

Novedades en materia de incapacidad temporal

News regarding temporary disability

Amparo Esteve Segarra

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València

ORCID ID: 0000-0003-3773-4668

doi: 10.20318/labos.2023.7930

Resumen: El artículo aborda tres reformas en la prestación de incapacidad temporal. En primer lugar, la LGSS ha sido modificada para atender a las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En segundo lugar, la reforma operada por el Real Decreto-Ley 2/2023, también introdujo cambios, en vigor a partir del 17 de mayo. Finalmente, para cerrar esta secuencia legal diacrónica en sentido inverso, hubo cambios derivados del Real Decreto 1060/2022 y la Orden IMS/2/2023.

Palabras clave: Incapacidad temporal, género, salud reproductiva, salud laboral, enfermedad.

Abstract: The article deals with three reforms in the provision of temporary disability. In the first place, the LGSS has been modified to meet the novelties discovered by LO 1/2023, of February 28, which modifies LO 2/2010, of March 3rd, on sexual and reproductive health and the voluntary termination of pregnancy. Secondly, the reform operated by Royal Decree-Law 2/2023, also introduced changes, effective as of May 17. Finally, to close this diachronic legal sequence in reverse, there were changes derived from Royal Decree 1060/2022 and Order IMS/2/2023.

Keywords: Temporary disability, gender, reproductive health, occupational health, disease

1. Introducción

En un plazo breve de tiempo, la prestación de incapacidad temporal ha sufrido diversos cambios. Si bien ninguno de ellos, tiene carácter de reforma estructural, merece la pena detenerse en las modificaciones introducidas y sus efectos prácticos. Yendo de atrás hacia adelante, y de mayor a menor importancia, en primer lugar, la Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en adelante, LGSS) ha sido modificada para atender a las novedades introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se reforma la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud

sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹, con efectos a partir del 1 de junio de 2023². En segundo lugar, la reforma operada por el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones también introdujo cambios, en vigor a partir del 17 de mayo. Finalmente, para cerrar esta secuencia legal diacrónica en sentido inverso, hubo cambios derivados del Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre y la Orden IMS/2/2023, en vigor desde el 1 de abril.

2. Las situaciones especiales de incapacidad temporal introducidas por la Ley Orgánica 1/2023, de salud sexual y reproductiva

En concreto, en la ley se reconocen tres nuevas situaciones de incapacidad temporal (en adelante, IT) relacionadas con la mujer trabajadora, que serían las siguientes:

- a) Aquellas en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria (situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada).
- b) La debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la interrupción del embarazo sea debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de situación de IT por contingencias profesionales.
- c) Situación especial de incapacidad temporal para la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación.

Estas tres causas son de aplicación no sólo en el Régimen General, sino también en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y en el Régimen Especial de la Minería del Carbón. Merece la pena detenerse primero, en cada una de estas tres situaciones; y, en segundo lugar, valorar dichas situaciones “especiales de incapacidad temporal por contingencias comunes”, en la terminología que utiliza la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero.

2.1. Incapacidad temporal por menstruaciones incapacitantes secundarias

En este análisis se partirá de tratar de descifrar qué es una menstruación incapacitante secundaria (2.1.1) y después de delimitar cuál es la protección articulada para su cobertura (2.1.2).

¹ Publicada en el BOE de 1-3-2023. Corrección de errores en BOE 16-3-2023.

² D.F. 3ª LO 1/2023 modifica algunos preceptos de la LGSS, pero con una vigencia que se difiere a 1 de junio de 2023 (DF 17ª LO 1/2023).

2.1.1. La situación protegida: ¿qué es una menstruación incapacitante secundaria?

Debe precisarse que la situación de necesidad no deriva de cualquier menstruación, sino que la norma la ciñe a “menstruaciones incapacitantes secundarias”. Este concepto se define como dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada. Aunque como juristas podríamos pensar que la LGSS no precisa estas patologías, por lo que a priori, esta puede ser cualquier enfermedad que provoque dolor de regla siempre que esté previamente diagnosticada, esta conclusión sería precipitada sin analizar el término médico de dismenorrea secundaria. En este sentido, se ha distinguido entre reglas dolorosas y dismenorreas secundarias. Merece la pena reproducir el análisis de la ciencia médica que señala:

“Entre el cincuenta y el noventa por ciento de las mujeres tienen reglas que pueden ser dolorosas, que es lo que llamamos dismenorrea. La mayoría de estas situaciones son primarias en contraposición con las secundarias que veremos a continuación por estar relacionadas con alguna patología orgánica. Las primeras, presentan un dolor de corte espasmódico, tipo calambre en el bajo abdomen, recurrente con cada menstruación. Pueden ir acompañados de otros síntomas como náuseas o diarrea. ... Suele aparecer en la adolescencia, propio de mujeres jóvenes y puede ir mejorando con la edad y también tras una gestación. Suele ser de causa desconocida, lo que en términos médicos se denomina «esencial».

La dismenorrea secundaria, es aquella que va empeorando con el tiempo y suele ser secundaria a patología orgánica, es decir, tiene vinculación con una causa como endometriosis (pacientes que tienen tejido endometrial fuera de su sitio). No obstante, no siempre hay una causa orgánica evidente que justifique la existencia de dismenorrea. En cualquier caso, este tipo de dolor menstrual suele ser más incapacitante que la primera”.

