reconocimiento de esa persona y en esa fecha que se le produce ese reconocimiento”.

La valoración de la capacidad laboral ha de realizarse en las condiciones normales de habitualidad, sin que requiera del trabajador un sacrificio especial, es decir un esfuerzo normal para obtener el rendimiento exigible. El trabajo que ha de desempeñar el

trabajador se ha desarrollado con la diligencia profesional, con las exigencias habituales de continuidad, dedicación y eficacia que son legalmente exigibles a cualquier trabajador.

Por otro lado, he de mencionar en este apartado el concepto de profesión habitual; actualmente se considera inadecuado este concepto por el cambio sustancial y constante de los procesos productivos, la introducción de nuevas tecnologías, la forma de organización del trabajo y por la precariedad laboral.

Es por ello que la profesión habitual ha sido orientada por la jurisprudencia al conjunto de tareas que conforman la categoría profesional⁴. En palabras del jefe de la Unidad Médica del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de Guipúzcoa del INSS, Vicente Prado hace referencia a la Ley 27/2011, que modificó el art. 141 LGSS y que orienta el concepto de profesión habitual hacia las funciones laborales enmarcadas en los grupos profesionales, en los que se encuentran similares requerimientos de capacidades, además de parecidas condiciones de trabajo y riesgos. En segundo lugar, apunta también a que es preferible referirse a los grupos profesionales puesto que el RD 625/2014 y la Orden ESS/1187/2015 introducen la Clasificación Nacional de Ocupaciones actualizada a nivel nacional como internacional (OIT).

Es relativamente más fácil en procesos clínicos físicos (cardiología, neumología, oncología) donde las pruebas médicas permiten valorar el impacto en la funcionalidad. La Doctrina y la jurisprudencia coinciden en que en los procesos mentales como son la ansiedad y depresión hay un margen de subjetividad que dificulta en mayor medida valorar el impacto en la capacidad funcional; así lo intenta poner de manifiesto el estudio del grupo de Villaplana García⁵ y por otra parte otros estudios consideran que en estos procesos son más proclives de simulación^{6,7}.

⁴ Vicente, P.J. M. (2015). La profesión habitual una referencia a modificar en la valoración de la incapacidad laboral. *Revista de Medicina y Seguridad del Trabajo*. 61(238). 68-77.

⁵ Villaplana, G.M., Sáez, N. C., Meseguer, P. M., & García, I.M. (2013). Grado de efecto de las variables sociodemográficas, laborales, organizativas y del entorno en la duración de la incapacidad temporal por contingencias comunes en España. *Revista de Atención Primaria*, 90-98. <http://dx.doi.org/10.1016/j.aprim.2014.03.010>.

⁶ Díaz-Salazar, C.E & Chavarría-Puyol, H.M. (2008). Reflexiones sobre la simulación y disimulación en medicina evaluadora. *Rehabilitación*. 42(6). 325-330.

⁷ Blanco, F. S (2017). *Evaluación forense de la enfermedad mental en la incapacidad temporal: simulación y realidad*. Tesis Doctoral, facultad de psicología. Universidad de Santiago de Compostela. <http://hdl.handle.net/10347/15095>.

La jurisprudencia en sentido negativo se ha pronunciado de forma constante y considera que no es una patología justificada de incapacidad laboral; la falta de motivación de un trabajador debido a problemas organizativos o por estilos de mando empresariales especialmente observados en trabajadores con puesto de trabajo menos cualificados y monótonos, tampoco lo es la cercanía a la finalización de la relación contractual o a la extinción de la prestación por desempleo; tampoco son susceptibles de incapacidad temporal los compromisos y responsabilidades familiares que tiene un trabajador por el cuidado de sus hijos, de sus padres mayores, y enfermedades de familiares. Pedroza Alquezar⁸ considera que ha de prevalecer el concepto de baja laboral, vista como “*certificado médico de incapacidad*” y que no se ha de utilizar como un “*permiso administrativo*” para ausentarse al puesto de trabajo, expedido a demanda del trabajador.

1.3. Declaración de alta laboral en los procesos de incapacidad temporal

La declaración de alta laboral se otorga cuando se considera que el trabajador ha recuperado la capacidad laboral y por tanto puede reincorporarse a la actividad laboral; ello conlleva a la extinción del derecho a percibir el subsidio desde el mismo día de su expedición según el contenido del art. 174 LGS, el art. 5 RD 625/2014 y los arts. 6, 7 y 8 de la Orden ESS/1187/2015; por supuesto sin perjuicio que los servicios sanitarios continúen prestando la asistencia sanitaria según el proceso de salud.

En primer lugar, en cuanto a los motivos de alta pueden ser por curación del proceso o por mejoría clínica que permita al trabajador realizar su trabajo habitual, esta es la situación más frecuente. También otro motivo es el alta laboral con propuesta de incapacidad permanente antes de los trescientos sesenta y cinco días; o el alta laboral por el agotamiento del tiempo máximo (quinientos cuarenta y cinco días) con o sin declaración de incapacidad permanente.

Además en atención al art. 170.2 LGSS y art. 9 RD 625/2014, se puede emitir el alta laboral por incomparecencia injustificada a los exámenes y/o pruebas médicas o incomparecencia injustificada al requerimiento de los médicos inspectores del INSS o

⁸ Pedroza, A.S. (2016). El Tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. 2(7).143-153. ISSN 2387-0370.

de la Mutua colaboradora de la Seguridad Social (MCSS) para realizar el reconocimiento médico pertinente (Sentencia TSJ Madrid 8/2017, de 11 de enero y Sentencia TSJ La Rioja 260/2016, de 29 de diciembre, STS 941/2016, de 10 de noviembre y STS 2713/2012, de 6 de marzo), todo ello previo procedimiento administrativo y suspensión cautelar de la precepción del subsidio⁹.

En segundo lugar, en cuanto a la legitimación con carácter general para declarar el alta laboral la ostentan ante todo, los facultativos del servicio público de salud cuando el proceso deriva de contingencia común y los facultativos de la mutua cuando el proceso deriva de contingencia profesional (art. 5.1 RD 625/2014 y art. 6 Orden ESS/1187/2015).

Además, los médicos inspectores del servicio público de salud (art. 5.1 RD 625/2014 y art. 7 Orden ESS/1187/2015) también ostentan esta competencia.

Finalmente, los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina (art. 5.1 RD 625/2014 y art. 8 Orden ESS/1187/2015).

Cabe destacar, que la legitimación varía según la duración de la incapacidad temporal; por un lado la competencia para declarar el alta laboral en los primeros trescientos sesenta y cinco días la ostentan los tres grupos de profesionales médicos mencionados en los renglones previos (art. 170.1 LGSS). Por otro lado, una vez superados los trescientos sesenta y cinco días de incapacidad temporal, es el Instituto Nacional de la Seguridad el único competente para emitir el alta médica bien por curación o mejoría (art. 170.2 LGSS) o por incomparecencia injustificada.

El alta por incomparecencia la pueden otorgar los médicos inspectores del servicio público de salud y los inspectores del INSS/ISM, y en sentido negativo no la pueden expedir los facultativos del servicio público de salud, así lo ha dejado claro el legislador al excluirlos en el art. 174 LGSS. Para emitir un alta por incomparecencia se ha de estar a dos requisitos: el primero, se ha de acreditar la incomparecencia y el segundo, la justificación objetiva de la misma^{10, 11}. La modificación introducida por el art. 9 del RD 625/2014, establece el procedimiento a seguir para extinguir el subsidio; artículo que

⁹ Tortuero, P.J. (2014). Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 4(1). 41-46. ISSN 2387-0370.

¹⁰ Tortuero, P.J. (2014). *Op. Cit.*, págs. 41-46.

¹¹ Gutiérrez, P. M. (2015). Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014 de 18 de julio. *Revista de Derecho de Seguridad Social*, 3(4). 101-119. ISSN 2387-0370.

desarrolla los artículos 174.1 y 175.3 LGSS. Ballester Laguna lo considera un acierto¹² porque:

“Tanto la seguridad jurídica como los derechos del trabajador salen reforzados en la nueva ordenación. Sin embargo, descendiendo a los pormenores de la regulación, considero que el plazo de preaviso de 4 días hábiles entre la citación del trabajador y el acto de la comparecencia es muy ajustado. También resulta mejorable, por incompleto, el catálogo de causas de justificación de la incomparecencia. Y, sobre todo, se echa en falta una regulación expresa del acto de citación que equipare las formalidades exigibles a las entidades gestoras y a las mutuas”.

Asimismo, Ballester Laguna considera que se ha de evaluar siempre teniendo presente principio de proporcionalidad que debe presidir la valoración de la conducta del trabajador (diligente o no), y la puesta en relación con la extinción como consecuencia. Informa que los tribunales vienen ofreciendo respuestas adecuadas a los problemas que se les plantean. Se trata de un análisis caso por caso, (Sentencia TSJ Madrid núm. 8/2017, de 11 de enero, Sentencia JS Núm. 28/2017, de 27 de enero, y Sentencia TSJ La Rioja núm. 260/2016, de 29 de diciembre). En el RCUUD núm. 879/2009, de 29 de septiembre, el Fiscal considera que la pasividad del trabajador al no asistir a los reconocimientos médicos puede llegar a considerarse una conducta de:

“ (...) Negligencia omisiva, ya que al tener en su poder los avisos de Correos con la constancia del remitente, cualquier persona que obrase con la diligencia debida al ciudadano medio - conocedor de la situación laboral-, no hubiese dejado de recoger en la oficina de Correos los telegramas sobre los que se había dejado el aviso.”

Vale la pena decir que las Mutuas colaboradoras de la Seguridad social (MCSS) no tienen legitimación activa para declarar el alta médica a un trabajador por ninguno de los motivos previamente expuestos¹³. Ellas en el ámbito de sus competencias pueden elevar solicitudes o propuestas de alta laboral dirigidas a la inspección médica del servicio público de salud en base a: información médica obtenida de sus propias actividades de control y seguimiento del trabajador, de la asistencia sanitaria dispensada bien sea de la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos terapéuticos y

¹² Ballester, L.F. (2015). La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos tras las reformas de 2014-2015. *Revista de Derecho Seguridad Social*, 3(2). 27-48. ISSN 2387-0370.

¹³ Gutiérrez, P. M. (2015). Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014 de 18 de julio. *Revista de Derecho de Seguridad Social*, 3(4). 101-119. ISSN 2387-0370.

rehabilitadores, también de la información médica que obra en los partes médicos de baja y de confirmación y en los informes médicos emitidos durante el proceso (art. 82.4. b) LGSS, art. 6.1 RD 625/2014). Estas propuestas de alta solo alcanzarán eficacia si son estimadas por la inspección médica del servicio público de salud a través de la expedición del correspondiente parte de alta médica.

La declaración de alta médica conlleva un requisito previo *sine qua non* que se desprende de la exposición de motivos del RD 625/2014 en el que se enfatiza el mantener el rigor en la constatación de la enfermedad al trabajador y de la incidencia en la capacidad para desempeñar la actividad laboral¹⁴. Además, el legislador establece explícitamente en el art. 5 del RD 625/2014 la obligación de practicar el correspondiente reconocimiento médico al trabajador, deber que compromete tanto a los facultativos del servicio público de salud, los facultativos de las Mutuas (procesos de contingencia profesional), los inspectores médicos del SPS, los inspectores del ISM y los inspectores del INSS. En efecto el legislador estatal este deber lo incorpora nuevamente en todos los artículos que regulan el capítulo III de los procesos de declaración del alta en situación de incapacidad temporal en mi opinión por coherencia legislativa y para evitar interpretaciones un sentido diferente.

