



Universitat
de les Illes Balears

TESIS DOCTORAL
2022

**INCAPACIDAD TEMPORAL Y ABSENTISMO LABORAL:
PREVENCIÓN, CONTROL Y RETORNO AL TRABAJO**

Maria del Mar Crespí Ferriol



Universitat
de les Illes Balears

TESIS DOCTORAL
2022

Programa de Doctorado en Derecho

**INCAPACIDAD TEMPORAL Y ABSENTISMO LABORAL:
PREVENCIÓN, CONTROL Y RETORNO AL TRABAJO**

Maria del Mar Crespí Ferriol

Director: Erik Monreal Bringsvaerd

Tutor: Erik Monreal Bringsvaerd

Doctora por la Universitat de les Illes Balears



Universitat
de les Illes Balears

Dr. Erik Monreal Bringsvaerd, de la Universitat de les Illes Balears

DECLARO:

Que la tesi doctoral que porta per títol 'Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo', presentada per Maria del Mar Crespí Ferriol per a l'obtenció del títol de doctor, ha estat dirigida sota la meua supervisió i que compleix amb els requisits necessaris per optar al títol de Doctor Internacional.

I perquè quedi constància d'això signo aquest document.

Signatura

Palma, 21 de març del 2022

RESUMEN

El objeto de la presente tesis doctoral es realizar un análisis integral del marco jurídico que afecta al absentismo laboral en España. Para ello se aborda el régimen legal y de gestión de la incapacidad temporal desde la perspectiva del impacto que tiene sobre la inasistencia al trabajo, atendiendo a su dinámica prestacional, sus efectos suspensivos del contrato de trabajo y los mecanismos institucionales dispuestos para la fiscalización del fraude. Además, partiendo del conocimiento empírico que identifica como causas del absentismo tanto los problemas de salud como las motivaciones ocultas del trabajador, se trata la relación de la incapacidad temporal con las demás instituciones jurídicas en que se sustentan, respectivamente, las políticas de prevención y contención del absentismo. Ello incluye, de un lado, el estudio de la normativa de prevención de riesgos vinculada al absentismo, las políticas de promoción de la salud desde el ámbito laboral o los planes de retorno al trabajo que facilitan la reincorporación de los trabajadores en incapacidad temporal por enfermedades duraderas. De otro lado, se indaga también en las vías de desincentivación económica y control del absentismo dirigidas a reducir el riesgo de fraude asociado a la incapacidad temporal. Dicha labor comporta la valoración de aspectos contractuales como las mejoras voluntarias de la prestación pública, los complementos salariales vinculados a la asistencia al trabajo, el régimen aplicable al despido motivado por la incapacidad temporal o las facultades empresariales de control extralaboral, conductual y médico, del trabajador.

ABSTRACT

The purpose of this doctoral thesis is to carry out a comprehensive analysis of the legal framework concerning absenteeism in Spain. To this end, the legal regime and administrative management of temporary incapacity is assessed, in terms of its impact on work absenteeism. This requires the consideration of the dynamics of the social benefit, its suspensive effects on the employment contract and the different institutional mechanisms established for the control of fraud. Moreover, the legal research is based on the empirical knowledge that identifies both health problems and the hidden motivations of the worker as causes of absenteeism. Therefore, the relationship between temporary incapacity and other legal institutions underlying policies for the prevention and curbing of absenteeism is also dealt with. This includes, on the one hand, the study of health and safety regulations related to absenteeism, health promotion policies in the workplace and return-to-work plans for workers on sick leave due to long-lasting illnesses. On the other hand, attention is paid to legal provisions that create economic disincentives and regulate private control mechanisms aimed at reducing the moral hazard effects on temporary incapacity. This involves the examination of contractual aspects such as extra-statutory sick pay assumed by companies, wage supplements linked to work attendance, employees' dismissal due to temporary incapacity or the company's powers to control the workers (their behaviour and health) during their absence from work.

RESUM

L'objecte de la present tesi doctoral és realitzar una anàlisi integral del marc jurídic que afecta a l'absentisme laboral a Espanya. Per això, s'aborda el règim legal i de gestió de la incapacitat temporal des de la perspectiva de l'impacte que té sobre la inassistència a la feina, considerant la seva dinàmica com a prestació social, els seus efectes suspensius del contracte de treball i els mecanismes institucionals establerts per la fiscalització del frau. A més, partint del coneixement empíric que identifica com a causes de l'absentisme tant els problemes de salut com les motivacions ocultes del treballador, s'aprofundeix en la relació de la incapacitat temporal amb les altres institucions jurídiques en les quals se sustenten, respectivament, les polítiques de prevenció i contenció de l'absentisme. Això inclou, d'una banda, l'estudi de la normativa de prevenció de riscos vinculada a l'absentisme, les polítiques de promoció de la salut des de l'àmbit laboral o els plans de tornada a la feina que faciliten la reincorporació dels treballadors en incapacitat temporal per malalties de llarga durada. D'altra banda, es tracten també les vies de desincentivació econòmica i control de l'absentisme dirigides a reduir el risc de frau associat a la incapacitat temporal. Aquesta tasca comporta la valoració d'aspectes contractuals com la millora voluntària de la prestació pública, els complements salarials vinculats a l'assistència a la feina, el règim aplicable a l'acomiadament motivat per la incapacitat temporal o les facultats empresarials de control extralaboral, conductual i mèdic, del treballador.

PRINCIPALES ABREVIATURAS.....	12
INTRODUCCIÓN.....	13

CAPÍTULO PRIMERO:

CONCEPTO, CAUSAS Y CONSECUENCIAS DEL ABSENTISMO LABORAL

I. PLANTEAMIENTO Y BASES DEL ESTUDIO	19
1. LA POLISEMIA DE LA PALABRA ABSENTISMO: SUS ACEPCIONES AMPLIA, INTERMEDIA Y RESTRICTIVA	22
2. EL PORQUÉ DE LA SOMBRA DE FRAUDE: LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL RIESGO MORAL A LA INCAPACIDAD TEMPORAL	25
II. LAS CAUSAS DEL ABSENTISMO LABORAL	34
1. EL ESTADO DE SALUD DEL TRABAJADOR Y LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA	34
2. LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y EL AMBIENTE ORGANIZACIONAL	39
3. LA RENTABILIDAD ECONÓMICA DE LA AUSENCIA Y LOS CONTROLES SOBRE LA MISMA	44
4. ESTABILIDAD <i>VERSUS</i> PRECARIEDAD LABORAL Y SITUACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO	46
III. LAS CONSECUENCIAS DEL ABSENTISMO LABORAL.....	50
1. LOS COSTES ECONÓMICOS PARA LAS EMPRESAS.....	51
2. SUS EFECTOS LABORALES, SOCIALES Y SANITARIOS SOBRE LOS TRABAJADORES.....	55
3. LOS PERJUICIOS SOBRE EL ERARIO Y LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	58
IV. LA OTRA CARA DE LA MONEDA: EL PRESENTISMO LABORAL	61
V. LA HETEROGENEIDAD DEL ABSENTISMO MÉDICO Y SU INTERACCIÓN CON EL PRESENTISMO COMO MARCO DE REFERENCIA PARA SU TRATAMIENTO INTEGRAL .	66