Por consiguiente, la situación de incapacidad temporal no deriva de simples dolores de regla (dismenorrea), sino que se exige que sea incapacitante y secundaria, esto es, que incapacite para trabajar y que derive de una patología. Esta interpretación se coherente con lo que se explica en la Exposición de Motivos de la LO 1/2023, que, con carácter ejemplificativo, alude a patologías tales como “endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos³, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros”. Se requiere, por consiguiente, una prescripción facultativa de asistencia sanitaria e impedimento temporal para el trabajo, y alguna doctrina ha aludido, que debería ser diagnosticada por personal especialista en ginecología (Miñarro y Molina, 2023: 95).

³ Por alguna doctrina científica médica se ha aludido a que el síndrome ovario poliquístico no debió incluirse en el elenco, pues no es técnicamente una causa de dismenorrea, y que “los pólipos, sí lo son, pero se suelen operar, luego sería una causa de dismenorrea puntual y solucionable que, como tal, no generaría la contingencia que estamos analizando” (De Fuentes García-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023).

2.1.2. La protección

La cobertura protectora tiene un claro el carácter finalista de la norma, que trata, en palabras de la propia Exposición de Motivos, “de dar una regulación adecuada a esta situación patológica con el fin de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral”. Este carácter finalista se plasma en el régimen jurídico de este supuesto de incapacidad temporal, que tiene un tratamiento beneficioso en al menos tres cuestiones.

- En primer lugar, en cuanto a los requisitos, pese a considerarse una contingencia común, el derecho a la prestación no se supedita a ningún requisito de carencia previa.
- Además, respecto a la duración no se considera una misma patología a efectos de las recaídas. Por consiguiente, cada proceso se considerará nuevo sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de IT, ni de su posible prórroga.
- En tercer lugar, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el mismo día de baja en el trabajo (art. 173 LGSS). En este sentido, para evitar críticas empresariales y estigmatizaciones (Miñarro y Molina, 2023:100), el tratamiento de las bajas por “reglas incapacitantes” parece ofrecer el mejor tratamiento económico existente entre todos los supuestos de IT en la medida en que se abonará desde el mismo día de la baja, en línea con las contingencias profesionales (CP), si bien liberando a las empresas de cualquier pago, a diferencia de la IT por CP donde la empresa tiene una obligación de pago del salario íntegro del día de la baja por esta causa.

2.2. Incapacidad temporal derivada de una interrupción del embarazo con necesidad de asistencia sanitaria e imposibilidad de trabajar

En este caso, la situación de IT deriva de una interrupción del embarazo, sea esta voluntaria o involuntaria, que provoque la necesidad de asistencia sanitaria y la imposibilidad de trabajar. En la segunda situación de IT puede derivar de situaciones de incapacidad física o psíquica y respecto a estas, se requerirá de un “diagnóstico médico de duelo perinatal patológico” que impida la continuación “normal” del trabajo (Miñarro y Molina, 2023: 96-97). Como en la situación anterior, se establece un régimen privilegiado respecto a otras situaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes plasmado en cuatro aspectos. Primero, aun siendo común, el derecho a la prestación no se condiciona a ningún requisito de carencia previa. Segundo, en la situación especial de incapacidad temporal por interrupción del embarazo, el subsidio se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, siendo pagado a cargo de la entidad gestora o colaboradora. Tercero, respecto al abono, se precisa que corresponderá a la

empresa el salario íntegro correspondiente al día de la baja. Cuarto, la duración no está prevista y se producirá, por tanto, en el momento del alta médica.

Debe señalarse que en cuanto a su cuantía se abonará de la siguiente forma: Primer día, salario. Del segundo día al vigésimo: 60% de la Base Reguladora de IT por contingencias comunes. Y del día vigésimo primero en adelante: se pagará el 75% base reguladora. En cuanto a la forma de abono opera el pago delegado, pero la prestación estará finalmente a cargo de la entidad gestora o colaboradora. Volviendo a la cuantía, esta prestación tiene una protección por debajo del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, que consiste en el 100 por 100 de la base reguladora correspondiente.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que no todas las situaciones de aborto dan lugar a la protección de incapacidad temporal, puesto que el aborto involuntario producido tras la semana 26^a de gestación, esto es, un embarazo de más de 180 días, puede cubrirse con la prestación de nacimiento y cuidado del menor, con fundamento en los arts. 48.4 ET y 8.4 RD 295/2009, de 6 de marzo⁴. Ciertamente en esta prestación de nacimiento y cuidado del menor, a diferencia de la situación de IT analizada, el período de carencia también varía en función de la edad de la persona beneficiaria, al igual que ocurre en el subsidio de IT que se verá a continuación, esto es, la IT por gestación en la trigésimo novena semana (*vid. infra* ap. 2.3). Recuérdese en que en la prestación por nacimiento y cuidado del menor tiene una duración de 16 semanas. En esta última prestación opera el pago directo y únicamente se deduce la cuota obrera, pues está exenta de retención fiscal.