En definitiva y para cerrar este apartado sobre el alta laboral, decir que los efectos de alta laboral suponen por un lado la extinción del derecho al subsidio y por otro la obligación del trabajador a reincorporarse al trabajo el mismo día en que se produzcan sus efectos, porque lo contrario será una ausencia al trabajo no justificada motivo de extinción de la relación laboral (art.54 TRLET) y para ilustrarlo se recuerda el Recurso núm. 2914/2015, de 21 de junio:

“El debate gira sobre los efectos de la impugnación del alta médica, partiendo de que el acto administrativo por el que se extingue la IT es inmediatamente ejecutivo, con independencia de que se impugne o no esa alta médica, sosteniendo la sentencia que la simple impugnación no mantiene automáticamente la suspensión del contrato, ni exonera de la incorporación. Y si bien la trabajadora informó a la empresa de la impugnación, no acreditó que no se encontrase en condiciones de trabajar en contra de la consideración del médico inspector, ni ofreció los medios para verificarlo”.

¹⁴ Tribunal de Cuentas (2014). *Informe de Fiscalización sobre la Gestión y Control de la Incapacidad Temporal por las entidades del Sistema de Seguridad Social*. www.tcu.es/repositorio/ad7d34ec-0c9a-4b3f-87a6.../11027.pdf

1.4. Control en vía administrativa

Este apartado tiene como finalidad mencionar las diferentes vías de revisión del alta laboral sin profundizar en cada procedimiento en concreto.

Para empezar, se menciona el procedimiento especial de revisión de altas médicas por contingencia profesional expedidas por las MCSS y las empresas colaboradoras introducido por la disposición adicional decimonovena de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, relacionada con la prestación de incapacidad temporal; disposición que en su día modificó por tanto el art. 128 LGSS, actualmente corresponde al art.170.4 LGSS (RDL 8/2015). El desarrollo reglamentario del procedimiento se encuentra en el RD 1430/2009, de 11 de septiembre.

La Entidad gestora ha de resolver las cuestiones siguientes, siempre y cuando la MCSS previamente no se hubiera pronunciado reconociendo la improcedencia del alta¹⁵. En primer lugar, sobre la fecha del alta laboral y sus efectos (art. 4.7 letra a) y d) RD 1430/2009), en el supuesto en que el Instituto Nacional de la Seguridad Social ratifique el alta laboral o establezca una nueva fecha de extinción, dará lugar al reintegro de las prestaciones económicas indebidamente percibidas por parte del trabajador; en mi opinión esta consecuencia jurídica se ha de explicitar cuando se informa al trabajador del procedimiento de revisión. Si por el contrario se declara el alta laboral como improcedente en consecuencia se anulan los efectos de la misma y por tanto se mantiene la situación de incapacidad temporal por contingencia laboral (art. 4.7 letra b) RD 1430/2009).

En segundo lugar, ha de pronunciarse sobre la determinación de la contingencia cuando coincidan dos procesos intercurrentes en el mismo periodo de tiempo y existan diferentes bajas una por contingencia profesional y otra por contingencia común.

Finalmente, se ha de recordar que este procedimiento preferente de revisión agota la vía administrativa. El legislador la ha homologado la resolución expresa que concluye el procedimiento a la resolución de reclamación previa con sus respectivos efectos, por tanto a partir de la conclusión del procedimiento si el trabajador persevera en la

¹⁵ Gutiérrez, P. M. (2015). Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014 de 18 de julio. *Revista de Derecho de Seguridad Social*, 3(4). 101-119. ISSN 2387-0370.

disconformidad con el alta podrá enervar la acción ante la jurisdicción social (Sentencia TSJ País Vasco núm. 1557/2003, de 20 de mayo).

Para continuar con los diferentes procedimientos de revisión en vía administrativa se cuenta con la reclamación previa. Es imprescindible agotar este recurso cuando se trate de una impugnación del alta laboral emitida antes del agotamiento de los trescientos sesenta y cinco días, con independencia del órgano emisor (facultativo del servicio público de salud, inspector del servicio público de salud, inspector médico adscrito al Instituto Nacional de la Seguridad Social), el trabajador tiene once días desde la notificación de la resolución para interponer el recurso administrativo (art. 71.2 LRJS). El plazo para la contestación es de siete días y por tanto se ha de considerar desestimado con el transcurrir del mismo.

Están exceptuadas de reclamación previa las impugnaciones de las resoluciones de alta de las Entidades gestoras de la Seguridad Social posteriores al agotamiento de los trescientos sesenta y cinco días (art. 71.1 LRJS). Se ha de señalar que la interposición de la reclamación previa interrumpe el plazo de prescripción del derecho material; y respecto a la caducidad del procedimiento produce la suspensión del mismo¹⁶; que se reanuda al día siguiente de la notificación de la resolución o del transcurso de los siete días en que se ha de considerar desestimada por silencio administrativo (art. 73 LRJS).

Finalmente, el tercer recurso en vía administrativa existente es el procedimiento de disconformidad con la Resolución de alta médica expedida por el INSS que supone la extinción de la incapacidad temporal, tal como versa el art. 170.2 LGSS. El trabajador puede presentar disconformidad frente a la resolución de alta laboral ante la inspección médica del servicio público de salud en el plazo máximo de cuatro días naturales o ante el INSS; ello supone la suspensión de la efectividad del alta laboral. Si la inspección del SPS ratifica el alta de forma expresa o tácita y por tanto a los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, ésta desplegará todos sus efectos.

En caso de discrepancia, la inspección del SPS está facultada para proponer la reconsideración del alta laboral, previo ejercicio de razonamiento y fundamentación; para ello dispone de siete días naturales. Por su parte la Entidad gestora puede por un lado, reconsiderar el alta laboral y emitir nueva resolución a los interesados (trabajador, inspección médica) prorrogando la situación de incapacidad y por otro lado, si se

¹⁶ Tortuero, P. J. (2016). Incapacidad Temporal: Límites del principio de oficialidad y el juego de las reglas de prescripción y retroactividad. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2(7).115-121. ISSN 2387-0370.

reafirma la decisión de alta laboral, tiene el deber de aportar las pruebas en que fundamenta la decisión, en este supuesto se entiende prorrogada la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución. No obstante, el trabajador puede independientemente de manifestar su disconformidad presentar demanda de impugnación del alta médica en la jurisdicción social sin necesidad de formular reclamación previa, además la disconformidad se tramitará sin tener en cuenta la facultad del trabajador de ejercitar la protección jurisdiccional y que se notificará al trabajador, a la empresa, al SPS y a la MCSS.

2. Impugnación judicial del alta laboral

2.1. Procedimiento especial

Por lo que se refiere a este apartado abarcará sobre el derecho constitucional que tiene el trabajador a promover la tutela judicial efectiva. En primer lugar respecto a la jurisdicción y competencia se ha de mencionar que el legislador estatal ha consolidado a través de la Ley 30/2011, de 10 de octubre, una amplia competencia funcional a la jurisdicción social por considerarla especializada y por el conocimiento profundo sobre la materia laboral, social y prestacional de la Seguridad Social; tal como se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la norma. Actualizando, corrigiendo y clarificando de esta forma los dos criterios competenciales especializados: el primero de tipo subjetivo, al atribuirse al orden contencioso administrativo los distintos asuntos con base a la cualidad jurídica pública de la Administración productora del acto impugnado; y el segundo de tipo objetivo, atribuye a la jurisdicción social la materia específica Seguridad Social. La Doctrina considera que se trata de una excepción a la regla general, teniendo en cuenta que el Derecho de la Seguridad Social es un derecho de carácter público, administrativo, gestionado por una parte de la Administración pública que aplica procedimientos administrativos y que cómo no podía ser de otro modo, de la que emanan actos administrativos¹⁷.

Álvarez Cortés considera que la nueva redacción de los artículos 2 y 3 de la LRJS, ha supuesto una forma de eliminar “*zonas de conflicto*” en la división objetiva de la

¹⁷ Álvarez, C.J.C. (2014). Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para el conocimiento de las prestaciones de Seguridad Social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. (1) 203-218. ISSN 2387-0370.

jurisdicción entre el ámbito contencioso administrativo y social. A pesar de ello; la materia de Seguridad Social no ha quedado atribuida de forma exclusiva al ámbito social; debido a que en el artículo 3 LRJS se establecen cuatro límites (responsabilidad patrimonial de las Entidades gestoras, y servicios comunes de la Seguridad social, la impugnación de actos administrativos sobre asistencia y protección social pública en materias distintas de las indicadas en los apartados o) y s) del art. 2 LRJS, las impugnaciones de los actos de encuadramiento, cotización, liquidación y recaudación de cuotas y actuaciones de la Inspección de Trabajo de la Seguridad Social y la impugnación directa de disposiciones generales de rango inferior a la Ley y decretos legislativos que excedan los límites de delegación en materia de Seguridad social), por lo anterior se considera un “*híbrido*” porque se atribuyen determinados bloques de litigios en materia de Seguridad social a la jurisdicción contencioso administrativa¹⁸.

La norma reguladora de la Jurisdicción Social contiene en el libro segundo además del procedimiento ordinario, múltiples procedimientos especiales entre ellos el proceso especial recogido en el Título II, capítulo VI de la ley, sobre Prestaciones de la Seguridad Social, todo ello con el fin teleológico de ofrecer una mayor y mejor protección a los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social fortaleciendo el acceso a la tutela judicial efectiva según el mandato constitucional recogido en el art. 24 CE.

En consecuencia es la jurisdicción social quien debe conocer de todos los asuntos tanto de forma directa o por un vínculo de especial conexión de las prestaciones en materia de la Seguridad Social (art. 25.3 LOPJ, art. 2 letra o) y art.6 LRJS). La regla especial sobre la competencia territorial de los órganos judiciales (art.10 LRJS) viene determinada de forma alternativa por la circunscripción en que se haya producido la resolución originaria o por la circunscripción de la actuación impugnada en el proceso o finalmente, el domicilio del demandante; resta decir que el juez está obligado a examinar de oficio la falta de competencia material, territorial y funcional (art. 5 LRJS), y por tanto dictará auto declaratorio en el que indicará al demandante ante quién y cómo debe ejercitar su derecho.

Es importante mencionar que en este momento los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad que rigen el proceso y que tanto el Juez como el Letrado de

¹⁸ Márquez, P. A. (1998). *La materia contenciosa de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanc. ISBN 978-84-8002-568-3.

la Administración de justicia (LAJ) están vinculados tanto en la aplicación de las normas como en su interpretación (art. 74 LRJS).

Por lo que se refiere a los sujetos, en primer lugar, la legitimación activa para enervar la acción de impugnación del alta médica está otorgada en exclusiva al titular del derecho subjetivo (art.17 LRJS), es quien podrá defender su derecho y comparecer en juicio si goza del pleno ejercicio de los derechos civiles. En sentido contrario, los representantes legítimos o los que suplen o complementan la capacidad de los titulares son los sujetos que deberán comparecer en juicio. En segundo lugar, la capacidad procesal alcanza además de a todos los trabajadores mayores de edad que tienen capacidad para ser parte, a los trabajadores menores de diez y ocho años (18) y mayores de dieciséis años (16) cuyo derecho deriva del contrato de trabajo, de la relación con la Seguridad social y no requieren de autorización legal de los padres, tutores o institución, por último también los trabajadores mayores de diez y seis años autónomos económicamente dependientes tienen capacidad procesal.

Asimismo para garantizar el principio a la igualdad de las partes (art. 14 CE y 21.3 LRJS) y posibilitar el acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) pueden intervenir las partes por sí mismas o facultativamente pueden contratar los servicios y otorgar poder de representación a un abogado; sin perjuicio del ejercicio del derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la designación de abogado del turno de oficio (art. 119 CE y art. 21.4 LRJS) cuando corresponda. También puede intervenir procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus facultades; actuación que se ha de hacer constar en la demanda (art. 18 y 21.2 LRJS). El poder de representación debe ser otorgado, bien mediante escritura pública o por comparecencia *apud acta* ante el Letrado de la Administración de justicia (LAJ).