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA PREVENCIÓN DEL ABSENTISMO A TRAVÉS DE LA MEJORA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES Y LA CALIDAD DE VIDA LABORAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES	71
II. LA PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN LABORAL DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.....	72
1. EL ABSENTISMO EN EL MARCO DE LA VIGILANCIA COLECTIVA DE LA SALUD	74
2. EL ABSENTISMO EN EL MARCO DE LA VIGILANCIA INDIVIDUAL DE LA SALUD	79
2.1. <i>La información a los servicios de prevención sobre las causas médicas de las ausencias.....</i>	<i>79</i>

2.2. <i>El reconocimiento médico preventivo del trabajador tras una ausencia de larga duración</i>	83
3. LA PREVENCIÓN DEL ABSENTISMO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	87
III. LA PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN EXTRALABORAL DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES	90
1. LOS PROGRAMAS DE PROMOCIÓN DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES	90
2.1. <i>Caracterización y naturaleza jurídica</i>	91
2.2. <i>La articulación del apoyo necesario para su implantación efectiva</i>	95
2. EL REFUERZO DE LA ASISTENCIA SANITARIA PRESTADA A LOS TRABAJADORES EN INCAPACIDAD TEMPORAL POR CONTINGENCIAS COMUNES	99
2.1. <i>Los convenios de colaboración del INSS con las Comunidades Autónomas</i>	99
2.2. <i>La colaboración de las mutuas en el tratamiento médico de los trabajadores</i>	101
IV. LA FACILITACIÓN DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL	105

CAPÍTULO TERCERO:

LA DESINCENTIVACIÓN ECONÓMICA DEL ABSENTISMO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES	111
II. LAS REPERCUSIONES DIRECTAS DE LA AUSENCIA: EL SISTEMA LEGAL Y CONVENCIONAL DE INCENTIVOS ECONÓMICOS VINCULADOS A LA INCAPACIDAD TEMPORAL	113
1. MEDIDAS ADOPTADAS A NIVEL LEGISLATIVO: LA CONFIGURACIÓN CUANTITATIVA DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y SUS LÍMITES	114
2. MEDIDAS ADOPTADAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA O UNILATERALMENTE POR LOS EMPRESARIOS	120
2.1. <i>Las mejoras voluntarias a la prestación de incapacidad temporal</i>	122
2.1.1. La configuración e interpretación de las mejoras voluntarias desde la perspectiva antiabsentista	125
2.1.1.1. La mayor protección de las ausencias dotadas de especial credibilidad	128
2.1.1.2. La vinculación de las mejoras a los niveles de absentismo individual o colectivo	131
2.1.2. El proceso histórico racionalización de las mejoras voluntarias. Su desarrollo en el sector privado y en el empleo público	135
2.1.2.1. Evolución general	135

2.1.2.2. Tratamiento normativo en el marco del sector público	137
2.1.2.3. Valoración personal	139
2.2. <i>Los complementos salariales relacionados con la asistencia al trabajo....</i>	140
2.2.1. Calificación jurídica y virtualidad como instrumento antiabsentista	142
2.2.2. Limitaciones jurídicas a su libre disposición.....	145
III. LAS REPERCUSIONES ECONÓMICAS INDIRECTAS DE LA AUSENCIA: EL RIESGO DE PERDER EL EMPLEO	151
1. EL CARÁCTER INCENTIVADOR DE LOS COSTES EMPRESARIALES VINCULADOS AL ABSENTISMO DEL TRABAJADOR	152
2. EL ABSENTISMO COMO MOTIVO, CAUSA O CRITERIO PARA LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	158
2.1. <i>El despido motivado por la incapacidad temporal. La enfermedad como causa de discriminación.</i>	161
2.1.1. La improcedencia del despido como regla general. Sus excepciones....	161
2.1.2. Críticas a la regla general. Sobre la enfermedad como causa de discriminación, las enfermedades asimilables a la discapacidad y la jurisprudencia comunitaria	162
2.1.3. Valoración personal.....	168
2.2. <i>El antiguo despido objetivo por absentismo del artículo 52.d ET.....</i>	171
2.2.1. La evolución histórica del precepto	171
2.2.2. Orientación y virtualidad como dispositivo antiabsentista.....	177
2.3. <i>El absentismo como criterio de selección de los trabajadores afectados por despidos debidos a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Su aplicación a personas con discapacidad.</i>	179

CAPÍTULO CUARTO:

LA DINÁMICA Y CONTROL INSTITUCIONAL DE LA AUSENCIA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES	184
II. EL INICIO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL	186
1. LA DECLARACIÓN Y TRAMITACIÓN DE LA BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL.....	186
2. DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES. REFERENCIA ESPECIAL A LA FIGURA DEL REPOSO DOMICILIARIO, O ENFERMEDAD SIN BAJA, PARTICULARMENTE EN EL EMPLEO PÚBLICO	189
3. LA COMUNICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA AUSENCIA ANTE LA EMPRESA	199
4. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE COMUNICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE LA AUSENCIA. Y SOBRE LA POSIBILIDAD DE TRAMITAR ELECTRÓNICAMENTE LOS PARTES DE BAJA, SIN LA PARTICIPACIÓN DEL TRABAJADOR.	202
III. SEGUIMIENTO Y CONTROL DEL PROCESO DE INCAPACIDAD TEMPORAL	207