2.3. Incapacidad temporal por gestación en la trigésimo novena semana

La situación de embarazo tradicionalmente podía dar lugar a la necesidad de descanso, a situaciones de enfermedad durante el embarazo y a otras de riesgo para el mismo derivado del trabajo. Tradicionalmente la necesidad de descanso sólo podía ser atendida mediante la prestación por nacimiento y cuidado del menor⁵ o bien, si se trataba de una enfermedad, mediante una baja médica, pero sometida dicha baja los requisitos generales de cualquier IT. Con la regulación actual se introduce un supuesto muy particular de incapacidad temporal si se está en la semana 39^a de prestación por gestación avanzada y, con este fundamento, relacionado con la necesidad de descanso, en este período de gestación avanzada se reconoce el derecho al subsidio de forma objetiva y automática, esto es, sin necesidad de acreditar que la mujer embarazada está incapacitada para el trabajo.

⁴ Recuérdese que dicho precepto establece que, en supuestos de muerte del hijo, la prestación no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo. Este precepto prevé que este precepto también se aplica al feto, aunque este no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, 180 días.

⁵ En relación con la prestación por nacimiento y cuidado del menor, ha de señalarse que en los casos de parto, el disfrute no necesariamente se produce después del nacimiento, sino que según el artículo 48.1 ET, la madre biológica puede anticipar el ejercicio de la baja hasta cuatro semanas antes de la fecha prevista del parto. La cuantía de esta prestación por nacimiento y cuidado del menor es del 100% de la BR.

A diferencia de las situaciones anteriores de IT, que no exigían períodos previos de cotización, en la IT por gestación en la trigésimo novena semana, se produce una asimilación a lo que ocurre en el subsidio por cuidado del menor, por remisión al art. 178.1 LGSS, esto es, según la edad que se tenga cumplida en el momento del inicio del descanso. A estos efectos, recuérdese que no se exigirá si la beneficiaria es menor de 21 años. En los casos en los que la beneficiaria tenga más de 21 años y menos de 26, se requiere 90 días en los 7 años anteriores a la suspensión del contrato o 180 días a lo largo de toda la vida laboral. Si es mayor de 26 años: se requiere una cotización de 180 días en los últimos 7 años o 360 días a lo largo de toda la vida laboral.

En cuanto su pago, el primer día de baja corresponde pagar el salario íntegro a la empresa; del día segundo al vigésimo se abonará el 60% de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias comunes y del día vigésimo en adelante, el 75% de la base reguladora. A estos efectos, opera el pago delegado y se abonará a cargo de la Seguridad Social desde el día siguiente al de la baja en el trabajo.

La duración de la situación especial de incapacidad temporal a partir de la semana trigésimo novena de gestación se fija hasta el parto. Si bien la norma añade que esta duración del subsidio desde que se inicie la baja laboral hasta la fecha del parto, se excluye cuando “la trabajadora hubiera iniciado anteriormente una situación de riesgo durante el embarazo, supuesto en el cual permanecerá percibiendo la prestación correspondiente a dicha situación en tanto ésta deba mantenerse”. En realidad, más que un criterio de duración, es una regla de incompatibilidad (Aragón Gómez), de manera que la IT por encontrarse en la semana 39^a de gestación, deviene incompatible con el subsidio de riesgo por embarazo, primando este sobre aquel.

2.4. Elementos comunes: gestión de los partes de baja, confirmación y alta, cotización y pago

Como quiera que las tres situaciones especiales de IT tienen la consideración de contingencias comunes, la emisión de los partes de baja, confirmación y alta corresponderá al Servicio Público de Salud (en adelante, SPS) al que esté vinculado la persona trabajadora en función de su domicilio (Boletín RED 7/2023). El personal facultativo del SPS emitirá estos partes de acuerdo con los códigos de diagnóstico facilitados por el Ministerio de Sanidad.

En los tres nuevos supuestos de IT se mantiene la obligación de cotizar por parte de la empresa. A estos efectos, se modifica el apartado 4 del art. 144 LGSS, que queda redactado en su primer párrafo, como sigue: “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, incluidas las situaciones especiales de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo, sea voluntaria o no, y gestación desde el día primero de la semana trigésimo novena...”.

La norma aludía de forma imprecisa al pago por la Seguridad Social del subsidio, pero el Boletín RED 7/2023 ha apuntado que ello va a comportar que la cobertura sea

a cargo de la entidad que tenga asumida la gestión de la prestación de IT por contingencias comunes (el INSS o la Mutua). Ahora bien, rige el pago delegado por contingencias comunes, con lo que las situaciones especiales de IT se aplicarán a las liquidaciones de cuotas, compensándose desde el inicio de la prestación. Recuérdese que este inicio sería el mismo día de la baja médica en la situación especial de menstruación incapacitante secundaria y el día siguiente en las situaciones especiales de interrupción del embarazo y gestación desde la 39ª semana.

En el Boletín Red 07/2023, se aclara cómo se van a tramitar las tres situaciones especiales de incapacidad temporal hasta que se proceda a la implantación automática de condiciones de cotización asociadas a las tres situaciones especiales. En concreto, se precisa lo siguiente en relación con las actuaciones en el ámbito de la afiliación y la cotización: “Hasta que se proceda a la implantación de la aplicación automáticamente de las condiciones de cotización asociadas a cada una de las nuevas situaciones especiales de IT –lo que se informará a través de las vías de comunicación habituales–, en función de la información proporcionada por el Instituto Nacional de Seguridad Social –INSS– para la aplicación en las liquidaciones de cuotas de estas condiciones de cotización se deberá solicitar dicha aplicación a través del trámite “Situaciones especiales de IT” de la aplicación CASIA, ubicado en la siguiente ruta –Afiliación, altas y bajas/variación de datos cuenta ajena/Sit. Especiales IT–”.