La parte demandante será siempre un asegurado debido a que la pretensión de la acción solo afecta de forma individual y directa al trabajador; en cambio habrá litisconsorcio pasivo necesario y deben comparecer en juicio como codemandadas todas las partes a las que el ejercicio de la acción les afecte para que sean declarados responsables directos o subsidiariamente (el empresario en caso de incumplimiento del deber de cotizar y del pago de los recursos a la Seguridad social según el art. 18.3 LGSS); por tanto, podrán ser demandadas las Entidades y organismo gestores de la Seguridad Social y las Entidades colaboradoras en la gestión de la incapacidad temporal (art. 140.3 letra a) LRJS); también será demandado el servicio público de salud en caso

de impugnarse el alta laboral emitida por sus facultativos o por los inspectores médicos del SPS.

El proceso de impugnación judicial del alta laboral por contingencia común se ha de formular en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha de notificación de la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se considera denegada por silencio administrativo (art. 71.5 y 140.1 LRJS); requisito que es subsanable en los siguientes cuatro días. Una vez solventado este trámite, será admitida la demanda. En los casos en que no se exige reclamación previa el plazo para interponer la demanda es de veinte días desde la notificación definitiva de alta médica o desde el momento que alcanza plenos efectos (art. 71.6 y 140.1 LRJS). La demanda además de cumplir los requisitos temporales, ha de cumplir con los requisitos formales de los art(s) 80 LRJS y art. 399 y 405 LEC.

El proceso judicial es un proceso contradictorio y dispositivo, por tanto el actor puede renunciar al derecho, desistir del juicio; si ello ocurre el LAJ dictará decreto con el sobreseimiento del proceso. Asimismo el actor puede solicitar la suspensión del proceso de forma motivada, que en todo caso debe ser acordada por el LAJ cuando no perjudique el interés del proceso. En el supuesto de renuncia a la acción ejercitada o al derecho, el tribunal debe dictar sentencia absolutoria respecto de los demandados. Ahora bien, una vez admitida la demanda el LAJ emplazará a las partes por imperativo legal para la celebración de la vista dentro de los cinco días siguientes, dado el carácter urgente y preferente del proceso.

Por lo que se refiere al objeto del proceso, lo que pretende la parte actora es la declaración indebida de alta médica único efecto posible (art. 140.3 letra c) LRJS), en tanto no concurra alguna causa para su extinción; por tanto, si se estima la pretensión se ha de restituir al trabajador en la situación de incapacidad temporal y a percibir la prestación económica por incapacidad temporal que el trabajador estaba percibiendo.

La prestación económica corresponde a un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora (art. 161 y 171 LGSS), por contingencias comunes corresponde al 60% desde el día cuarto al vigésimo y asciende al 75% de la base reguladora a partir del día vigésimo primero.

Mientras que en otros procesos judiciales se pueden acumular acciones en este en particular no es posible, ni siquiera con la declaración de incapacidad permanente, las diferencias en la prestación económica de la IT, la determinación de la contingencia; tal es el caso de la Sentencia del TSJ Cataluña núm. 6210/2005, en el que el tribunal estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS quien denuncia la infracción del antiguo artículo 27.3 LPL, hoy art. 140 d) LRJS; porque el juez de instancia estimó la pretensión subsidiaria solicitada en la demanda; en caso de que no se declarara a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta, se le declaró en situación de incapacidad temporal. El tribunal Superior de Justicia Catalán consideró:

“La causa de pedir es un elemento clásico para identificar la pretensión efectuada en el proceso, y que por tanto sirve no solo para la determinación de si varias acciones son o no acumulables sino también para determinar si existe litispendencia o cosa juzgada, en tanto que ambas exigen la identidad de la causa de pedir, y asimismo para la incongruencia, en la medida en que es apartamiento de oficio de la causa de pedir que concreta la pretensión. En sustancia, la causa de pedir son los hechos constitutivos de la pretensión, y que por tanto la individualizan como tal, diferenciándolas entre otras. (...) En este caso los hechos médicos que por su naturaleza o por sus circunstancias se muestran como no definitivamente instaurados como incapacitantes, y que por lo tanto son susceptibles de curación a través del tratamiento médico adecuado, en un caso o en el otro, los hechos médicos por su naturaleza o por sus circunstancias son definitivamente incapacitantes”.

La fundamentación del tribunal radica en la diferenciación de la pretensión de incapacidad permanente de la de incapacidad temporal, además de tener requisitos distintos para causar la prestación (requisito de alta o asimilada, requisitos de cotización, base reguladora o efectos, incluso las partes responsables).

Para finalizar con este apartado sobre el procedimiento, se ha de recordar que una vez admitida a trámite la demanda, el tribunal señala día y hora para el juicio oral; asimismo en virtud del art. 141 de LRJS reclama a la Entidad gestora o al organismo gestor o colaborador la remisión íntegra del expediente o de las actuaciones administrativas practicadas en relación con el objeto del litigio. La forma puede ser en soporte escrito preferentemente informático con índice, foliado y autenticado, todo ello en el plazo de diez días desde la recepción del oficio del juzgado.

2.2. Práctica probatoria

El Objeto de la práctica de las pruebas es hacer patente la certeza de unos hechos que guardan relación con la tutela judicial accionada. La práctica probatoria de los procesos en materia de prestaciones de la Seguridad social está delimitada por la Sección tercera “*De las pruebas*” de la LRJS y con carácter subsidiario por el capítulo V sobre “*Disposiciones Generales*” y el capítulo IV “*De los medios de prueba y las presunciones*” de la LEC.

Los hechos de la demanda pueden ser alegados bien como excepción procesal en la fase de alegaciones previas (art. 85.2 LRJS y 217 LEC) o como razón material (art. 97.2 LRJS y art. 169 LGSS) cuando se discute el fondo del asunto.

Corresponde al actor la carga de la prueba de los hechos constitutivos del derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para el nacimiento del derecho)¹⁹. Se admitirán pruebas útiles, pertinentes y lícitas (art. 287 LEC) sobre los hechos en los que no hay conformidad y guarden coherencia con el objeto del proceso. El juez resuelve sobre la pertinencia de las pruebas propuestas; interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial, interrogatorio de testigos, medios de reproducción de la palabra, sonido, imagen (art. 90 - 95 LRJS). En caso de inadmisión de un medio de prueba, pregunta o diligencia el proponente ha de hacer constar su protesta en el acto, por su parte el juez, ha de fundamentar de forma razonada la denegación y la protesta, a efectos de posterior recurso contra la sentencia. La práctica de la prueba se rige por el principio de concentración en el cual se aspira a que todos los actos procesales se realicen en unidad de acto, en una sola audiencia, además de la proximidad de la práctica de la prueba al momento de dictar sentencia.

El juez, la parte demandante y las partes demandadas podrán hacer preguntas a las partes, a los peritos y a los testigos que consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Una vez practicada la prueba, las partes formulan oralmente las conclusiones de forma ordenada, concreta y precisa si a su juicio los hechos relevantes han sido o deben ser considerados admitidos y probados o inciertos. Hay que hacer

¹⁹ Rivas, V.P. (2002). *Los procesos en materia de prestaciones de la Seguridad social*. Navarra. Editorial Aranzadi. ISBN 84-9767-062-0.

notar en este momento la sentencia del TSJ Madrid núm. 18/2017, donde se pone de manifiesto los principios inherentes a la práctica probatoria en el proceso así:

“Los hechos que han sido declarados probados se infieren de las pruebas aportadas y practicadas en el acto de juicio oral con las debidas garantías de inmediación, oralidad e igualdad de armas (art. 97.2 de la LRJS) y han sido valorados de conformidad con los criterios generales de la carga de la prueba y ponderados conforme a las reglas de la sana crítica por el juez a quo en virtud de la facultad que le confieren los artículos citados, cuando de pruebas periciales se trata, sin que se advierta que su interpretación sea equivocada o errónea, lo que permite sustentar la relación de hechos probados tal y como ha sido descrita en la sentencia que se recurre tal y como hemos expuesto”.

En síntesis, las pruebas relevantes en el proceso de impugnación de alta médica son: la prueba documental y la prueba pericial. En los siguientes apartados se tratará más a fondo cada una de ellas.

2.2.1. Prueba documental

La doctrina mayoritaria²⁰ considera que documento es *“todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso. Bajo este concepto tienen cabida los documentos en soporte de papel y no papel, expresados mediante la escritura u otra señal impresa, y también, por ende, los medios de reproducción de la imagen y el sonido y la prueba por soportes informáticos, e incluso los llamados documentos electrónicos”.*

Los elementos integradores del documento son: el soporte, el contenido y el autor (a quien jurídicamente se le atribuye). Abel Lluch en su obra retrotrae la definición clásica de Núñez Lagos, quien considera que los requisitos de autoría del documento son la voluntad y conciencia de ser autor, el acto de asunción de la paternidad del documento y cualquier modo de expresión y reconocimiento del autor (firma, antefirma, expresión en el texto del nombre, sin firma ni antefirma). Cuando nos encontramos ante un documento con ausencia de firma, este defecto afecta a la eficacia probatoria y no a la existencia del documento como tal.

²⁰ Abel, L.X & Picó, J.J. (2010). *La prueba documental*. Colección de formación continuada de derecho ESADE. ISBN 978-84-7698-894-7.

Antes de continuar, he de manifestar que en este trabajo se abordaran los documentos relativos al fondo del asunto (art. 94 LRJS y 265 LEC), que son esenciales en el proceso de impugnación de alta médica, en los cuales los pacientes fundamentan su ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva, por tanto, se tratará de los dos tipos de documentos, los públicos y los privados y en sentido contrario no se abordan los documentos procesales (264 LEC).

Los documentos públicos enumerados en el art. 317 de la LEC son fuente probatoria en los procesos judiciales, y especialmente los documentos referidos al art. 317.5 LEC para el proceso de impugnación de alta médica. La característica esencial del documento público es la su autor. El documento ha de ser firmado por un funcionario público que actúa en el ámbito de su competencia y de acuerdo con las normas de su función. En la Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil núm. 956/2005, de 14 de diciembre; el alto tribunal no reconoce como documento público unos certificados médicos expedidos para demostrar la incapacidad para testar de un ciudadano, así:

“El recurrente asigna el valor de documentos públicos a los que anteriormente se consignaron, pero no lo son obviamente, pues el artículo 1.216 del Código civil dice que son documentos públicos "los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la Ley", por tanto no tienen este concepto los tres certificados médicos aportados con la demanda, aunque consten en modelo oficial. Uno de ellos es de un médico inspector municipal de sanidad con el sello de la inspección, pero lo que certifica son cuestiones ajenas a las de su cargo oficial y competencias (el estado de salud de D^a. Camila). Tampoco se puede llamar documento público al certificado del Alcalde, pues entre sus funciones no se encuentra la de dar fe del estado de salud de los habitantes del municipio”.

Por otra parte, la presentación de una copia simple o una fotocopia del documento público, alcanza su valor probatorio pleno si no son impugnadas; en el caso de que se impugnen se ha de aportar el original con copia o certificación fehaciente. También se puede acudir al cotejo para determinar su autenticidad, si lo son alcanzan valor probatorio pleno; cuando no es posible el cotejo, el valor probatorio se rige por las reglas de la sana crítica²¹. Los documentos administrativos u oficiales (art. 319.2 LEC) son documentos públicos emitidos por funcionario carente de fe pública o sin sujeción a formalidades legales (ejemplo: los partes de incapacidad, el parte de alta médica, los partes de accidente de trabajo), estos documentos gozan de eficacia probatoria. Cuando hay colisión entre el contenido de dos documentos públicos, se deben valorar según las

²¹ Magro, S.V. (2006). *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. LA LEY. Grupo Wolkers Klubers. ISBN: 978-84-97-25-751-0.

reglas de la sana crítica y en coherencia con la valoración en conjunto de toda la prueba. Si alguno de los documentos públicos es impugnado por falsedad (art. 392 y 390 CP), se debe seguir el proceso de prejudicialidad penal previsto en el art. 40 LEC (SAP de Barcelona, sala penal núm. 84/2017, de 30 enero, Sentencia juzgado de Instrucción 2 Terrassa núm. 32 /2017, laboral, hasta obtener sentencia del proceso penal.