1.	EL CONTROL ORDINARIO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DURANTE SU PERIODO ORDINARIO ...	207
3.1.	<i>El seguimiento de la incapacidad por parte de la sanidad pública o las mutuas.....</i>	208
3.2.	<i>La inspección de servicios sanitarios</i>	211
2.	EL CONTROL ADICIONAL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.....	214
3.3.	<i>Reglas generales de los mecanismos comunes de fiscalización.....</i>	215
3.4.	<i>Los controles de carácter no médico.....</i>	216
3.5.	<i>Los reconocimientos médicos de control de la incapacidad temporal. Especial referencia a la citación del trabajador</i>	217
3.5.1.	<i>Las propuestas de alta por parte de las mutuas</i>	221
3.5.2.	<i>La emisión de altas por parte de la inspección médica del INSS.....</i>	223
3.	EL SEGUIMIENTO Y CONTROL DE LA INCAPACIDAD DURANTE EL PERIODO EXTRAORDINARIO.....	228
IV.	LA FINALIZACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.....	230
1.	EL ALTA MÉDICA POR MEJORÍA O CURACIÓN Y LA OBLIGACIÓN DE REINCORPORACIÓN LABORAL. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL Y SU TRATAMIENTO DISCIPLINARIO	231
2.	LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA EXTINCIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL. EL PROBLEMA DE LAS DEMORAS EN LA REINCORPORACIÓN AL TRABAJO.....	237
3.	LAS CONSECUENCIAS SOBRE EL ABSENTISMO DE LA IMPUGNACIÓN DEL ALTA MÉDICA	242
3.1.	<i>La revisión de las altas médicas expedidas por las mutuas</i>	243
3.2.	<i>El procedimiento de disconformidad.....</i>	248
 CAPÍTULO QUINTO: 		
EL CONTROL EMPRESARIAL DEL ABSENTISMO LABORAL		
I.	CONSIDERACIONES GENERALES	254
II.	FUNDAMENTO Y LÍMITES GENERALES DE LA FACULTAD DE CONTROL DEL TRABAJADOR AUSENTE	255
1.	EL CONTROL DEL ABSENTISMO COMO CONTROL EXTRALABORAL DEL TRABAJADOR	255
2.	LAS OBLIGACIONES MATERIALES DEL TRABAJADOR AUSENTE POR MOTIVOS DE SALUD.....	259
2.1.	<i>Inexistencia de una obligación extralaboral de procurar mantener la capacidad laboral. Irrelevancia de la culpa del trabajador en la producción del accidente a efectos del reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal .</i>	259
2.2.	<i>Las obligaciones derivadas del deber de buena fe contractual</i>	261
3.	LÍMITES GENERALES DE LA FACULTAD DE CONTROL DEL TRABAJADOR AUSENTE.....	264
3.1.	<i>El derecho fundamental a la intimidad personal</i>	265
3.2.	<i>El derecho fundamental a la protección de datos.....</i>	268
III.	MEDIDAS DE CONTROL DEL TRABAJADOR AUSENTE AMPARADAS EN EL ARTÍCULO 20.3 ET.....	273

1.	LA CONTRATACIÓN DE DETECTIVES PRIVADOS.....	274
1.1.	<i>Incidencia en el derecho a la intimidad del trabajador.....</i>	275
1.2.	<i>Incidencia en el derecho a la protección de datos del trabajador</i>	279
2.	LAS RECABACIÓN DE INFORMACIÓN A TRAVÉS DE INTERNET Y LAS REDES SOCIALES.....	281
2.1.	<i>Los espacios virtuales cerrados</i>	285
2.2.	<i>Los espacios virtuales abiertos.....</i>	287
IV.	LA FACULTAD DE CONTROL DEL ARTÍCULO 20.4 ET	290
1.	EL ARTÍCULO 20.4 ET COMO FUNDAMENTO DE LA ACTIVIDAD DE LAS EMPRESAS ESPECIALIZADAS EN EL CONTROL DEL ABSENTISMO LABORAL	293
2.	LOS RECONOCIMIENTOS DEL TRABAJADOR A CARGO DE PERSONAL MÉDICO	297
2.1.	<i>Sujetos habilitados para realizar los reconocimientos.....</i>	297
2.2.	<i>Concertación de la cita para la realización del reconocimiento médico....</i>	300
2.3.	<i>El objeto del reconocimiento y su práctica.....</i>	302
3.	LA NEGATIVA DEL TRABAJADOR A SOMETERSE AL RECONOCIMIENTO MÉDICO.....	306
3.1.	<i>La suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario</i>	306
3.2.	<i>La imposibilidad de imponer sanciones disciplinarias.....</i>	310
4.	CONSECUENCIAS DEL RECONOCIMIENTO MÉDICO. LA DIFUSA POSICIÓN EMPRESARIAL ANTE LOS RECONOCIMIENTOS QUE APUNTAN AL CARÁCTER INJUSTIFICADO DE LA AUSENCIA.	313

CAPÍTULO SEXTO

LA COMPATIBILIDAD ENFERMEDAD/TRABAJO: LOS PLANES DE RETORNO AL TRABAJO

I.	CONSIDERACIONES GENERALES	318
II.	EL CARÁCTER RELATIVO DE LA IMPOSIBILIDAD DE TRABAJAR PROTEGIDA POR LA INCAPACIDAD TEMPORAL	319
1.	LA COMPATIBILIDAD DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL CON EL TRABAJO EN CASOS DE PLURIEMPLEO O PLURIACTIVIDAD	321
2.	LA COMPATIBILIDAD DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL CON EL TRABAJO EN LA PROPIA EMPRESA	326
III.	LA NECESARIA RECONFIGURACIÓN DEL RIESGO CUBIERTO POR LA INCAPACIDAD TEMPORAL.....	327
1.	DIFERENCIACIÓN ENTRE LA PÉRDIDA RELATIVA DE CAPACIDAD LABORAL Y LA IMPOSIBILIDAD DE GENERAR INGRESOS LABORALES.....	328
2.	EL APROVECHAMIENTO DE LA CAPACIDAD PRODUCTIVA RESIDUAL COMO OPCIÓN PREFERIBLE A LA INACTIVIDAD LABORAL: EL 'PRESENTISMO POSITIVO'	332
IV.	LOS PROGRAMAS DE RETORNO AL TRABAJO PARA TRABAJADORES EN INCAPACIDAD TEMPORAL.....	335
1.	CONCEPTO, CARACTERIZACIÓN Y SINGULARIZACIÓN	336