SITUACIONES ESPECIALES IT	CUANTÍA PRESTACIÓN	Exige período mínimo cotización	peculiaridad de cotización/fracción cuota/ porcentaje/legislación	Colectivo incentivado	Tramos cotización	Recaída
Menstruación incapacitante secundaria	1ª a 20ª día → 60% BR	NO requiere	21/57/60%/247	8048	tramo del día 1 al 20º día IT	NO
	Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247		8050			
	A partir 21ª → 75% BR		21/57/75%/247	8048	tramo a partir día 21ª	
	Con compensación diferida de IT: 25/57/75%247		8050			
Para trabajadores con pago directo de IT	22/08/100%/247	8049	Por el periodo de prestación comunicado por la entidad gestora			
Interrupción del embarazo	1º día → salario	NO requiere	21/57/60%/247	8052	1º día forma parte de tramo trabajado	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica
	2º a 20ª día → 60% BR		Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247	8054	Tramo del 2º día al 20º	
	A partir 21ª → 75% BR		21/57/75%/247	8052	tramo a partir día 21ª	
	Con compensación diferida de IT: 25/57/75%247		8054			
Para trabajadores con pago directo de IT	22/08/100%/247	8053	Por el periodo de prestación comunicado por la entidad gestora			
Interrupción del embarazo (Con origen en Cont. profesionales)	1º día → salario		Aplicación de peculiaridad 23 ó 27 (en caso de compensación diferida) de acuerdo con las reglas generales de aplicación de IT de AT. Tramo desde día 2º.			
	A partir del 2º → 75% BR					
Gestación de la mujer trabajadora desde el 1º día de la 39ª semana	1º día → salario	SI	21/57/60%/247	8056	1º día forma parte de tramo trabajado	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica
	2º a 20ª día → 60% BR		Con compensación diferida de IT: 25/57/60%/247	8058	Tramo del 2º día al 20º	
	A partir 21ª → 75% BR		21/57/75%/247	8056	tramo a partir del día 21ª	
	Con compensación diferida de IT: 25/57/75%247		8058			
	Para trabajadores con pago directo de IT		22/08/100%/247	8057	Por el periodo de prestación comunicado por la entidad gestora	
Si no se cumple el requisito de período mínimo de cotización para acceder a la prestación			Tramo desde el 2º día	En caso de recaída, el tramo se inicia en el día de la baja médica		

Actuaciones en el ámbito de la gestión de los partes de IT. Información proporcionada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS).

2.5. *Cuantía*

La prestación económica consistirá en el pago del subsidio por contingencia comunes con algunas diferencias con la IT “tradicional” en función de cada situación específica:

- Menstruación incapacitante secundaria:
- Interrupción del embarazo
- Interrupción del embarazo por contingencias profesionales
- Gestación de la mujer trabajadora desde el primer día de la semana 39^a.

A estos efectos, puede partirse de lo especificado en el cuadro resumen del Boletín 7/2023. Resulta curioso que ello no se haya previsto en la norma legal, que se limita a señalar en algunos supuestos que el subsidio se percibirá desde el mismo día de la baja.

2.6. *Valoraciones*

Para algunos, estos supuestos de IT “especiales” aparecen como avances en la protección específica de las mujeres, atendiendo a sus diferentes condiciones biológicas y a la necesidad de una perspectiva de género en salud laboral y protección frente a la enfermedad, que se prevé en el art. 27 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). También es objeto de atención en el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad, en el anexo, en el punto 4, donde en el diagnóstico de la situación se hace referencia a la salud laboral desde la perspectiva de género. La Ley 15/2022, promueve el carácter integral de la tutela de la condición de salud de la mujer (arts. 4.4 y 15.5).

Pese a esta indudable base, desde diversas perspectivas se ha criticado algunos aspectos de la ley. De entrada, el Dictamen del CES al texto, había incidido en el riesgo de restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, en que quizá la prestación de incapacidad temporal no fuera la más adecuada para dar cobertura a la ausencia del trabajo, por ejemplo, en la recta final del embarazo frente a otras prestaciones. Así se señala:

“En esta misma línea, el CES entiende necesario evitar que la configuración de la mejora de la protección de las gestantes comporte restablecer la analogía entre embarazo y enfermedad, hace tiempo superada, por lo que llama la atención el uso de la figura de la incapacidad temporal para cubrir la ausencia del trabajo en la recta final del embarazo, existiendo otras prestaciones del sistema que quizá podrían albergar mejor la protección de la salud y el bienestar de la gestante en esta fase”.

Respecto a la primera objeción, en concreto, la asimilación entre embarazo y enfermedad es cierto que desde 1994 se habría optado a nivel legislativo por separar la suspensión por maternidad biológica (embarazo y nacimiento) de situaciones de suspensión por dolencias temporalmente incapacitantes (Miñarro y Molina, 2023: 86).