Los documentos privados son todos aquellos que están excluidos en el art. 317 LEC. El elemento definitorio esencial es la ausencia de funcionario público o de persona que tenga atribuida legalmente la facultad de dar fe²². Estos documentos se aportan en original o mediante copia auténtica (art. 268 LEC) así alcanzan el valor de prueba plena si no son impugnados, también se puede aportar una copia simple. Estos documentos no gozan de la presunción de autenticidad. En el caso de ser impugnado debe ser acreditado por quien lo aporta al proceso. No es infrecuente en los procesos de impugnación del alta laboral la colisión entre el contenido de un documento público y el contenido del documento privado no impugnado; por lo anterior ambos gozan de fuerza vinculante y por ello deben ser sometidos al principio de libre valoración de la prueba, por tanto ha de valorarse en coherencia con las demás pruebas.

El expediente administrativo es una prueba fundamental en el proceso. Una vez cumplido el plazo sin que el tribunal lo haya recibido se reiterará la petición con solicitud de remisión urgente (art. 144.1 LRJS). El demandante podrá por su parte solicitar suspensión del juicio, para que se reitere la aportación del expediente con nuevo plazo de cinco días y si es necesario con imposición de medidas. Tanto la falta de remisión del expediente como otro incumplimiento en las obligaciones de colaboración en el proceso, ha de ser notificado por el LAJ al Director de la Entidad gestora, a efectos de la responsabilidad disciplinaria que proceda (art. 145 LRJS).

El expediente administrativo contendrá:

- Los informes médicos complementarios expedidos por el facultativo que otorga los partes de confirmación que se actualizarán cada dos partes de confirmación. En el que se hará constar; las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento prescrito, las pruebas médicas realizadas, la evolución clínica y su incidencia sobre la capacidad funcional (art. 4.1 RD 625/2014)

²² Abel, L.X & Picó, J.J. (2010). *La prueba documental*. Colección de formación continuada de derecho ESADE. ISBN 978-84-7698-894-7.

- Los informes médicos de control de la incapacidad temporal (procesos de gestión de la incapacidad temporal del SPS), que han de contener la justificación médica de la necesidad de mantener la situación de baja laboral al trabajador (art. 4.2 RD 625/2014).
- Las actualizaciones de los informes médicos anteriores (art. 4.3 RD 625/2014).
- Las pruebas médicas realizadas durante el proceso (art. 4.3 RD 625/2014).
- Los informes médicos y anotaciones realizadas con motivo del control y gestión del proceso de incapacidad de los inspectores médicos del servicio público de salud y de los inspectores médicos adscritos al INSS (art. 4.3 RD 625/2014).
- Informes médicos de propuestas de alta de las MCSS, que serán acompañadas de informes y pruebas realizadas durante el proceso (art. 6 RD 625/2014).
- Informe del reconocimiento médico del trabajador previo al alta laboral (art. 5 RD 625/2014).

En otros términos y para resaltar la utilidad probatoria del expediente administrativo se ilustra con la sentencia del Juzgado Social de Madrid núm. 435/1995, en cuanto a los hechos probados,

“A la hora de concretar el origen del relato fáctico que antecede, no presentan especial dificultad los hechos probados en primero, segundo, tercero, quinto, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo, y decimotercer lugar, ya que exclusivamente tienen como base documentos que o bien están incorporados al expediente administrativo, o han sido aportados por los litigantes al presente proceso, incluso algunos de manera duplicada, los cuales han merecido en todo caso la verosimilitud necesaria para su incorporación a estos ordinales (...)”. Para elaborar el decimocuarto hecho declarado probado, se ha tenido en cuenta lo manifestado en el acto del juicio oral por el Perito-Médico que al mismo compareció, D. Luis Manuel, así como los informes por él emitidos, y que constan incorporados a la prueba documental de la parte actora, manifestaciones estas que se han valorado específicamente en cuanto que el citado Sr. Luis Manuel no solo es - especialista en Neurología y Neurocirugía-, especialidades íntimamente unidas a las dolencias del demandante, sino que lo viene atendiendo desde el año 1988, con lo cual el conocimiento de su situación es aún más profundo apareciendo incluso algunos datos que allí se reflejan en el propio dictamen de la UVMI, cual es que para deambular se ayuda con bastón”.

En resumen, el expediente administrativo y los documentos tanto públicos y privados no impugnados aportados por las partes, son imprescindibles para obtener certeza sobre los hechos relevantes.

2.2.2. Prueba Pericial

La prueba pericial es en sentido abstracto un instrumento que aporta al juez conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o para adquirir certeza sobre ellos. En un sentido más concreto y en especial en el ámbito social está regulada en el art. 93 de LRJS, sin perjuicio del régimen de subsidiariedad que le corresponde a la LEC; se trata de una pericial científica en la que se informa al juez sobre todas aquellas actuaciones médicas.

La fuente de la prueba es el perito, que puede ser una persona física o jurídica (art. 340 LEC). En el primer caso, ha de poseer título oficial que se corresponda con la materia objeto del dictamen. En el segundo caso, se puede solicitar dictamen a las academias e instituciones científicas que se dedican al estudio de la materia, incluso a las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello, ello corresponde a la pericia llamada corporativa (colegiada o institucional).

El perito es un sujeto ajeno al proceso, aporta sus conocimientos y su actuación está enmarcada bajo promesa de decir verdad o juramento, además ha de obrar con objetividad, imparcialidad y transparencia. Ha de considerar tanto lo que pueda favorecer y perjudicar a cualquiera de las partes. Además es responsable por sus actuaciones en diferentes ámbitos²³. Primero, es responsable penalmente (359 y 360 CP) por falso testimonio; las sanciones por incumplimiento son además de la pena privativa de libertad (6 meses – 2 años) una sanción pecuniaria (3 meses – 6 meses), y en casos especiales de inhabilitación especial para la profesión u oficio, empleo o cargo público (6 años – 12 años). Segundo, el perito médico es responsable disciplinariamente ante el tribunal (art. 193 y 194 LOPJ) por faltar de palabra, obra o por escrito en los actos judiciales a la consideración, al respeto y obediencia al tribunal y en general al personal de la Administración de justicia. Tercero, el perito es responsable civilmente por los daños y perjuicios que ocasione (art. 1101, 1102, 1902 CC). Cuarto, además el perito está sujeto a responsabilidad disciplinaria por el Colegio oficial de médicos (COM), art. 82 y 83 de los estatutos del COM Barcelona y art. 62 y 63 de los estatutos del COM Madrid.

²³ *Situación actual de la valoración del daño corporal*. José Moreno Martín. Tesis Doctoral, facultad de Medicina. 2015. Universidad de Málaga. <http://orcid.org/0000-0001-5479-9098>.

Finalmente, el legislador Estatal establece unas medidas garantistas con el fin de asegurar la imparcialidad del perito (343 LEC). Los peritos judiciales podrán abstenerse (art. 105 LEC) y se podrán recusar por las causas generales de recusación previstas en la LOPJ y en particular por: a) Haber emitido dictamen anteriormente sobre el mismo asunto contrario a la otra parte, dentro o fuera del proceso. b) Haber prestado servicios como perito a la parte contraria, obtener un vínculo de dependencia, o ser socio. c) Ser partícipe del establecimiento, empresa o sociedad que sea parte del proceso.

Los peritos de parte serán objeto de tachas cuando se aprecie: a) Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad (4º grado), de una de las partes o de sus abogados. b) Tener interés directo o indirecto en el asunto. c) Estar o haber estado en situación de dependencia, comunidad o contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus abogados. d) Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o abogados. Los incidentes de recusación se resuelven según el art. 127 LEC y las tachas según el 344 LEC, en el primer caso comporta la sustitución del perito por otro, y en el segundo no hay sustitución es solo una alerta sobre la fiabilidad del perito.

La Doctrina considera que la pericia es una actividad compleja que comprende varias fases cronológicamente sucesivas en el tiempo²⁴: a) El reconcomiendo pericial (art. 345 LEC). b) Emisión del dictamen pericial (346 LEC). c) Contradicción del dictamen (art. 347 LEC).

El dictamen pericial es el informe escrito elaborado por el perito (art. 265.1.4, 336.2 y 346 LEC); comprende la descripción objeto del dictamen y las actuaciones periciales²⁵ llevadas a cabo, entre ellas: la exploración del paciente -debe ser lo más completa posible-, la anamnesis -para determinar las enfermedades y el tratamiento, además de obtener la verdad-, la evolución del proceso -exposición cronológica y descriptiva de los hechos-. Posteriormente la valoración del perito debe ser clara, debe seguir un razonamiento lógico y comprensible; y por último y las más importantes las conclusiones.

El dictamen pericial en general se acompaña de documentos, instrumentos o materiales que sustentan la opinión del mismo sobre lo que ha sido objeto de la pericia; en la impugnación del alta se puede acompañar de informes médicos clínico-asistenciales,

²⁴ Abel, L.X & Picó, J.J. (2009). *La prueba pericial*. Facultad de Derecho. ESADE. ISBN 978-84-7698-840-4.

²⁵ Aryman, M.J (2014). Tratado pericial judicial.LA LEY. Grupo Wolkers Klubers. *La pericial médica*. (pp. 53-75). ISBN 978-84-9020-330-9.

informes de alta hospitalaria, pruebas médicas realizadas, la prescripción farmacéutica y de elementos de ortesis, los partes de incapacidad laboral, las Resoluciones de Grado de discapacidad entre otras.

Asimismo, se puede acompañar de documentos no clínicos como son atestados de accidente de tráfico, profesiogramas, evaluaciones del puesto de trabajo. Además, se pueden adjuntar otros documentos que considere el perito adecuados para la acertada valoración (Guías de valoración de incapacidad laboral para médicos de Atención primaria, Guías de valoración profesional, Guías y Manuales de actuación para médicos inspectores/evaluadores etc.). El dictamen pericial en los procesos de impugnación de altas corresponde a un peritaje de opinión, en el que se aprecian o valoran unas patologías y limitaciones funcionales que conducen a una construcción deductiva, y por ello mismo caben dictámenes contradictorios.

El impacto del dictamen pericial viene dado por la calidad del mismo que se refleja en el carácter pormenorizado, en el detalle y en la exactitud de todas las consideraciones que conducen por coherencia interna a la sólida argumentación de las conclusiones.

La pertinencia de la prueba pericial médica, en el proceso de impugnación de altas médicas cumple con los tres criterios²⁶: el primero, es una prueba de carácter técnico; el segundo, guarda relación con los hechos controvertidos objeto del litigio; y el tercero, los extremos del dictamen pericial que no han sido admitidos por las partes. La prueba pericial en este tipo de procedimiento en general es designada por las partes del proceso y en particular es designada por el tribunal (339 LEC), previa solicitud de alguna de las partes; está sujeta al juicio de pertinencia, necesidad y utilidad (283 LEC), así lo considera la Sentencia del Tribunal Supremo para unificación de Doctrina núm. 2196/2007, de 7 de febrero,

“Además, para que una prueba pericial pueda aceptarse como pertinente o útil por el Juez conforme a lo previsto en el art. 283 de la LEC, requiere que en primer lugar la parte determine cuál ha de ser el objeto de la prueba a practicar. Por otra parte, el Médico Forense constituye una previsión legal encomendada al Juez al que se le atribuye la posibilidad (no la necesidad) de reclamar dicha diligencia cuando lo considere necesario por lo que está situado fuera del derecho a la prueba que integra el art. 24 de la CE en interés de las partes”.

²⁶ Arymany, M.J. (2014). Tratado pericial judicial. LA LEY. Grupo Wolkers Klubers. *La pericial médica*. (pp.53-75). ISBN 978-84-9020-330-9.