1.1.	<i>Dificultades y medidas para el retorno al trabajo ante las afecciones médicas de mayor prevalencia.....</i>	339
1.2.	<i>El encuadre jurídico de los planes de retorno al trabajo: distinción de figuras afines</i>	341
2.	LAS MEDIDAS DE APOYO EN EL RETORNO AL TRABAJO EN ESPAÑA.....	344
2.1.	<i>Los planes de retorno al trabajo bajo el marco legislativo actual</i>	<i>346</i>
2.1.1.	<i>La participación de las mutuas en la aplicación de planes de retorno al trabajo: situación actual y antecedentes normativos.....</i>	<i>347</i>
2.1.2.	<i>Los problemas de su encaje en el régimen jurídico sustantivo de la incapacidad temporal.....</i>	<i>350</i>
2.2.	<i>Los planes de retorno al trabajo en la negociación colectiva</i>	<i>355</i>
3.	LAS MODIFICACIONES NORMATIVAS NECESARIAS PARA FAVORECER LA ADAPTACIÓN CUALITATIVA Y CUANTITATIVA DEL TRABAJO A LAS CAPACIDADES DEL EMPLEADO EN INCAPACIDAD TEMPORAL	358
3.1.	<i>La incapacidad temporal a tiempo parcial o condicionada a las adaptaciones laborales</i>	<i>360</i>
3.2.	<i>La planificación, coordinación y aplicación de los planes de retorno al trabajo.....</i>	<i>363</i>
3.2.1.	<i>Atribución de competencias para su gestión</i>	<i>363</i>
3.2.2.	<i>Su carácter obligatorio o voluntario para empresarios y trabajadores .</i>	<i>366</i>
3.3.3.	<i>El marco procedimental para su aplicación en la empresa.....</i>	<i>369</i>
3.3.4.	<i>Su incentivación económica. La relación con el despido del trabajador</i>	<i>370</i>
	CONCLUSIONES	374
	CONCLUSIONS	391
	BIBLIOGRAFÍA	409

PRINCIPALES ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCOO	Comisiones Obreras
CE	Constitución Española de 1978
DA	Disposición Adicional
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
INSST	Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
LPCAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OSHA	Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo
RGPD	Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE
RSP	Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
UGT	Unión General de Trabajadores

INTRODUCCIÓN

El absentismo laboral es un problema con graves repercusiones sobre las empresas, los trabajadores y la economía en general. Eurofound estimaba en el año 2010 que, en Europa, los costes económicos globales derivados de las horas de trabajo no prestadas podían ascender a una cuantía equivalente al 2'5 % del Producto Interior Bruto¹. A raíz de la crisis económica y sanitaria derivada del Covid-19, el problema ha alcanzado un pico sin precedentes, cuyos perjuicios económicos se sitúan en España en torno al 3'3 % del Producto Interior Bruto nacional del año 2020². Es más, ya desde antes de la pandemia se venía dando una clara tendencia al alza que es constante desde 2013 y que en el año 2019 había alcanzado el máximo histórico registrado hasta ese momento. Dicho crecimiento ha dado al absentismo un papel protagonista en la agenda de la patronal³, que, a su vez, encuentra su reflejo en la preocupación sindical⁴ por la manera en la que lo abordan las empresas.

La incapacidad temporal es la principal causa de absentismo, por la que, según una estimación realizada sobre datos de la Encuesta Trimestral de costes laborales del Instituto Nacional de Estadística, en el año 2020 se perdieron un 4'4 % de las horas de trabajo que se habían contratado⁵. En particular, de acuerdo con los datos oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, un 2'4 % de los trabajadores iniciaron cada mes un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes, que duró 48 días de media. Este dato es el resultado del incremento que se ha venido produciendo desde el año 2013, en que la incidencia de este tipo de bajas era del 1'8 % y los procesos duraban de media 36 días. El incremento de las bajas también se ha dejado notar sobre el gasto público en la prestación económica por incapacidad temporal, que entre 2013 y 2019 ha doblado su coste total, arrastrado por un aumento de la población activa y la mejora de los salarios, pero también por el incremento del absentismo. Paralelamente, ha aumentado su coste público relativo, que en 2015 equivalía al 0'5 % del Producto Interior Bruto, para ascender al 0'7 % en 2019 y recalar, el año 2021, en más de un 0'8 %⁶.

Estos datos ponen de manifiesto el reto económico y social que supone el crecimiento de las ausencias al trabajo por motivos médicos para las empresas privadas, así como para el Estado como empleador y como garante, por mandato constitucional, del sistema de Seguridad Social. Además, suscitan una seria preocupación por el bienestar de los trabajadores y la pregunta de si se estará dando una respuesta laboral

¹ Eurofound: [Absence from work](#), Luxemburgo, 2010, p. 2.

² X Informe Adecco sobre Empresa saludable y gestión del absentismo, publicado en 2021.

³ Como ejemplo más reciente, la reflexión sobre el absentismo aparece como prioritaria en el Plan de Acción 2021 de los Órganos consultivos y de estudio de la CEOE, publicado en octubre de 2021, pp. 13 y 39.

⁴ Como muestra, en el Plan de Acción 2021-2025 de la Federación de Servicios de CCOO presentado en el III Congreso de la entidad en junio del 2021, p. 19, se plantea desarrollar y actualizar los criterios sindicales para la negociación colectiva sobre los mecanismos empresariales de control del absentismo.

⁵ Estimación de Randstat Research: 'Informe Trimestral de absentismo laboral. Noviembre 2021', p. 4, relativa al segundo trimestre del año.

⁶ Informe Económico-Financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2022, p. 174.

adecuada ante los problemas de salud que afectan a la capacidad productiva. En este sentido, la crisis sanitaria ha revelado de la forma más evidente posible la relación de dependencia que se da entre la salud pública y el desempeño económico. Pero, incluso al margen de lo que ha supuesto la pandemia, es urgente afrontar este interrogante, porque las previsiones son que la salud de la población trabajadora tenderá a empeorar en los próximos años y décadas. Con el envejecimiento general que reflejan las pirámides demográficas europea y española cabe esperar una mayor profusión y cronificación de dolencias físicas y mentales de los trabajadores, que puede poner en serio riesgo la sostenibilidad financiera del régimen de Seguridad Social.

El planteamiento del presente trabajo es que la mejor manera de ofrecer una respuesta jurídica adecuada ante dicho reto es situarlo bajo un marco analítico amplio, considerando de forma integral el conjunto de aspectos del ordenamiento jurídico asociados a la problemática del absentismo laboral. En este sentido, el régimen jurídico aplicable a la dinámica de la incapacidad temporal como prestación de Seguridad Social ha sido largamente estudiado por la doctrina y, aunque quedan todavía puntos perfectibles, ha experimentado, en términos generales, una mejora técnica notable en las últimas décadas. Sin embargo, los datos referidos ponen de manifiesto que la mejora técnico-jurídica de la regulación de la prestación por incapacidad temporal resulta necesaria, pero, en sí misma, insuficiente para abordar el problema que aquí se trata. Para ello, es pertinente prestar también atención a su vertiente laboral y a su impacto sobre la gestión empresarial, teniendo en cuenta, asimismo, el catálogo de instrumentos jurídicos legalmente concebidos para afrontar, desde planos diversos, el tratamiento de factores vinculados con las causas médicas y socioeconómicas del absentismo.