En cuanto al tratamiento de alguna de estas situaciones en otras prestaciones, se ha dicho que por ejemplo la de riesgo por embarazo, no sería adecuada con carácter general, por exigir requisitos muy estrictos. De ahí que se había apuntado que el legislador hubiera optado por canalizar la protección a través de la prestación del riesgo durante el embarazo, hubiera sido necesario modular esta y desvirtuar la relación prestacional con el estricto riesgo profesional. De ahí que algunos autores apostaran mejor por separar las nuevas situaciones tanto de la prestación de riesgo por embarazo, como la de IT y crear una prestación específica (Miñarro y Molina, 2023: 89).

Sin embargo, no ha sido esta la opción del legislador que ha parecido incluir estas prestaciones que son exclusivas de las mujeres dentro de la protección general de la IT, aunque como situaciones especiales y con mejoras. Sin embargo, se ha apuntado que esta reconducción hacia la protección de forma específica hacia la rama común de IT, aún con modulaciones de mejora material, esto es, esta tensión entre especialidad y situación común, no dejará de plantear problemas interpretativos (Miñarro y Molina, 2023: 92).

Otra de las críticas incidiría en que estas nuevas situaciones apoyadas en la condición biológica y en evitar sesgos de género, podrían provocar un efecto rebote. Por ejemplo, se habría señalado que una baja médica por reglas todos los meses algunos días puede ser insostenible para las empresas. Sin embargo, ha de insistirse en que la situación especial no es la de simplemente de reglas dolorosas.

Además de estas críticas al paradigma de la protección finalista, habría otras más concretas a diferentes aspectos de cada una de las situaciones de IT especiales.

2.6.1. Las críticas a la primera situación especial de IT: ¿necesaria, suficiente, insuficiente o excesiva?

Aunque es incontrovertible el carácter finalista de la regulación de incapacidad temporal derivada de menstruaciones dolorosas e incapacitantes, cabe señalar que se ha discutido en la doctrina cuál es el fundamento de esta especial protección. En concreto, si se trata de un riesgo vinculado a la condición de mujer o, más específicamente, vinculado a la salud reproductiva (Aragón Gómez). Sin embargo, sea uno u otro el fundamento, han existido opiniones para todos los gustos. Desde ámbitos médicos se ha considerado que esta causa de incapacidad temporal era una normativa necesaria “reclamada desde hace tiempo por especialistas de la atención ginecológica de las mujeres”, aunque se ha exigido una mejor definición legal (De Fuentes García-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023).

En opinión de estas mismas personas facultativas, pese a la valoración positiva de una regulación especial para proteger a la mujeres en el ámbito laboral, se ha señalado que “es un concepto que debe mejorarse” porque al exigirse que la dismenorrea esté generada por una patología no se tienen en cuenta que las reglas dolorosas no siempre tienen asociada una patología orgánica subyacente previamente diagnosticada, por no

conocerse la enfermedad (pues hay casos que no son fáciles de identificar)⁶ o no estar diagnosticada, sino en estudio. Además, aluden a que debería haberse incluido como otra causa de incapacidad menstrual la hipermenorrea refractaria a tratamiento, esto es, los sangrados abundantes que no se palían con los fármacos habituales, porque “esta patología, aunque no sea no siempre dolorosa, tiene como consecuencia que la mujer sangra en tanta cantidad que le impide realizar su trabajo habitual y cotidiano, dado que se mancha y desborda los productos de higiene femenina”. Por otra parte, en opinión de estas personas especialistas en ginecología, la norma peca a la vez por exceso en la definición, pues además de incluirse en el elenco de enfermedades que según la exposición de motivos de la Ley pueden causar una menstruación dolorosa incapacitante secundaria, alguna patología que no tiene tal carácter⁷, debería haberse recogido que las dismenorreas deben ser “refractarias al tratamiento”, ya que “muchas de las patologías ... suelen responder correctamente a tratamientos hormonales (con la ingesta de anti-conceptivos o antiandrógenos), antiinflamatorios, por lo que no siempre el tener este tipo de patologías implicaría la incapacidad. Y pecaría también por defecto, al considerar aconsejable la inclusión de la incapacidad que se produce por dolor no sólo durante la menstruación, sino en días previos a que baje la regla, también durante la ovulación o incluso durante cualquier momento del ciclo menstrual (De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023: 5).

Otro de los problemas que puede plantearse es que, en la primera situación de IT, el dolor menstrual (con las condiciones antedichas de que sea secundario a una patología) puede determinar la incapacidad temporal en función de una valoración subjetiva de cada paciente. A estos efectos, se ha aludido a que es esencial recurrir a escalas de dolor estandarizadas, esto es, “que se establezca que se requiere una valoración cuantitativa y cualitativa por especialista mediante escalas de vida y del dolor (EVA)” (De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023: 6). Asimismo, estos autores inciden en la importancia del peritaje ginecológico por la evolución de algunas dismenorreas que mejoran con la edad, el embarazo o el tratamiento como medida de apoyo al personal facultativo de atención primaria.

En cambio, para otros autores, el calificativo de dolorosas es criticable, porque “probablemente distorsiona el planteamiento, pues se exige el efecto mayor de una incapacitación laboral” (Miñarro y Molina, 2023: 92). Estos mismos autores estiman que, según la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, una de cada tres mujeres tiene reglas dolorosas, pero no tiene por qué ser incapacitantes. También citan un estudio según el cual 7 de cada 10 mujeres indicaron la necesidad de tener flexibilidad horaria

⁶ De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, aluden por ejemplo, al caso de la adenomiosis, que consiste en la presencia de tejido endiométrico en el espesor del útero o los implantes peritoneales endiométricos que son difíciles de identificar con pruebas de imagen o sólo se pueden ver bien con cirugía (2023: 4).