La intervención del perito en el juicio (art. 87.1 LRJS, 431 y 347 LEC) a solicitud de las partes solo podrá ser denegada por el tribunal cuando él considere que la finalidad y contenido son impertinentes o inútiles.

Las partes pueden pedir al perito (347.1 LEC): exponer o explicar el dictamen; o explicar algunos de los puntos que no se consideran suficientemente explícitos; responder a las preguntas, objeciones sobre el método, premisas, conclusiones del dictamen; respuestas a solicitudes de ampliación del dictamen a otros puntos conexos; crítica del dictamen por el perito de la parte contraria; formulación de las tachas en las cuales puede estar incurso el perito.

El tribunal también puede (87.3 LRJS y 347.2 LEC): formular preguntas a los peritos, solicitar explicaciones sobre el dictamen aportado, y por el contrario no podrá acordar de oficio la ampliación del mismo.

La valoración del dictamen pericial se realiza según las reglas de la sana crítica (348 LEC); no hay prevalencia del dictamen pericial judicial respecto del dictamen pericial de parte según el tenor literal de la LEC, además por imperativo legal no es posible otorgarle un valor superior²⁷. En este momento, con el fin de afinar y entender mejor las resoluciones judiciales, Illescas Rus y Abel Lluch en sus obras exponen que estas reglas sobre la sana crítica no son reglas legales ni constan definidas en ningún texto normativo, ello permite que el criterio de valoración se modifique según las particularidades del caso concreto, según las circunstancias cambiantes locales y temporales.

En primer lugar, Abel LLuch en su obra recoge los conceptos que tienen algunos autores sobre la sana crítica. El autor expone que para Stein *“son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden validez para otros nuevos”*.

También expone que para Guasp J., *“son reglas no jurídicas que sirven al hombre normal en una actitud prudente y objetiva -sana-, para emitir juicios de valor (estimar, apreciar -crítica- acerca de una realidad”*. Para la jurisprudencia, son unos principios

²⁷ Magro, S. V. (2006). *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. LA LEY. Grupo Wolkers Klubers. ISBN: 978-84-97-25-751-0.

lógicos y reglas nacidas de la experiencia²⁸, “Constituyen el camino del discurrir humano que ha de seguirse para valorar sin voluntarismos ni arbitrariedades los datos suministrados por la prueba (SAP Guipúzcoa, 15 de mayo de 2006); por ello se han de considerar diferentes aspectos como son: la cualificación profesional o técnica de los peritos, la magnitud cuantitativa, clase e importancia cualitativa de los datos recabados y observados por el perito, las operaciones realizadas y los medios técnicos empleados y de forma especial, se ha de estar al detalle, a la exactitud, conexión y resolución de los argumentos que soportan la exposición, así como la solidez de las deducciones, por el contrario no parece conveniente que el fallo esté fundado de forma exclusiva en solo alguno de los anteriores datos.

Abel Lluch considera que la sana crítica abarca los siguientes factores: a) El control del método utilizado por el perito, admitiendo solo las pruebas que metodológicamente resulten seguras. b) Análisis conforme a criterios lógicos-deductivos, así usando la lógica racional, la valoración, la argumentación y el análisis técnico y jurídico. c) La manifestación clara en la resolución judicial que incluye la justificación de la convicción judicial, si bien es cierto que está vedada la arbitrariedad judicial (art. 9 y 120.2 CE, 218 LEC). En la SAP de Castellón núm. 357/2006, de 12 de julio, el tribunal considera que:

“La prueba pericial debe ser valorada con arreglo a las reglas de la sana crítica, tal como disponen los artículos 632 LEC 1881 y 348 LEC 2000 y no existe obligación de los tribunales de sujetarse al dictamen de los peritos, de aplicación al caso. Aunque es claro que, una vez que, consciente el órgano judicial de sus deficiencias de conocimiento en determinado ámbito extrajurídico, si tiene a bien incorporar al proceso los conocimientos que puede poner a su disposición el perito, por más que no tenga obligación de seguir a pies juntillas lo dicho por el especialista, tampoco tiene por qué apartarse de forma arbitraria y ayuna de toda explicación de la conclusión a que pueda conducir el dictamen pericial”.

Por otro lado, el Magistrado Illescas Rus considera que las principales infracciones a las reglas de la “sana crítica” son las siguientes: a) cuando no es tomado en consideración un dictamen pericial, b) cuando se omiten datos o conceptos que figuran en el dictamen, c) cuando el juez se aparta del propio contexto o expresividad del contenido pericial, d) cuando en la sentencia se establecen aspectos fácticos diferentes de los alegados, e) que figuren en el dictamen conceptos diversos a los contenidos en él. f) cuando a pesar de afirmarse que se acogen plenamente las conclusiones del dictamen pericial no se les

²⁸ Illescas, R.V. (2002). *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Aranzadi ISBN 84-8410-912-7.

confiera el alcance que corresponde con la relación fáctica fijada en la sentencia, g) cuando se realice una valoración del informe pericial ilógica, h) cuando se procede con arbitrariedad, i) cuando las apreciaciones del juzgador no son coherentes.

Es más, la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo como la Constitucional han determinado:

“Corresponde la valoración de los informes periciales al juzgador o juzgadora de instancia, en ejercicio de las facultades conferidas legalmente, y según las reglas de la sana crítica (entre otras, STS de 17 de diciembre de 1990, y STC 175/1985, de 15 de febrero; STC 44/1989, de 20 de febrero; STC 24/1990, de 15 de febrero). En concreto, por lo que respecta a las reglas de la sana crítica, la libre valoración de la prueba implica que el juzgador o la juzgadora pueda realizar deducciones lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales, o absurdas, siendo el/la Juez/a o Tribunal de instancia soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que esta libre apreciación sea razonada, lo que implica que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial (STC 175/1985, de 15 de febrero, STC 24/1990, de 15 de febrero), sin que ello implique admitir que el juez haya de seguir sus conjeturas, impresiones, sospechas o suposiciones (STC 44/1989, de 20 de febrero)”.

Asimismo, es de mencionar la sentencia del TSJ Cataluña núm. 6430/2016, en la cual el recurrente impugna la sentencia de instancia alegando un error judicial al considerar que el magistrado *a quo* no siguió las reglas de la sana e imparcial crítica conforme al art. 97 de LRJS. El tribunal *ad quem* considera en este caso que:

“El magistrado a quo pondera, de forma extensa y pormenorizada, la totalidad de la prueba practicada en el acto de juicio (fundamento jurídico tercero), otorgando especial valor, en aras a formar su convicción, al informe emitido por el médico forense adscrito al Juzgado, en ejercicio de las facultades conferidas legalmente ex artículo 97 de la norma ritualia laboral; valoración ésta, de carácter objetivo e imparcial, que debe prevalecer sobre la interesada de parte”.

Del mismo modo, en las sentencias del TSJ Madrid núm. 831/2016, y núm. 813/2016, reafirman que es el juez de instancia quien debe apreciar y ponderar todas las pruebas presentadas por las partes, es él quien realiza una interpretación conjunta de las pruebas, concediéndoles la fuerza de convicción que considera con arreglo a la sana crítica.

En síntesis, en cuanto a la valoración de la prueba y que mejor que finalizar con las palabras de la doctrina Constitucional, recogidas en la STC 44/1989, de 20 febrero, para culminar este apartado:

“Por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y contenido de la sentencia. Y esta libertad del Órgano Judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala la misma doctrina STC 175/1985, de 15 de febrero, que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. Ahora bien, el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional STC 24/1990, de 15 de febrero, lo que quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial”.

2.3. Procedimiento extraordinario

2.3.1. Recurso de suplicación

Para comenzar y con carácter general se ha de decir que son recurribles en suplicación las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social, salvo que la Ley disponga lo contrario. No obstante lo anterior, es importante mencionar que se trata de un recurso extraordinario, y que no es un recurso de apelación. En este sentido, así lo expresa la jurisprudencia en general en respuesta a múltiples recursos presentados y en particular en la sentencia TSJ Madrid núm. 118/2016, de 12 de febrero, en ella el tribunal expone que numerosos recursos de suplicación son instrumentados de forma defectuosa al confundirlos con el recurso de apelación civil:

“se intenta erigir al tribunal de suplicación en una segunda instancia para que retome el asunto en toda su extensión, conociendo plenamente de lo que se debatió ante el órgano “a quo”, cuando lo cierto y verdad es que los juzgados de lo Social conocen en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden social de la jurisdicción, salvo de los procesos atribuidos a la sala de lo social de los TSJ y de la Audiencia Nacional”.

En particular, en el procedimiento de impugnación de altas médicas el legislador lo ha excluido expresamente del recurso de suplicación (art. 140.3 c), además según el art. 191.2 g) LRJS tampoco se prevé recurso en los procesos de impugnación de alta laboral cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador, por tanto, la sentencia es única estancia.

Respecto a lo anterior, y por si alguien considera que se vulnera un derecho fundamental; el Tribunal Supremo considera que esta situación es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24 CE.; debido a que *“la doble instancia, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido de*

dicho derecho constitucional, por lo que el legislador es libre a la hora de establecer y configurar los sistemas de recursos que estime oportunos y determinar los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización”.

Además, en la sentencia del TSJ de Madrid núm. 14/2017, el tribunal considera:

“En primer lugar, su naturaleza extraordinaria, que significa llanamente, que este recurso no constituye una segunda oportunidad para que la parte recurrente pueda obtener la tutela judicial de sus pretensiones ya que nos encontramos en una jurisdicción de única instancia que satisface ese derecho constitucional con la sentencia dictada por del Juzgado de lo Social. En segundo lugar, porque la Suplicación no es una apelación y la facultad revisora de la sala queda limitada a los hechos fruto de la valoración de prueba documental o pericial fehaciente, como hemos expuesto anteriormente, quedando fuera del recurso la valoración de prueba testifical y el resultado de la prueba de interrogatorio de la parte”.

Esta precisión esencial sirve para dejar patente que la revisión de hechos probados debe seguir de modo inexcusable los requisitos que marca la Doctrina en la exposición del motivo, por ejemplo y por ser reciente, la sentencia TSJ Cataluña núm. 7598/2016 que reitera que el proceso laboral está concebido como instancia única y no de grado lo que significa que:

“La valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación”

Respecto a la competencia, es la sala social del Tribunal de Justicia de la Comunidad autónoma quien ostenta la competencia para conocer del recurso de suplicación contra las resoluciones dictadas por los juzgados sociales de su circunscripción según el art. 7 letra d) LRJS. En cuanto al ámbito material, el recurso debe versar sobre el reconocimiento o denegación del derecho a obtener la prestación de la Seguridad Social (art. 191 letra c) LRJS), y finalmente por lo que respecta al objeto del recurso está delimitado legal y jurisprudencialmente, en exclusiva a tres situaciones (art. 193 LRJS):

La primera situación, en caso de infracción de normas o de las garantías en el procedimiento, que hayan supuesto indefensión se repondrá a la situación en la que se encontraba antes de su comisión. En la sentencia del TSJ de Cataluña núm. 435/2016,

el recurrente alega indefensión porque no fue practicada prueba pericial durante el proceso judicial, suplicación desestimada con el siguiente pronunciamiento:

“El trámite procesal previsto del artículo 93 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que instituye una posibilidad (no necesidad) para el Juzgado de instancia en orden a imponer la práctica de dicha diligencia cuando lo considere necesario estando situado por ello fuera del derecho a la prueba que integra el artículo 24 de la Constitución Española. A lo que se añade que, la propia parte interesada manifiesta la conveniencia, que no la necesidad para la misma, de la intervención del médico forense por su total objetividad, sin hacer mención o justificar la petición en la falta de recursos y, en definitiva, en la indefensión que generaba la imposibilidad de practicar la citada prueba pericial”.