En primer lugar, yendo a su origen primario, el hecho de que la mayoría de las ausencias de los trabajadores se deban a problemas de salud conduce directamente al estudio de los mecanismos que puedan evitarlos o, al menos, reducir sus consecuencias sobre el ámbito laboral. Este análisis se ha remitido tradicionalmente al de las medidas de prevención de los accidentes y enfermedades laborales, pero sin que su conexión con el absentismo haya sido objeto de especial atención doctrinal o jurisprudencial. Además, el enfoque preventivo del absentismo médico no puede limitarse al ámbito de la prevención de riesgos laborales, ya que se trata de un fenómeno cualitativa y cuantitativamente mucho más amplio. Las políticas de prevención de riesgos se dirigen a evitar las incapacidades temporales por contingencias profesionales (y, en su caso, las recaídas) antes de que aparezcan. Se dejan fuera de su radio de acción, por tanto, las incapacidades temporales por contingencias comunes y, en general, todas las bajas que ya se han iniciado y están en curso.

Para resolver este punto ciego, conviene explorar también el tratamiento jurídico que deba darse a las vías de prevención del absentismo destinadas a asegurar *ex ante* el mantenimiento del bienestar de los trabajadores, más allá de la estricta consideración de los factores de riesgo laboral. Asimismo, hay que actuar *ex post* cuando los problemas médicos de los trabajadores no hayan podido evitarse, para tratar de que las incapacidades temporales ya declaradas se alarguen lo menos posible. En esta línea,

como la incapacidad temporal aparece cuando se produce un desequilibrio entre la salud del trabajador y el trabajo que debe desarrollar, convendría actuar sobre las dos variables que entran en conflicto. Así, de un lado, cabe estimular la recuperación sanitaria de los trabajadores reforzando su tratamiento médico. De otro lado, se puede adaptar el contexto laboral al estado de salud del trabajador mediante planes de retorno al trabajo para hacerlo más accesible y facilitar así su reincorporación a la empresa.

En segundo lugar, la investigación empírica sobre el absentismo laboral revela que, además de los motivos de salud, sobre la declaración y el curso de la incapacidad temporal influyen factores motivacionales ajenos a su presupuesto jurídico, como la satisfacción laboral o los efectos económicos que la baja tenga sobre el trabajador. Ello implica que pueda haber trabajadores que, sin estar verdaderamente incapacitados para realizar su prestación laboral, puedan verse incentivados a solicitar una baja médica, por el beneficio que les supone la percepción de un subsidio sin necesidad de trabajar. También implica, por otra parte, que pueda haber trabajadores que se vean inclinados a trabajar enfermos, si la incapacidad temporal les resulta económicamente perjudicial, aunque este es un peligro del que no se ha ocupado generalmente la reflexión jurídica. En este sentido, el riesgo de fraude ha sido el eje central en torno al que ha girado la acción legislativa frente al absentismo laboral. De hecho, buena parte de la configuración actual de la incapacidad temporal se explica por la voluntad legislativa de mitigar este riesgo estableciendo desincentivos económicos que disuadan a los trabajadores de acceder indebidamente a una incapacidad temporal, así como controles destinados a verificar la concurrencia de la enfermedad o accidente.

Pero, de nuevo, el tratamiento de las estrategias de desincentivación y fiscalización del absentismo laboral no puede limitarse a las normas relativas a la incapacidad temporal. Estas vías de acción impregnan también, y no siempre de forma coherente, aspectos jurídicos de la relación laboral tratados en la negociación colectiva, como las mejoras voluntarias a la prestación pública o los complementos salariales por asistencia. Por ello, se requiere un análisis global de la estructura de incentivos económicos que se genera a través de la estratificación e interacción entre los distintos mecanismos institucionales y negociales que se aplican a las ausencias médicas. A partir de ahí puede evaluarse su utilidad para reducir el absentismo laboral. Asimismo, también tiene importancia sobre esta vertiente de contención del absentismo el régimen jurídico aplicable a la extinción contractual durante la incapacidad temporal o las facultades empresariales de control del trabajador. Ambas materias presentan aspectos en los que se producen divisiones doctrinales de calado y que suscitan actualmente un tratamiento jurisprudencial confuso, que perjudica la seguridad jurídica y que genera incertidumbre sobre las vías empresariales de reacción contractual ante el absentismo.

Como se ve, la virtualidad de los instrumentos jurídicos en los que se sustentan las políticas de control y prevención del absentismo laboral se inserta en dinámicas que van más allá de lo estrictamente normativo. Por ello, además de las vías tradicionales de la investigación jurídica, este trabajo se sirve metodológicamente de algunas notas propias

del análisis económico del Derecho para desvelar y valorar los efectos que los incentivos generados por las disposiciones jurídicas tienen sobre el comportamiento de los trabajadores y de los otros sujetos inmersos en la problemática del absentismo laboral. Asimismo, la argumentación jurídica también se apoya, en diversos puntos, sobre los conocimientos aportados por la medicina preventiva y evaluadora. Este anclaje técnico permite poner de manifiesto el fundamento científico de las normas vinculadas al absentismo que se proponen proteger la salud de los trabajadores. Además, las últimas indicaciones médicas sobre que la actividad laboral es beneficiosa para la salud y puede contribuir a la recuperación del trabajador permiten armar una visión crítica de un elemento jurídico estructural de nuestra incapacidad temporal, como es su incompatibilidad general con el trabajo.

También cumple una función importante en el desarrollo del presente trabajo la contextualización del tratamiento normativo nacional del absentismo en el entorno europeo. Al respecto, algunos estudios sitúan las tasas españolas de absentismo por encima de la media de la OECD⁷ o de la Unión Europea⁸, mientras que otros indican que son menores a las de nuestros socios comunitarios⁹. Ello se debe a las variaciones metodológicas de dichos estudios y a que el absentismo presenta dificultades de medición y fluctuaciones constantes que complican las comparativas cuantitativas. Con todo, de lo que no cabe duda es de que el absentismo es una preocupación política común en Europa, que, en el caso de algunos Estados, ha supuesto recientemente la introducción de mejoras legislativas muy trascendentes sobre el régimen jurídico aplicable a la incapacidad temporal. Por ello, se recurre a la metodología del Derecho comparado para trazar las principales líneas de tendencia y plantear la posible incorporación a nuestro ordenamiento de determinadas medidas que han tenido buenos resultados en otros Estados. A este respecto, se revela que España se ha

⁷ OECD: *Sickness, Disability and Work: Breaking the barriers. A synthesis of findings across OECD countries*, Paris, 2010, p. 63. Un análisis más reciente de la misma base de datos puede encontrarse en el VI Informe Adecco sobre absentismo laboral, del año 2017, p. 23, en el que se clasifica España en el grupo de países con un nivel alto de absentismo laboral.