⁷ De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez han criticado a que el síndrome ovario poliquístico no debió incluirse en el elenco, pues no es técnicamente una causa de dismenorrea, y que “los pólipos, sí lo son, pero se suelen operar, luego sería una causa de dismenorrea puntual y solucionable que, como tal, no generaría la contingencia que estamos analizando”.

o teletrabajar para una mejor gestión menstrual. Es decir, más por medidas de gestión flexible alternativas en las empresas más que por buscar una licencia o permiso retribuido (Miñarro y Molina, 2023: 93). A este respecto, la previsión de la situación especial de IT, no excluye la posibilidad de establecer otras medidas en la negociación colectiva, como la posibilidad de escoger la mujer de cambios de horarios, de funciones, opción de teletrabajo, jornada irregular, bolsas de horas, para paliar el absentismo por esta causa o las bajadas de productividad (De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, 2023).

Señalaban Miñarro y Molina, que el denominado Manual de tiempos óptimos de incapacidad temporal (INSS, 2017: 98), preveía bajas asociadas a problemas médicos derivados de menstruaciones dolorosas. Por consiguiente, ante esta afirmación cabría preguntarse, si realmente se ha producido algún cambio con la reforma. Ciertamente, la posibilidad de IT ya existía para algunas mujeres con dolores agudos de reglas, pero la reiteración de IT por esta causa podía provocar la exclusión del mundo laboral, por no superación de períodos de prueba, no renovación de contratos temporales y despidos, como advertían De Fuentes G.-Romero Tejada y Armijo Suárez, por lo que acaso, la regulación actual ofrece una mejor protección frente a despidos.

En este sentido, la profesora Cristina Aragón ha reflexionado sobre si durante los tres supuestos de IT estarían las trabajadoras protegidas por despido. Su conclusión es que, en el caso de las menstruaciones dolorosas, la menstruación no es una enfermedad propiamente dicha, pero tratándose de una menstruación de una dismenorrea secundaria si existe una patología previa (incardinable en el art. 2.1 Ley 15/2022). En el caso del aborto, este no sería una enfermedad y la mujer no está ya embarazada, pero es un caso íntimamente unido a la condición de mujer. En tercer lugar, en el caso de la gestación avanzada, el embarazo de la mujer haría aplicable la nulidad objetiva prevista en los arts. 53.4.b) y 55.5.b) ET.

En relación precisamente con la duración de esta situación especial, Miñarro y Molina, 2023:101, aluden a que: “en su Memoria económica, el Gobierno utilizó un estudio de la revista BMJ Journals, en virtud del cual se indicaba que, de media, las mujeres encuestadas cogieron un día de baja al año por motivos menstruales”. ...”en algunos Anteproyectos se contemplaba una duración máxima de 3 días, ampliable a 5, pero finalmente se ha decidido no vinculara a término alguno, sin más límite que la propia duración la situación de necesidad cubierta”. Ahora bien, Miñarro y Molina, 2023:100, consideran en relación con la contingencia por menstruación incapacitante secundaria, que “dado que se trata de períodos cortos, ... lo coherente... la cuantía del subsidio fuese el 100 por 100, de modo que no pueda ser disuasoria esta pérdida económica (salvo mejor voluntaria) para las mujeres en orden a acudir a este tipo de bajas”.

2.6.2. La situación de IT por interrupción del embarazo

Algunas asociaciones feministas habían reivindicado un permiso por duelo perinatal en caso de pérdida de la gestación (muerte uterina) precoz (dentro del segundo semestre

de embarazo) para recuperación del fuerte efecto emocional de esta situación (*vid.* un elenco de estas propuestas en Miñarro y Molina, 2023: 89-91).

2.6.3. La situación de IT por gestación avanzada: ¿una prestación suficiente?

Respecto a la IT por gestación avanzada, se habría defendido que el subsidio evitaría el descuento de la prestación por nacimiento y cuidado del menor en caso de adelantar su disfrute al parto. Sin embargo, en este caso se habría criticado que la anticipación de una semana tendría un carácter pobre, por cuanto, el embarazo tiene una duración que oscila entre las 37 y las 42 semanas, siendo de media de 40 semanas. En este sentido, la principal crítica ha incidido en la duración que se limitaría a la trigésimo novena semana, pero no es decisión técnico-jurídica, sino de política de derecho y presupuestaria. Se considera más adecuada la semana 37, conforme a la experiencia comparada más relevante. Debe tenerse en cuenta que la reforma ha venido precedida de propuestas de determinadas asociaciones feministas y de especialistas en ginecología (*vid.* Miñarro y Molina, 2023: 89 -91) para mejorar la salud y el bienestar de las mujeres en relación con la salud reproductiva. En concreto, se reclamaba un permiso preparto para la última etapa del embarazo (desde la semana 36), como en Dinamarca, o desde la semana 34, en Alemania hasta el momento del parto. Sin embargo, finalmente estas propuestas no fueron asumidas, por resistencias del Gobierno de coalición porque en el borrador presentado inicialmente se pretendía que fuese en la semana trigésimo-sexta (Alemania), pero el Ministerio de Seguridad Social, pidió acotar su coste, de ahí que se aumentara el período embarazo a la semana trigésimo novena (Molina y Miñarro, 2023: 101).

3. Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, sobre gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros 365 días de duración

Desde el 1 de abril de 2023⁸, se han realizado diversas modificaciones en el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, que regula determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración y su Orden de desarrollo Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio. En concreto, se han modificado los arts. 2, 6 y 7 de la norma reglamentaria. Con la finalidad de eliminar obligaciones burocráticas, la norma afecta a la gestión de los partes médicos de baja por incapacidad temporal⁹. En primer lugar, el cambio más importante es que se elimina el librar una copia en papel del parte médico de baja a la persona empleada por cuenta ajena a los efectos de

⁸ D.F. única RD 1060/2023. Con carácter transitorio, la D.T. única del mencionado RD establece que las previsiones introducidas por esta reforma resultan aplicables a partir de su entrada en vigor, a los procesos que en ese momento se encuentren en curso y no hayan superado los 365 días de duración.

⁹ Esta reforma no afecta a los partes de reposo.

que esta lo entregue en su empresa. En segundo lugar, y en sustitución de dicha entrega física de los partes, la baja, la confirmación y el alta el sistema se basa en que toda esta información será comunicada directamente por la Administración a las empresas con los datos necesarios para la gestión de la prestación y la compensación en la cotización de lo abonado en concepto de pago delegado.

En cuanto a los plazos, estos partes¹⁰ serán remitidos por los facultativos en el primer día hábil siguiente al INSS por vía telemática, quien a su vez los remitirá a la TGSS y a la empresa.

Cabría preguntarse entonces qué tiene que hacer la persona trabajadora. Por consiguiente, sin perjuicio de que conforme a las reglas de buena fe, las personas empleadas que estén enfermas pongan en conocimiento de la empresa empleadora su situación (art. 7.1 C.c. y art. 5.1.a) ET), las empresas conocerán la información de los partes médicos de IT de sus empleados a través de los ficheros INSS Empresas vía FIE¹¹ y FIER¹², según el tamaño de las empresas¹³, que permiten acceder a la información que existe en las bases de datos del INSS sobre las variaciones que experimenten las prestaciones reconocidas a los trabajadores de la empresa (Aragón, 2023). Esta a su vez, comunicará en el plazo máximo de 3 días dichas situaciones al INSS a través del sistema RED. En los partes de baja la empresa sólo comunicará los datos económicos (BNR 1/2023). A efectos de lograr mayor agilidad, se ha eliminado la necesidad de esta consignación en los partes de confirmación y alta. Y, por el contrario, se ha añadido un requisito adicional: describir las funciones desempeñadas por la persona trabajadora. Según establece el BNR 2/2023, la información que contendrán esos dos campos nuevos es muy relevante para el control de los procesos de IT, pues permitirá ajustar esos procesos y su duración en función de las tareas efectivamente realizadas por el trabajador, tanto de cara a su recuperación como a su reincorporación a la empresa (BNR 2/2023). La no transmisión de los datos por parte de la empresa dará lugar a una infracción administrativa de carácter leve (art. 21.6 LISOS).

Además, el RD 1060/2022 ha incidido en diversas competencias de los facultativos. De entrada, corresponde al personal facultativo que emita el parte médico de baja determinar la duración estimada del proceso. En segundo lugar, y lógicamente, esta duración puede ser alterada en un momento ulterior en función de la actualización del diagnóstico y de la evolución sanitaria de la persona. En tercer lugar, se ha añadido un nuevo párrafo en el art. 2.3.d) RD 625/2014, donde se señala: “En cualquiera de los procesos contemplados en este apartado, el facultativo del servicio público de salud, de la empresa colaboradora o de la mutua podrá fijar la correspondiente revisión médica en un período inferior al indicado en cada caso”.

¹⁰ Los nuevos modelos de parte se han establecido en la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero, por la que se modifica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio.

¹¹ Es un sistema de transmisión de la información dirigido fundamentalmente a grandes empresas.

¹² Es un sistema de transmisión de la información de menos de 25 trabajadores.

¹³ Boletín Noticias Red 3/2023.

4. Cambios en la incapacidad temporal introducidos en el Real Decreto Ley 2/2023, de sostenibilidad del sistema de pensiones

Esta norma contiene diferentes cambios que pueden ordenarse de menor a menor. En primer lugar, hay cambios terminológicos, como las referencias a los “inspectores médicos” del INSS, que se sustituyen por “Inspección médica”, aunque existe algún olvido del masculino genérico como el del art. 175 LGSS, donde no se ha cambiado la alusión a los “médicos adscritos al INSS”.

En segundo lugar, hay cambios en los procesos de incapacidad temporal de más de 365 días. A estos efectos, se elimina la intervención de los equipos de valoración de incapacidades (EVI) en estos procesos de más de 365 días y menos de 545 días. Esta competencia es asumida por la Inspección Médica del INSS para emitir diversas actuaciones:

- Alta médica por curación/mejoría.
- Alta médica por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico del INSS.
- Alta médica con propuesta de incapacidad permanente.
- Emisión de bajas médicas por misma/similar patología en los 180 días posteriores a la citada alta médica.
- Valoración de la discrepancia del SPS por disconformidad presentada por una persona trabajadora frente a un alta médica por curación/mejoría o incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos del INSS.
- La emisión de bajas médicas por las misma o similar patología en los 180 días posteriores a la resolución denegatoria de IP en procesos de menos de 545 días. En cambio, ha de precisarse que conforme al art. 174 LGSS se mantiene la competencia del EVI o las comisiones de evaluación de incapacidades para valorar las bajas médicas por misma o similar patología en los 180 días posteriores a resolución denegatoria de IP, en procesos de más de 545 días, a los efectos de iniciar un nuevo proceso por una sola vez.