La segunda situación; posibilidad de revisar los actos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas. Los requisitos generales de toda revisión fáctica según la doctrina son: a) Concretar con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico; no basta esgrimir disconformidad con el conjunto de los hechos. b) El hecho resulta de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas; por ello no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada. c) Se ha de ofrecer un texto concreto a figurar en la narración que se considera equivocada, sustituyendo o suprimiendo algunos de los puntos o complementándolos. d) El hecho ha de ser trascendente para modificar el fallo de la instancia. La sentencia del TSJ Madrid núm. 71/2017 ilustra una estimación del recurso en base a la modificación del hecho probado tercero de la sentencia de instancia y ofrece una redacción alternativa en un proceso de incapacidad permanente. En general los recursos de altas laborales por ese motivo no proceden por las razones antes explicadas.

La tercera situación, permite examinar las infracciones a las normas sustantivas o de la jurisprudencia. En la sentencia del TSJ Cataluña núm. 6618/2016 la recurrente alega infracción de los art. 128, 131 y 131 bis LGSS, por considerar que la incomparecencia al reconocimiento médico de Mutua Activa 2008 estaba acreditada y el tribunal así lo consideró, pero desestimó el recurso por que la incomparecencia no estaba justificada. En este mismo sentido, se mencionan los Recursos de Casación para Unificación de Doctrina núm. 879/2009 y núm. 2713/2012 que versan sobre el alta laboral por incomparecencia al reconocimiento médico de Mutua Universal y Midat-Cyclops respectivamente. En estos ejemplos, al considerarse vulnerado el derecho material el recurso es admitido por el Tribunal y tras realizar el análisis y la fundamentación jurídica

de los preceptos alegados, los recursos son desestimados por el tribunal *a quo* por entender que el alta laboral por incomparecencia a los reconocimientos médicos fue emitida conforme a derecho.

En resumen, hemos tratado en este apartado las características especiales y definitorias de la impugnación del alta laboral, en especial sobre la valoración de las pruebas en la que los jueces han de tener una actitud comprometida, porque de nada serviría una actividad probatoria perfecta si el fallo se deja a la convicción subjetiva del juez, y máximo cuando la resolución judicial es única instancia.

3. Estudio descriptivo del control judicial de las altas médicas en dos ciudades: Barcelona y Madrid

En este apartado se pretende ilustrar a los lectores sobre la situación actual del procedimiento judicial en las ciudades de Barcelona y Madrid; para ello se analizarán la totalidad de las sentencias sobre altas médicas por contingencias comunes emitidas durante los meses de enero y febrero del presente año, en las que está demandada la SGEM en Barcelona y todas las sentencias del mismo periodo en las que está demandado el INSS.

La hipótesis planteada es que no existen diferencias en el procedimiento judicial entre las dos ciudades, dado que la tutela judicial efectiva y los derechos sociales prestacionales son iguales en todo el territorio español.

La metodología utilizada en primer lugar fue realizar las gestiones pertinentes en la SGEM como en el Instituto Nacional de la Seguridad Social para obtener una copia de las sentencias del periodo a analizar. Posteriormente, se creó en una hoja de cálculo.

Las variables que se analizan son las características socio-demográficas de los demandantes y de los jueces; se incluyeron otras variables según lo dispuesto en el art. 97 LRJS, otras se crearon, por ejemplo para valorar el tiempo de respuesta judicial en general se cuantificó el tiempo transcurrido desde la entrada de la demanda al juzgado hasta la fecha en que se dictó la sentencia. También se valoró el tiempo transcurrido desde la celebración del juicio y la fecha en que se dictó el fallo que se ha denominado tiempo destinado a la valoración de las pruebas. Respecto a la incapacidad temporal se tiene en cuenta su duración, el diagnóstico principal al momento del alta laboral.

Respecto a la fase probatoria, se valora la remisión del expediente administrativo, la prueba documental pública y/o privada, las pruebas periciales de parte y/o judicial, el interrogatorio del demandado in situ. También se valora la fundamentación jurídica para resolver el fondo del asunto, además de los elementos de razonabilidad emitidos por el juez, motivo por el cual adopta su decisión.

3.1. Análisis del tratamiento judicial de las impugnaciones de alta en Barcelona

En relación con los demandantes son tres mujeres por cada dos hombres. Respecto de la duración de la incapacidad temporal impugnada la duración media es de 284 días, la incapacidad laboral más corta es de 21 días y por el contrario la más larga es de 541 días. Al separar los procesos menores de 365 días de IT, el percentil 25 se encuentra en 119 días y el percentil 50 se encuentra en 190 días. En los procesos de mayores de 365 días de IT el percentil 25 se ubica en 383 días y el percentil 50 en 440 días. En relación con el motivo del alta laboral se encuentra que por mejoría/curación son el 85%, alta con propuesta de incapacidad permanente es en el 2.5% y por incomparecencia al reconocimiento médico previsto en el 2.5%, en el 10% se desconoce el motivo.

Es importante mencionar los procesos de salud que aquejaban a los demandantes, por una parte 22 de los demandantes presentaron patología osteomuscular (55%), y la zona afectada es el hombro en 2 casos, las rodillas en 3 casos, el pie en un caso. Por otra parte, las lesiones traumáticas como las fracturas están presentes en 2 casos, y finalmente en 14 casos y lo más frecuente son los procesos clínicos que afectan columna lumbar y dorsal.

La patología mental sigue en prevalencia 17.5% (7 casos), que corresponden a procesos adaptativos, distimia y un trastorno somatomorfo. Posteriormente siguen los procesos neurológicos (10%) mielitis transversa, esclerosis múltiple, neuropatía óptica y atrapamiento del nervio cubital. Las patologías cardiológicas (bloqueo aurículo-ventricular y enfermedad isquémica) y las oncológicas (neoplasia mamaria) con dos casos cada una (5%), y finalmente tres casos con patología endocrino, vascular y congénita cada uno (7.5%)

En cuanto a el tribunal juzgador está formado por mujeres en el 55% de los casos y por hombres en 45% de los casos.

En Barcelona, el litisconsorcio pasivo necesario es del 40%, formado por el INSS como entidad responsable del pago de la prestación económica junto con la Subdirección General de Evaluaciones Médicas como Institución quien emite el alta laboral a través de sus médicos evaluadores o realiza la propuesta de alta al INSS. En el 57.5% están demandadas las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social (Ibermutuamur, Mutua Maz, Asepeyo, Fremap, Activa 2008, Mutua Universal, Midat Mutua, Muprespa) además del INSS y la SGEM. Por otra parte solo hay dos casos que está demandado también el Servicio Catalán de la Salud.

El requisito de agotar la vía administrativa mediante la interposición de la reclamación previa en los procesos de IT menores de 365 días, se cumplió en el 85% de los casos, en el 15% restante se desconoce este hecho. En los procesos de IT superiores a 365 días lo realizaron en el 93% de los casos a pesar de no estar sujetos a este requisito, el 7% restante lo desconocemos puesto que este hecho no está explícito en la resolución.

En cuanto al fondo del asunto y su fundamentación jurídica, en primer lugar, se encuentra que en el 97.5% de los procesos la legislación aplicable al hecho causante es el RDL 8/2015, que entró en vigor el 2 de enero de 2016. Los fundamentos del derecho que hacen alusión al concepto de IT, competencia para emitir el alta laboral, la prestación económica y la extinción del derecho; y que están recogidos en los art. 169, 170, 171 y 174 de la norma han sido incorporados en la resolución en el 59% de los casos; en el 41% que resta se halla: En primer lugar que carecen de fundamentos jurídicos el 15% de las resoluciones. En segundo lugar llama la atención que en el 20% de las resoluciones se fundamentan en base a los artículos de la norma derogada RDL 1/1994, de 20 de junio. Finalmente hay un 7% cuya fundamentación se hace con arreglo a los requisitos formales de la sentencia (art. 97.2 LRJS) y no en relación con el derecho material objeto del litigio.

Por otra parte, en cuanto a la actividad probatoria y al tipo de documentación, el juez contó en el 100% de las ocasiones con el expediente administrativo remitido por la institución correspondiente. Igualmente en el 25% de los procesos judiciales se aportaron documentos privados. Es más en el 72.5% de los procesos se aporta prueba pericial, en un caso constan varias pericias pero no se especifica de que parte cada prueba. Se puede señalar que en los casos en los que se contó con prueba pericial el

55% hay litisconsorcio pasivo necesario entre INSS, la SGEM, y la MCSS y en el resto (45%) hay litisconsorcio pasivo necesario entre INSS y la SGEM exclusivamente.

Por otra parte, al analizar el origen de la prueba pericial, se encuentra que es aportada por el actor en el 15% de las ocasiones, por los demandados en el 60% e inclusive en el 7.5% hay pericial forense (se desconoce si la intervención ha sido requerida por el tribunal de oficio o a instancia de parte), en el 6% de las resoluciones se menciona su existencia, pero no el origen. Se puede señalar además que hay un juez que realiza interrogatorio al demandado en el acto del juicio en el 66% de sus casos. Por lo que se refiere a la valoración conjunta de las pruebas en el 32.5% se hace referencia al dictamen médico del alta laboral de la SGEM, en unos casos de forma exclusiva (46%) y en otros casos es mencionado, junto con otras pruebas relevantes (54%). Ahora bien, la prueba pericial de los demandados (SGEM y MCSS) es objeto de mención para razonar y justificar la adopción de la resolución en el 45% de los casos. Por otro lado, la argumentación y razonabilidad se sustenta en el informe forense solo en un caso (2.5%).

Respecto al tiempo destinado a la valoración de las pruebas una vez celebrado el juicio, se observó que no se puede hacer una valoración global puesto que en el 17.5% de las resoluciones judiciales no consta la fecha de celebración del juicio. Llama la atención que son solo tres los jueces que no incluyen este dato en sus resoluciones.

En aquellas resoluciones que si se pueden valorar (82.5%), se encuentra que el 45% de las mismas son dictadas en el plazo legal de 5 días, del 37.5% que superó el plazo legal (art. 97.1 LRJS), se distribuyó así: el 60% se dictaron a las dos semanas siguientes del juicio, el 20% se dictaron antes del mes, el 20% restante tardó 35 días, 81 días y 106 días.

En cuanto al fondo del asunto, la acción enervada es desestimada en el 85% de los casos. Por otro lado, en los casos de estimación de la acción; el alta laboral fue declarada indebida y revocada en el 15% de los casos. Es importante resaltar que en todos los casos se había agotado la vía administrativa con la reclamación previa que ratificaba el alta laboral. También es objeto de mención que la misma SGEM en el 50% de estos casos presenta oposición solo de carácter formal, aportando dictamen pericial al respecto, y que en ninguno de los casos es comentado en el razonamiento; por el contrario el tribunal hace mención explícita y suficiente a los informes de los facultativos tratantes en dos casos (Instituto Catalán de la Retina e Instituto Catalán de Oncología). Otros elementos de convicción judicial en relación con el pronunciamiento del fallo en el

50% de las estimaciones; fue la presencia de nuevos procesos de incapacidad temporal en un lapso breve de tiempo (menores a 40 días) por la misma o similar patología.

Finalmente y para acabar este análisis, se evidencia que respecto al tiempo que transcurre entre la admisión de la demanda y la obtención de la sentencia la media es de 150 días, el tiempo más corto fue de 26 días y el tiempo más prolongado fue de 356 días. El percentil 25% está en 77 días.

3.2. Análisis del tratamiento judicial de las impugnaciones de alta en Madrid

En primer lugar, las demandantes son el 90% mujeres. Respecto de la duración de la incapacidad temporal impugnada la duración media es 284 días, la incapacidad laboral más corta es de 44 días y por el contrario la más larga es de 579 días. Solo el 20% de demandantes impugnan el alta con una duración menor de 365 días, el 80% lo hacen cuando la duración de IT alcanza el tiempo máximo legal. En relación con el motivo del alta laboral se encuentra que por mejoría/curación son el 90%, y el 10% por incomparecencia al reconocimiento médico previsto.