⁸ El más reciente es el de ANTCZAK, E. y MISZCZYNSKA, K. M.: 'Curses of sickness absenteeism in Europe- Analysis from an Intercountry and Gender Perspective', *International Journal of Environmental Research and Public Health*, núm. 18, (2021), p. 8. En el mismo sentido, Vid., LIVANOS, I. y ZANGELIDIS, A.: 'Sickness Absence: a Pan-European Study', MPRA paper núm. 22627, (2010), p. 19 o VILLAPLANA GARCÍA, M. D.: *Absentismo e incapacidad laboral: promover organizaciones saludables como garantía de excelencia y efectividad organizativa*, Oviedo, 2015, p. 19, con cita de un estudio de la consultora PWC del año 2007.

⁹ Por orden cronológico, Vid., GIMENO, D.; BENAVIDES, G. D.; BENACH, J. y AMICK, B. C.: 'Distribution of sickness absence in the European Union', *Occupational Environmental Medicine*, núm. 61, (2003), p. 868 o LUSINYAN, L. y BONATO, L.: 'Work absence in Europe', *IMF Staff Papers*, núm. 3, (2007), p. 487, sobre la media de días de ausencia por enfermedad en España entre los años 1995 y 2003. En el mismo sentido, de acuerdo con CHAUPAIN-GUILLOT, S. y GUILLOT, O.: 'Sickness benefit rules and work absence: An empirical study based on European data', *Revue d'économie politique*, núm. 6, (2017), p. 1126, en 2010 España fue el cuarto país con menor porcentaje (inferior al 35 %) de trabajadores que afirmaron haberse ausentado de su puesto de trabajo por motivos de salud al menos una vez en el último año. Por último, en Eurofound: *Sixth European Working Conditions Report: 2017 Update*, Luxemburgo, 2017, p. 96, los hombres españoles aparecen como los que menos ausencias reportan en toda Europa, solo por detrás de rumanos y portugueses.

quedado atrás en la adopción de políticas preventivas que faciliten el retorno al trabajo de los trabajadores en incapacidad temporal de larga duración.

El presente trabajo pone de manifiesto que, en materia de absentismo laboral, existen importantes inadecuaciones normativas. En general, ello se debe a que la regulación legal no atiende a la complejidad causal y a la heterogeneidad fáctica de las ausencias médicas al trabajo, o no responde a criterios de racionalidad que tengan en consideración sus posibles efectos indeseados sobre el comportamiento y la salud de los trabajadores o, en fin, no resulta efectiva a la hora de conseguir su propósito preventivo o de contención. Para tales casos, se plantean vías de mejora que van desde la modificación de las dinámicas de gestión administrativa de la incapacidad temporal, hasta propuestas de *lege ferenda*, pasando por la formulación de recomendaciones dirigidas a los agentes sociales sobre el tratamiento del absentismo en la negociación colectiva. Al mismo tiempo, se ofrecen pautas interpretativas sobre aquellos puntos de dichas normas que a mi juicio plantean, *lege data*, mayores problemas jurídicos.

En cuanto a su estructura expositiva, el trabajo consta de seis Capítulos y una síntesis conclusiva, que se expone sin perjuicio de otras reflexiones teóricas y prácticas recogidas a lo largo de todo el texto.

El Capítulo Primero se dedica a delimitar conceptualmente el campo de estudio relativo al absentismo laboral y a sintetizar el conocimiento científico disponible sobre este fenómeno social, en atención a sus causas y sus consecuencias. Ello permite presentar la realidad empírica sobre la que operan las políticas preventivas y de contención del absentismo, poniendo de manifiesto la necesidad de un abordaje integral.

El Capítulo Segundo se ocupa del análisis jurídico de las distintas vías disponibles de protección de la salud del trabajador que pueden servir para prevenir el absentismo, atendiendo especialmente a la dinámica de la prevención de riesgos laborales, la promoción de la salud y el tratamiento médico del trabajador en incapacidad temporal.

El Capítulo Tercero se dedica al examen de las medidas de contención del riesgo moral asociado a la incapacidad temporal que se basan en la desincentivación económica de la ausencia. Para ello, se consideran conjuntamente los desincentivos directos que afectan a los ingresos del trabajador ausente y el desincentivo indirecto que supone el riesgo de perder el empleo como consecuencia de las ausencias al trabajo.

El Capítulo Cuarto se destina a repasar la dinámica prestacional de la incapacidad temporal para señalar diferentes puntos de su regulación procedimental que pueden tener efectos catalizadores del absentismo laboral o dificultar su gestión por parte de las empresas.

En el Capítulo Quinto se tratan las facultades de control empresarial que se ejercen sobre los trabajadores que faltan al trabajo por motivos médicos. Ello incluye la recabación de información sobre la conducta del trabajador ausente amparada en el artículo 20.3 ET y los reconocimientos médicos ordenados en virtud del artículo 20.4 ET,

así como la fijación de los límites jurídicos de ambas facultades atendiendo al contenido de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales.

Por último, el Capítulo Sexto se dedica al régimen jurídico aplicable a la compatibilidad entre la enfermedad y el trabajo. En vista de que este se estima incompatible con la aplicación efectiva de planes de retorno al trabajo, se plantea una reforma normativa de la incapacidad temporal que se cohoneste mejor con su carácter relativo -imposibilidad 'relativa' de trabajar- y que plantee la inactividad laboral como una alternativa subsidiaria al trabajo, cuando el empleado no carezca de toda capacidad productiva.

CAPÍTULO PRIMERO:

CONCEPTO, CAUSAS Y CONSECUENCIAS DEL ABSENTISMO LABORAL

I. PLANTEAMIENTO Y BASES DEL ESTUDIO

Razonar en torno al absentismo laboral presupone, en primer término, la necesidad de adoptar una conceptualización clara del mismo, aunque no sea tarea fácil. De hecho, la falta de un concepto estandarizado es una de las principales problemáticas que presenta el estudio del absentismo, un paraguas bajo el que se sitúan análisis con objetos excesivamente diversos como para poder derivar de su conjunto alguna solución mínimamente coherente¹⁰. A lo anterior ha contribuido que el absentismo sea un fenómeno que se ha abordado desde disciplinas tan distintas como la economía, la psicología, la sociología del trabajo y la medicina, centrándose cada una en aspectos diferentes como son, respectivamente, su vinculación con el fraude y sus costes económicos, las motivaciones psíquicas de los trabajadores y su gestión desde la perspectiva de los recursos humanos, las dinámicas relacionales que genera en la empresa o su conexión con las condiciones de salud y seguridad de los trabajadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, procede advertir que la noción de absentismo sobre la que va a girar la presente investigación no pretende presentarse en ningún caso como un concepto jurídico. El absentismo es, más que una conducta claramente definida desde el punto de vista dogmático, un hábito laboral o tendencia psico-sociológica del trabajador¹¹. Es decir, se trata de un problema socioeconómico acotado de forma heterogénea, maleable y dinámica por las ciencias empíricas que se acaban de enumerar, carente de una dimensión jurídica como tal. Aunque la palabra absentismo haya podido ser incorporada a la legislación, no deja de constituir una categoría extrajurídica¹² en la que no se encuentra una coherencia sistemática de la que se pudiera extraer un significado normativo generalizable. No es extraño, por ello, que la revisión, tanto del Derecho Internacional del Trabajo, como del Derecho comparado y del Derecho español, revele la completa ausencia de una definición legal del absentismo laboral¹³.