A estos efectos, a través del Boletín RED 7/2023, se ha aclarado que las empresas recibirán la comunicación de estas actuaciones de la misma forma que se están recibiendo actualmente, esto es, a través de SILTRA o el buzón correspondiente en el caso de Autorizaciones RED Directo.

Con el fin de agilizar trámites y evitar dudas, se aclara que, si no se dicta alta médica una vez agotado el plazo de 365 días, la persona en situación de incapacidad temporal se encontrará en situación de prórroga tácita, sin que exista obligación de que haya una resolución expresa que reconozca esta situación de prórroga. En algún blog se ha aludido a que la novedad no era tal, puesto que la prórroga tácita y la obligación de pago delegado se mantuvo en la situación de pandemia y por la falta de personal, donde el INSS dejó de emitir resoluciones de prórroga. Ello obviamente tiene consecuencias para las empresas, pues durante esta prórroga se mantiene la colaboración obligatoria en el pago

de la prestación, esto es, el llamado pago delegado. Por si no quedaba suficientemente claro, el Boletín RED 7/2023 puntualiza: “Por lo tanto, una vez agotado el plazo de 365 días, si la empresa no ha recibido ninguna comunicación de alta médica, deberá entender que la situación de IT del trabajador se ha prorrogado”. Esta previsión es aplicable no solo a los procedimientos de IT que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor, sino también a los iniciados con anterioridad, salvo los casos en que se haya dictado la resolución prevista en el artículo 170.2 LGSS, en que seguirá abonándose directamente por la entidad gestora o la mutua.

Se señala asimismo que el pago delegado de la prestación de IT se mantendrá hasta:

- a) La notificación del alta médica por curación, mejoría o incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos.
- b) Hasta el último día del mes en el que se haya expedido el alta médica con propuesta de IP.
- c) Hasta el transcurso del plazo máximo de 545 días de IT.
- d) Hasta los efectos de la resolución de disconformidad frente al alta médica.

En el primero de los supuestos, esto es, cuando se produce un alta médica por curación, mejoría o incomparecencia injustificada a reconocimientos médicos podía suscitarse la duda de si la colaboración obligatoria en el pago de la IT cesaba con el alta médica o con la notificación. El legislador asume aquí la posición jurisprudencial debiendo estarse a la fecha de la notificación, y no la del alta médica. También se aclara que esta notificación no es la realizada a la empresa, sino la de la persona trabajadora. Así, el Boletín RED 7/2023 aclara que las empresas recibirán dos comunicaciones. En la primera se informará de la emisión del alta médica en la que se indicará que será efectiva en el momento en que la persona trabajadora reciba la resolución, “manteniéndose la colaboración en el pago de la prestación hasta dicha fecha”. Y una segunda comunicación informando de la fecha de efectos del alta médica.

En los casos de incapacidad temporal más allá de 365 días, si la inspección médica adopta la decisión de iniciar el expediente de incapacidad permanente, la incapacidad temporal se prorrogará hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciará el percibo de la prestación correspondiente, salvo que su cuantía sea superior a la de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerá la pensión de IP.

Además de los cambios anteriores, cabe reseñar que el RD-L 2/2023 ha eliminado el coeficiente de parcialidad, modificando los arts. 247 y 248 LGSS, por lo que, a efectos del requisito de carencia para generar una IT por enfermedad común, todos los días naturales son computables como días cotizados.

Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA (2023). Las reformas de la incapacidad temporal. Foro Aranzadi. Ejemplar multicopiado¹⁴.
- CASTIELLA SÁNCHEZ-OSTIZ, JOAQUÍN y BAZAL CHACÓN, BLANCA (2023). El nuevo sistema de gestión de los partes de baja por incapacidad temporal a partir del 1 de enero de 2023, *Actualidad Jurídica Aranzadi* (993).
- DE FUENTES G.-ROMERO DE TEJADA, CARLOS y ARMIJO SUÁREZ, ONICA (2023). La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas. Brief AEDTSS, 15, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- MIÑARRO YANINI, MARGARITA y MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (2023). *Una reinención sistémica de la Seguridad Social: reformas legales y reinterpretaciones judiciales de diligencia debida para corregir sus brechas de género*. Albacete: Bomarzo.
- MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL (2023). Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos “derechos sexuados” desde la menstruación a la menopausia?. *Revista de trabajo y seguridad social. CEF* (471).
- RAMOS QUINTANA, MARGARITA (2023). Salud sexual y reproductiva: los nuevos derechos sociales para las mujeres. Brief AEDTSS.
- RIVAS VALLEJO, P. (dir.). *Tratado médico legal sobre incapacidades laborales*. 2ª edición. Pamplona: Aranzadi.

¹⁴ La profesora de la UNED tuvo la amabilidad de facilitarme la copia a este material.