Es importante mencionar los procesos clínicos que aquejaban a la parte actora en el 60% presentaban patología osteomuscular (Fibromialgia, compromiso a nivel de la columna vertebral, en pie y en hombro). Un 20% estaban afectadas por un proceso mental, y el 10% por alteración oftalmológica tipo embolia central de la retina. Un 10% no lo conocemos puesto que no se ha incluido el diagnóstico del alta laboral en la sentencia.

El tribunal juzgador en la ciudad de Madrid está formado en el 70% por mujeres y el 30% por hombres.

En el 40% de los casos el demandado es el INSS en solitario por ser la entidad responsable del pago de la prestación económica y por emitir el alta laboral a través de una resolución objeto de su competencia. En el 50% de los casos existe litisconsorcio pasivo necesario de forma conjunta con las MCSS y solo en el 10% está demandado también el Servicio público de la Salud (SERMAS) al ser un alta expedida por un facultativo.

El requisito de agotar la vía administrativa mediante la interposición de la reclamación previa en los procesos de IT menores de 365 días, se cumplió en el 100% de los casos. En los procesos de IT superior a 365 días lo realizaron en el 62.5% a pesar de no estar sujetos a este requisito.

En cuanto al fondo del asunto y su fundamentación jurídica, en primer lugar, se encuentra que en el 90% de los procesos, la legislación aplicable al hecho causante es el RDL 8/2015, que entró en vigor el 2 de enero de 2016, y en un 10% la legislación aplicable es el RDL 1/1994. En las resoluciones se aprecia que en el 50% los fundamentos del derecho hacen referencia al concepto y competencia sobre la IT. En el 40% la fundamentación jurídica se realiza en base a artículos de la norma derogada RDL 1/1994. Además hay un 10% que no constan explícitamente la referencia al derecho material.

Por otra parte, en cuanto a la actividad probatoria y al tipo de documentación, el juez contó en el 100% de las ocasiones con el expediente administrativo remitido por la institución correspondiente. Igualmente, en el 10% de los procesos judiciales se aportaron documentos privados y en el 30% se desconoce pues no se hace alusión a ellos. Ahora bien en el 100% de los procesos no se aporta prueba pericial, ni siquiera en los casos en que la MCSS también está demandada. Se puede señalar además que no hay ningún juez que realice interrogatorio al demandante en el momento del juicio.

Por lo que se refiere a la valoración conjunta de las pruebas en el 50% se hace referencia al dictamen médico del EVI de forma exclusiva, y en el otro 50% se hace referencia al ramo de prueba documental con carácter general.

Respecto al tiempo destinado a la valoración de las pruebas una vez celebrado el juicio, se observó que no se puede hacer una valoración global en el 50% de las resoluciones debido a que no consta la fecha de celebración del juicio, llama además la atención que la falta de este dato en el 60% corresponden al mismo juzgado. En aquellas que, si se puede valorar, se encuentra que el 60% son dictadas en el plazo legal de 5 días, el 20% se dictaron en menos de dos semanas posteriores al juicio y el otro 20% se dictaron casi tres meses después.

En cuanto al fondo del asunto, la acción enervada es desestimada en el 80% de los casos. Por otro lado, en los casos de estimación de la acción; el alta laboral fue declarada indebida y revocada en el 20% de los casos. En particular porque de la lectura atenta del dictamen del equipo de valoración de incapacidades refleja que la situación

emocional de la trabajadora no estaba estabilizada. En el otro caso, la existencia de un nuevo informe médico de segunda opinión de la institución que trata al paciente introduce elementos de convicción al tribunal para razonar y argumentar su fallo.

Finalmente y para acabar, respecto al tiempo que transcurre entre la admisión de la demanda y la obtención de la sentencia la media es de 169 días, el tiempo más corto fue de 23 días y el tiempo más prolongado fue de 518 días. El percentil 25% está en 178 días.

3.3. Análisis comparativo de los resultados

Recogiendo lo más importante de los hallazgos, en primer lugar existen diferencias significativas en cuanto al ejercicio del derecho, por cada impugnación judicial en Madrid se impugnan 4 veces más en Barcelona, esta relación se mantiene sin variación en los dos meses analizados (enero y febrero). Según los datos estadísticos²⁹, este resultado se debe muy probablemente a que la incidencia de incapacidad temporal es superior.

Acumulado a diciembre 2016	Barcelona	Madrid
Duración media de los procesos IT con alta en el periodo	26,16	33,38
Incidencia media mensual IT por cada mil trabajadores protegidos	32,67	22,93
Número medio mensual de procesos de IT iniciados en el periodo	67.561	59.878

También el resultado se explica por una mayor prevalencia de procesos de incapacidad temporal en Barcelona.

Acumulado a diciembre 2016	Barcelona	Madrid
Prevalencia por cada mil trabajadores protegidos	30,44	25,9
Nº de procesos en vigor al final del periodo considerado	63.684	67.967
Trabajadores protegidos al final del periodo considerado	2.091.789	2.624.698

En particular, los procesos judiciales en materia de Seguridad social resueltos en Madrid fueron 6.990 (año 2015) y 8.125 (año 2016) y en Barcelona 1.647 (año 2015) y 12.630

²⁹ Seguridad Social (2017). *Incapacidad temporal. Ejercicio 2016*. http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Incapacidad_Temporal/IncapacidadTemporal2016/212852

(año 2016)³⁰; de lo anterior se deduce que las impugnaciones de alta son infrecuentes, la mayor parte está representada por las impugnaciones de incapacidad permanente,

En ambas ciudades las mujeres ejercitan el derecho con mayor frecuencia, otra coincidencia es la presencia mayoritaria de las mujeres en el tribunal aunque con diferencias en ambos casos, dato que es esperado según los datos demográficos publicados por el Consejo General del Poder Judicial (2016).

La impugnación del alta laboral cuya duración de la incapacidad temporal es menor de 365 días, Madrid tiene una relación de 1:12 respecto de Barcelona. Respecto a la duración, la media de Madrid es de 85 días y la de Barcelona es de 193 días, con el percentil 25 situado en los 120 días.

Por otro lado, cuando el periodo de incapacidad temporal es superior a los 365 días esta relación es de 8:14, pero el dato de Barcelona no es confiable debido a que en múltiples ocasiones la SGEM no está codemandada, ello se debe a que el INSS es la institución que emite la Resolución de alta laboral y porque en ningún caso la SGEM es responsable de la prestación económica. Para obtener el dato real se ha de consultar en el Servicio Jurídico de la Dirección Provincial de Barcelona y cuyo alcance queda fuera del alcance de este estudio.

Ahora bien, el motivo del alta por mejoría/curación es la causa más frecuente en las dos ciudades; además también encontramos altas laborales por incomparecencia a los reconocimientos médicos, la diferencia en cuanto los motivos es que en Madrid no se ha impugnado ningún alta con propuesta de incapacidad permanente.

Otra diferencia es la inclusión como codemandado al Servicio público de salud. En Madrid su inclusión es adecuada debido a que el acto impugnado fue emitido por el facultativo del SERMAS; en cambio en Barcelona erróneamente es codemandado el Servicio catalán de la salud en dos altas emitidas por la SGEM, quien orgánicamente no hace parte del Servicio público de salud; la SGEM está adscrita al *Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya*. En Barcelona no se impugnó ningún alta de los facultativos del SPS. La elocuencia de este dato en mi experiencia puede ser a que la relación médico-paciente es más asertiva y más empática dado que el paciente y el médico previamente al proceso de IT han establecido contacto.

³⁰ Seguridad Social (2017). *Incapacidad temporal. Ejercicio 2016*.

Se pueden incluir entre las coincidencias, la existencia de altas laborales expedidas en el año 2015 que se resuelven solo hasta el 2017, los motivos se desconocen, pero sería interesante y retador conocer las causas con el fin de mejorar los resultados.

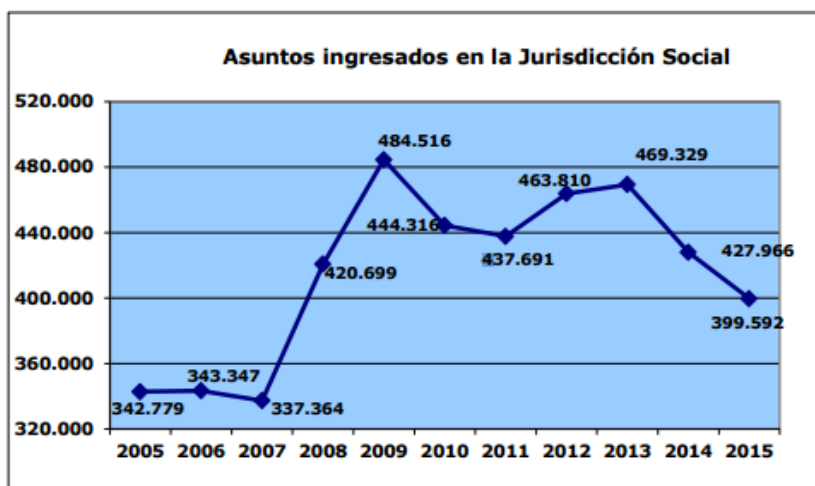
Asimismo, es coincidente la fundamentación jurídica en base a los artículos de la antigua y derogada norma RDL 1/1994, pero con mayor proporción en Madrid (40%) respecto de Barcelona (20%), para ello debería implementarse un programa de calidad de las resoluciones. El expediente administrativo está disponible siempre como medio de prueba en todos los tribunales, no obstante se aportan documentos privados en menos de una cuarta parte de los procesos. De nuevo coinciden los tribunales en una proporción similar al realizar la valoración conjunta de las pruebas, en ambas ciudades el dictamen médico del alta laboral es puesto en relación a la hora de la argumentación del fallo de la resolución, se puede explicar por la inmediatez de ese reconocimiento médico exigido legalmente y por el reconocimiento institucional y especialidad que tiene tanto el EVI como la SGEM en esta materia.

Se puede señalar además que los jueces que omiten la fecha de celebración del juicio lo hacen de forma reiterativa en sus resoluciones además este error es fácilmente subsanable porque es de índole personal. Se puede señalar también que el incumplimiento del plazo legal para dictar sentencia es mayor en Barcelona (55%) respecto de Madrid (40%), pero la demora en general es menor a 30 días en el 80% de los casos en Barcelona, en cambio en Madrid hay un 20% que llega casi a 3 meses; al respecto es importante profundizar en el tema para mejorar la eficiencia de la Administración de justicia. Nuevamente coinciden los tribunales en cuanto a la estimación de la acción enervada por el demandante, en Barcelona es del 15% y en Madrid del 20%. No hay ningún recurso de suplicación interpuesto debido a que no cabe recurso en las altas por curación/mejoría y las altas por incomparecencia (2) ninguna interpuso recurso de suplicación.

Es preciso en este momento comentar, la reforma legal realizada en el año 2011 en la que se modificó la Ley de procedimiento laboral (RDL 2/1995, de 7 de abril), derogó el apartado 1.c) del art. 189 LPL en el que se permitía interponer recurso de suplicación en las prestación de IT.

Al hilo de lo anterior, en la gráfica³¹ siguiente se ilustra el comportamiento de los asuntos judiciales durante la década de 2005 a 2015; y en general no disminuyeron a pesar de la nueva LRJS.

El descenso a partir del año 2013 puede ser explicado por la reforma laboral instrumentada a través del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.



Fuente: Consejo General del Poder Judicial (2016). *La Justicia Dato a Dato Año 2015*.

En mi opinión, tanto por seguridad jurídica, uso racional de los recursos de la Administración de justicia y por economía procesal considero un acierto la excepcionalidad del recurso de suplicación.