La falta de coherencia sistemática con la que se utiliza en la legislación la palabra absentismo se aprecia, por ejemplo, en la comparación de las dos ocasiones en que el vocablo absentismo ha aparecido históricamente recogido en el texto del Estatuto de

¹⁰ Vid., MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: 'Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto', *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 11, (2014), p. 75 haciendo referencia al "*estiramiento conceptual*" generado por la divergencia de enfoques disciplinares de los que ha sido objeto.

¹¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Pamplona, 1983, p. 31.

¹² *Ibid.*, p. 33.

¹³ Vid., GÓMEZ SALADO, M. A.: *El absentismo laboral como causa del despido objetivo. Puntos críticos en la redacción del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 2019, pp. 15 a 25.

los Trabajadores. Se trata del aún vigente artículo 64.2.d, relativo a los derechos de información a los representantes de los trabajadores sobre distintas variables indicativas de la salud laboral de la plantilla y del ya derogado artículo 52.d relativo al despido objetivo por absentismo. En ambos casos, la palabra se incluye en el sintagma “*índice de absentismo*” para hacer referencia a la operación aritmética consistente en dividir la suma de las ausencias del trabajador entre el total de días de trabajo que deberían haberse prestado efectivamente. Pues bien, pese a insertarse en una misma expresión, aparece una gran diferencia en el significado del que se dota a la palabra absentismo en ambos supuestos por lo que se refiere a las tipologías de ausencias que deben considerarse como tal¹⁴.

En el primer caso, es claro, a mi modo de ver, que, al tratarse de un derecho informativo ligado a la preservación de la seguridad y salud de los trabajadores, debe partirse de la construcción teórica realizada por la medicina preventiva¹⁵. Por tanto, tendría que entenderse por absentismo el conjunto de todas las ausencias por causas sanitarias de los trabajadores, entre las que destacan especialmente las amparadas en la incapacidad temporal, con independencia de su duración y acaso con especial atención a las derivadas de contingencias profesionales. En cambio, en el segundo caso, se trata de un precepto regido por criterios economicistas y centrado en la protección del interés empresarial frente al excesivo coste de las ausencias breves e intermitentes de los trabajadores. Por ello, aun focalizándose también en las ausencias médicas de los trabajadores, según el Tribunal Supremo¹⁶, solo se incluían en el concepto de absentismo recogido en dicha norma, de entre todas las faltas al trabajo por incapacidad temporal, las debidas a contingencias comunes de duración inferior a veinte días.

Por lo tanto, se descarta ya de entrada que el complejo normativo español haya acogido con claridad un concepto jurídico unitario de absentismo laboral¹⁷. Lo que han hecho los distintos operadores jurídicos ha sido, si cabe, utilizar la noción de absentismo con la misma polivalencia con la que se venía manejando en otros contextos sociales y científicos. Esta carencia de una definición legal del absentismo laboral ha sido motivo de crítica por parte de algunos autores laboristas¹⁸, pero, a mi modo de ver, no es ahí donde reside el problema. Lo importante a la hora de establecer diagnósticos y propuestas de solución adecuadas desde un punto de vista jurídico, no es tanto regular

¹⁴ A mayor abundamiento, puede adelantarse también, aunque se entrará en ello más adelante, que ninguno de dichos conceptos legales coincide con lo que la jurisprudencia ha determinado que debe tenerse por absentismo a nivel retributivo, a la hora de interpretar y enjuiciar la validez de los pluses de asistencia que se reflejan en la negociación colectiva.

¹⁵ Vid., MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: ‘Ante la polisemia... cit.’, p. 76 o VILLAPLANA GARCÍA, M. D.: Absentismo e incapacidad... cit., pp. 36 y ss.

¹⁶ STS 23/01/2007 (Rec. núm. 4465/2005) y STS 18/09/2007 (Rec. núm. 4224/2006).

¹⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo... cit., p. 59.

¹⁸ Vid., IBARS ÁLVARO, J.: ‘Absentismo laboral, un problema inaplazable’, Foment del Treball Nacional, núm. 2126, (2009), p. 33 o GÓMEZ SALADO, M. A.: El absentismo laboral... cit., p. 15, afirmando que la definición legal del absentismo es inexistente, pero no por ello innecesaria.

lo que debe entenderse en todo caso por absentismo laboral, sino que las normas que circundan el fenómeno y tienen incidencia sobre el mismo contribuyan de forma integral a mejorar la situación, en lugar de agravarla. Así, desde la perspectiva de este trabajo, el absentismo es más un marco o enfoque analítico de las normas jurídicas que no un objeto directo de estudio, en sí mismo considerado.

Partiendo de la premisa de que el absentismo es un fenómeno inherente a la realidad laboral cuya dinámica se ve influida, aunque no determinada, por las normas laborales que regulan las ausencias de los trabajadores, es evidente que su análisis jurídico integral no puede consistir en una indagación metodológicamente equivalente a la que tradicionalmente se realizaría de un concepto jurídico como tal, cuya previa inscripción en las normas jurídicas de forma más o menos unitaria permitiría su construcción dogmática. La base de este estudio la constituye, por tanto, la caracterización del absentismo que se ha realizado extramuros del contexto jurídico. Es por ello que el presente Capítulo se apoya continuamente en las aportaciones de las ciencias empíricas y parte del esquema de causas y consecuencias con el que estas vienen explicando tradicionalmente sus respectivos objetos de estudio. A partir de esta primera aproximación interdisciplinar, cuyas bondades han sido largamente reivindicadas en las propuestas metodológicas de la mejor doctrina¹⁹, la investigación se dedica al análisis de figuras que sí merecen la calificación de instituciones jurídicas y que pivotan en torno al problema del absentismo laboral, entre las que destaca la incapacidad temporal.