Una discrepancia reveladora es el uso de la prueba pericial; en Barcelona es frecuente su práctica tanto por la parte actora como por los demandados (SGEM y MCSS), incluida la intervención de la pericia forense (se desconoce si la intervención es requerida a instancia de parte o de oficio), cabe destacar además que el 15% de los procesos se presentaron dos o más pruebas periciales. Por otra parte si se contrasta el fallo del tribunal con el uso de la prueba pericial, se puede llegar a pensar que la prueba pericial realizada de parte no es una necesidad puesto que los resultados son similares.

³¹ Consejo General del Poder Judicial (2016). *La Justicia Dato a Dato Año 2015*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/>

Entonces la pregunta siguiente es: ¿los letrados de la parte actora informan a sus clientes de ello? o por el contrario detrás de su uso ¿hay un interés económico?

En el mismo sentido se observa en Barcelona la práctica del interrogatorio a la demandante en el acto del juicio, práctica que en Madrid no se lleva a cabo, en mi opinión creo que esta práctica no aporta al juez ningún elemento médico ni objetivo.

Finalmente, es contradictorio y revelador el tiempo que transcurre entre la admisión de la demanda y la obtención de la sentencia versus la efectividad del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y las características inherentes del proceso - urgente y preferente- en otras palabras los actores tuvieron que esperar a conocer la resolución judicial en Barcelona una media de 150 días y en Madrid 169 días. En Barcelona el percentil 75 está en 204 días y en Madrid está en 207 días; en Barcelona el tiempo más largo fue 356 días y en Madrid fue de 518 días. Por lo anterior, en primer lugar, se ha de exhortar a la Administración de Justicia para estudiar las causas, y en función de los hallazgos adoptar medidas proactivas para mejorar de forma permanente, una de ellas podría ser la tasa de congestión:³²

Tasa de congestión. Cociente donde el numerador está formado por la suma de los asuntos pendientes al inicio del periodo y los registrados en ese periodo y donde el denominador son los asuntos resueltos en dicho periodo.

Según el último informe del CGPJ (2016), la tasa de congestión en los juzgados de lo social es de 1.83, desafortunadamente no se presenta el dato por Comunidad Autónoma, pero es bastante ilustrativo de la sobrecarga de trabajo de los juzgados de lo social.

En segundo lugar, una propuesta *lege ferenda* dirigida al legislador estatal, es dotar al procedimiento de impugnación de altas laborales de los mismos principios del procedimiento de *habeas corpus* regulados en LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”. El primer principio de agilidad, de máxima celeridad, un procedimiento que sea realmente rápido y efectivo, para ello se vincula al tribunal con un plazo para resolver. Se ha de contar desde la incoación hasta la fecha de resolución (art. 7 LOPHC). En el procedimiento de altas podría ser de 20 días.

³² Consejo General del Poder Judicial (2016). *La Justicia Dato a Dato. Año 2015*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/>

Teniendo en cuenta que una vez interpuesta la demanda (ahora de forma electrónica), la solicitud y remisión del expediente administrativo (vía electrónica) el tiempo podría reducirse a la mitad (5 días). Por lo tanto, el señalamiento para la vista del juicio debe gozar de preferencia en la agenda del tribunal como ocurre por ejemplo en los procesos de impugnación de las vacaciones (art. 126 LRJS). El segundo principio, sencillez, carente de formalismos. Ello permite el acceso a la justicia de todas las personas independientemente de los recursos económicos y de sus conocimientos. El inicio del procedimiento que pudiera ser, por medio de un escrito sencillo o mediante la comparecencia ante el LAJ explicando el motivo concreto de impugnación del alta (art. 4 LOPHC). Tercer principio, generalidad. Principio que incluya a todos los actores del sistema: facultativos del SPS, médicos inspectores/evaluadores del SPS, médicos adscritos al INSS/ISM y las Entidades colaboradoras. Todos sometidos sin excepción al control judicial de sus actuaciones. Cuarto principio, universalidad. Podría incoarse el procedimiento para todas las altas laborales por contingencia común y profesional, por todos los motivos: mejoría, curación, incomparecencia a los reconocimientos, por agotamiento del plazo máximo con o sin declaración de incapacidad permanente, además todas las altas laborales independiente de la duración.

CONCLUSIONES

I. La incapacidad temporal es un derecho social encuadrado en la acción protectora de la Seguridad social, que da lugar a la percepción de un subsidio por la pérdida de rentas debidas al padecimiento de enfermedades y/o accidentes por contingencias comunes y por contingencias profesionales de todos los trabajadores afiliados a la Seguridad social.

II. La declaración del alta laboral puede ser por curación y/o mejoría del proceso de salud, por agotamiento del plazo máximo legal, por incomparecencia a los reconocimientos médicos previstos de control y gestión de la IT, por propuesta de incapacidad permanente y por fallecimiento. Actualmente la competencia se ejerce en función de la superación o no de los trescientos sesenta y cinco días de IT, por los facultativos e inspectores médicos del SPS (en Cataluña por los médicos evaluadores de la SGEM) y los médicos inspectores adscritos al INSS. A pesar de los recientes cambios legislativos; las MCSS solo pueden elevar solicitudes o propuestas de alta laboral y en ningún caso pueden declarar el alta laboral.

III. El procedimiento judicial de impugnación goza de características de preferencia y urgencia con el fin de restituir al trabajador cuanto antes mejor, en la situación de incapacidad temporal y a percibir la prestación económica. Por su objeto no se puede acumular con otras acciones; el tribunal de instancia debe valorar y ponderar todas las pruebas y realizar una interpretación conjunta concediéndoles la fuerza de convicción con arreglo a la sana crítica.

IV. La mayor incidencia y prevalencia de incapacidad temporal en Barcelona pueden explicar que el ejercicio de la acción judicial sea cuatro veces más frecuente en Barcelona respecto de Madrid. Es infrecuente la impugnación del alta laboral del facultativo del Servicio de público de salud posiblemente por la previa y adecuada relación médico-paciente; en cambio debido a que no hay continuidad de futuro en la relación inspector-paciente se impugna con preferencia las altas laborales de inspección. Las MCSS están codemandadas en más del 50% de los procedimientos como entidad responsable de la prestación económica junto con el INSS, su presencia

cada vez más protagonista en el control de la IT puede significar que en un futuro no lejano que el legislador las dote de competencia para expedir altas laborales.

V. Se confirma judicialmente la procedencia debida del alta laboral en más del 80% de los casos en ambas ciudades, buen indicador de la labor inspectora que realizan los médicos destinados al control y gestión de la IT. Se practica casi de forma consuetudinaria la aportación de prueba pericial médica bien sea de parte o judicial en Barcelona, en contraposición con Madrid en donde su práctica es nula. Por lo tanto, no es una prueba necesaria; se podría exhortar a los letrados de parte para cambiar su práctica en beneficio de los costes que le representa al demandante y a los demandados. Las omisiones y errores de forma en la resolución judicial son semejantes, se solventarían implementando un control de calidad interno y con ello mejoraría la técnica jurídica del tribunal.

VI. El tiempo transcurrido entre la celebración del juicio y el fallo es mayor a cinco días en el 50% de los casos en ambas ciudades. El derecho a la tutela judicial en promedio se hace efectivo a los 150 días de presentada la demanda en Barcelona y 170 días en Madrid. Por lo anterior, sería conveniente analizar los motivos por los cuales el procedimiento de impugnación del alta laboral dista mucho de ser realmente un procedimiento preferente y urgente. Para ello se sugiere una propuesta de *lege ferenda* en base a los principios de agilidad, sencillez, generalidad y universalidad del procedimiento de "Habeas Corpus".

BIBLIOGRAFIA

- Abel, L.X. & Picó J. J. (2010). *La prueba documental*. Colección de formación continuada de derecho ESADE. ISBN 978-84-7698-894-7.
- Abel, L.X. & Picó, J. J. (2009). *La prueba pericial*. Facultad de Derecho. ESADE. ISBN 978-84-7698-840-4.
- Alcántara, C. J. M. (2015). Las recaídas versus recidivas en la incapacidad temporal. Criterios jurídicos. *Revista de Información laboral*, (5). 1-6. BIB 2015\1862.
- Álvarez, C. J.C. (2014). Incompetencia de la jurisdicción contencioso administrativa para el conocimiento de las prestaciones de Seguridad Social. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. (1) 203-218. ISSN 2387-0370.
- Aryman, M.J (2014). Tratado pericial judicial.LA LEY. Grupo Wolkers Klubers. *La pericial médica*. (pp. 53-75). ISBN 978-84-9020-330-9.
- Ballester, L.F. (2015). La extinción del subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos tras las reformas de 2014-2015.*Revista de Derecho Seguridad Social*, 3(2). 27-48. ISSN 2387-0370.
- Blanco, F. S. (2017). *Evaluación forense de la enfermedad mental en la incapacidad temporal: simulación y realidad*. Tesis Doctoral, facultad de psicología. Universidad de Santiago de Compostela. <http://hdl.handle.net/10347/15095>.
- Consejo General del Poder Judicial (2016). *La Justicia Dato a Dato. Año 2015*. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Asuntos-Judiciales-Sociales/>
- Díaz-Salazar, C.E & Chavarría-Puyol, H.M. (2008). Reflexiones sobre la simulación y disimulación en medicina evaluadora. *Rehabilitación*. 42(6). 325-330.
- González, G. C. (2014). La regulación de la gestión y control de la incapacidad temporal en el RD 625/2014 de 18 de julio. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6). 1-12. BIB 2014\3358.
- Gutiérrez, P. M. (2015). Principales cambios introducidos en la prestación de IT en materia de gestión y control: RD 625/2014 de 18 de julio. *Revista de Derecho de Seguridad Social*, 3(4). 101-119.ISSN 2387-0370.
- Illescas, R. V. (2002). *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Aranzadi ISBN 84-8410-912-7.
- López, I.B. (2015). Recortes en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja. *Revista de derecho de Seguridad Social*. 4(5), 75-96. ISSN 2387-0370.
- Magro, S.V. & otros. (2006). *Guía práctica de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. LA LEY. Grupo Wolkers Klubers. ISBN: 978-84-97-25-751-0.

Márquez, P.A. (1998). *La materia contenciosa de la Seguridad Social*. Tirant lo Blanc. ISBN 978-84-8002- 568-3.

Moreno, M. J. (2015). *Situación actual de la valoración del daño corporal*. Tesis Doctoral, facultad de Medicina. Universidad de Málaga. <http://orcid.org/0000-0001-5479-9098>.

Pedroza, A. S. (2016). El Tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. 2(7).143-153. ISSN 2387-0370.

Rivas, V. P. (2002). *Los procesos en materia de prestaciones de la Seguridad social*. Navarra. Editorial Aranzadi. ISBN 84-9767-062-0.

Tortuero, P.J. (2014). Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 4(1).41-46. ISSN 2387-0370.

Seguridad Social (2017). *Incapacidad temporal. Ejercicio 2016*. http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/Incapacidad_Temporal/IncapacidadTemporal2016/212852

Tribunal de Cuentas (2014). *Informe de Fiscalización sobre la Gestión y Control de la Incapacidad Temporal por las entidades del Sistema de Seguridad Social*.

www.tcu.es/repositorio/ad7d34ec-0c9a-4b3f-87a6.../11027.pdf

Tortuero, P.J. (2016). Incapacidad Temporal: Límites del principio de oficialidad y el juego de las reglas de prescripción y retroactividad. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2(7).115-121. ISSN 2387-0370.

Vicente, P J. M. (2015). La profesión habitual una referencia a modificar en la valoración de la incapacidad laboral. *Revista de Medicina y Seguridad del Trabajo*. 61(238). 68-77.

Villaplana, G.M., Sáez, N.C., Meseguer, P.M., & García, I.M. (2013). Grado de efecto de las variables sociodemográficas, laborales, organizativas y del entorno en la duración de la incapacidad temporal por contingencias comunes en España. *Revista de Atención Primaria*, 90-98. <http://dx.doi.org/10.1016/j.aprim.2014.03.010>.