Por lo demás, un punto sobre el que sí existe un consenso claro en todas las disciplinas es que, al hablar de absentismo, se hace referencia normalmente a ausencias del trabajo que comprendan, como mínimo, una jornada laboral completa²⁰. Es cierto que también pueden producirse ausencias parciales y que ambos fenómenos comparten, como elemento característico, la incomparecencia del trabajador en su puesto de trabajo en un momento en que se tenía previsto que se encontrara prestando sus servicios. Precisamente por ello las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o de puntualidad se censuran de forma conjunta en el artículo 54.2.a ET, que regula esta causa de despido disciplinario. No obstante, debe atenderse también a la conceptualización diferenciada que realiza la Ley de ambas figuras, de modo que las impuntualidades, ya sean por la llegada tardía, el alargamiento indebido de descansos o la salida temprana del puesto de trabajo, por más que puedan llegar a suponer la

¹⁹ Vid., SALA FRANCO, T.: 'El realismo jurídico en la investigación del derecho del trabajo', en AA.VV.: El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político, Zaragoza, 1978, p. 47 y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: 'Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista', Revista española de derecho del trabajo, núm. 68, (1994), p. 885.

²⁰ Entre los juristas, Vid., por ejemplo, GÓMEZ SALADO, M. A.: El absentismo laboral... cit., p. 89 o GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'El despido por faltas intermitentes aun justificadas. Fundamentos y criterios de aplicación práctica', Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 61, (2020), p. 6 de la versión digital, refiriéndose ambos al concepto de absentismo manejado al amparo del extinto artículo 52.d ET.

pérdida de un porcentaje muy relevante de la jornada anual, quedan fuera del marco del presente trabajo. El verdadero motivo de debate está pues en la tipología de ausencias que deben incluirse en la noción de absentismo laboral.

1. La polisemia de la palabra absentismo: sus acepciones amplia, intermedia y restrictiva

En su acepción más amplia, el absentismo laboral conecta directamente con la raíz latina de la palabra “*absens, -entis*” que significa ausencia y se asimila a la “*ausencia laboral global*”²¹ del puesto de trabajo, originada por cualquiera de todas las causas posibles. Esta noción, a la que se adscribe con frecuencia la patronal, incluiría todos aquellos conceptos que en los datos oficiales de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral elaborada por el Instituto Nacional de Estadística engrosan la categoría de horas no trabajadas (vacaciones, incapacidad temporal, maternidad, permisos, conflictividad laboral, razones técnicas, económicas u organizativas, etc.). Si bien, una visión tan amplia del absentismo tiene poca utilidad más allá de los análisis meramente economicistas, por la heterogeneidad de los elementos que la integran. Desde el punto de vista del análisis jurídico, difícilmente pueden tratarse conjuntamente conceptos tan distintos como los periodos de descanso, las huelgas, los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral o las ausencias injustificadas. Ello obliga a descartar este enfoque como punto de partida para la elaboración del presente estudio²².

La definición internacionalmente más aceptada de absentismo laboral es aquella que aparece en una posición intermedia y se centra en las ausencias imprevistas de los trabajadores, desde el punto de vista del empresario. Como muestra, Eurofound ha definido el absentismo como “*la manifestación de una decisión por parte de un empleado de no presentarse a su puesto de trabajo en un momento en el que la organización empresarial prevé que debería estar presente*”²³. Esta noción intermedia excluye las ausencias debidas a vacaciones o festivos, así como las horas no trabajadas como consecuencia de una decisión empresarial de suspender la actividad laboral, de reducir la jornada de trabajo o de sancionar disciplinariamente al trabajador con la suspensión de su empleo y sueldo. El concepto de absentismo queda centrado entonces en las llamadas causas ocasionales, que integran aquellas ausencias debidas a la

²¹ MARTÍNEZ QUINTANA, M. V.: ‘Problemas en el concepto y en la noción del absentismo y tendencias recientes en España’, ESİK Market, núm. 84, (1994), p. 137.

²² Similarmente, Vid., GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo...* cit., p. 46.

²³ Eurofound: *Absence...* cit., p. 2. En el mismo sentido, Vid., OIT: *Workplace stress: a collective challenge*, Ginebra, 2016, p. 5, en el que se define el absentismo como “*la no presentación de un empleado en un momento de trabajo programado*”. Además, este es también el concepto más utilizado por los directores de recursos humanos de nuestro país, que según el I Barómetro ERGASAT: ‘*Actitudes de los responsables de RRHH y de los trabajadores frente al absentismo laboral en España*’ del año 2009, p. 40.

incapacidad temporal, los permisos, las horas invertidas en tareas de representación sindical, las huelgas y las ausencias injustificadas²⁴.

Pues bien, de entre todas las tipologías de ausencias imprevistas destacan especialmente las amparadas en la situación de incapacidad temporal del artículo 45.1.c) ET, hasta el punto de que no es dudoso que existe una relación muy directa entre esta causa de suspensión del contrato de trabajo y lo que metodológicamente haya de ser tenido por absentismo laboral. Muestra de ello es que, como acaba de verse, si bien el artículo 64.2.d) y el derogado artículo 52.d) ET diferían en la noción de absentismo que recogían, el elemento central en torno al que ambos pivotaban residía, como en otras normas similares²⁵, en las ausencias por motivos de salud de los trabajadores. A la misma conclusión se llega por la vía del análisis cuantitativo, teniendo en cuenta que, en España, el número de horas no trabajadas a causa de la incapacidad temporal por año y trabajador ha oscilado en las últimas décadas entre 49 y 65, dejando patente la preponderancia estadística de esta causa de absentismo, en comparación con otras que le siguen muy por detrás, como la maternidad (entre 4 y 12 horas), la conflictividad laboral (entre 0 y 2 horas) o las ausencias injustificadas (entre 1 y 3 horas)²⁶. Así, también Eurofound se acerca de este modo a las perspectivas centradas en las ausencias por razones médicas definiendo el absentismo, en otra de sus investigaciones, como *“la incapacidad temporal o permanente de trabajar a causa del padecimiento de una enfermedad”*²⁷.

El concepto intermedio de absentismo especialmente vinculado a las causas médicas que aquí se acoge no está exento de crítica, por incluir todo tipo de ausencias atribuidas a problemas de salud, ya sean verdaderos o fingidos. De hecho, la polémica que suscita el término es tal que se ha llegado incluso al absurdo de intentar discutir en los tribunales de justicia su adecuada utilización a los meros efectos gramaticales²⁸. Así, en algunos foros se apunta la necesidad de separar las ausencias legítimamente amparadas en Derecho de la connotación peyorativa que en determinados contextos se

²⁴ El propio Tribunal Supremo, parece adherirse a esta opción en las STS 23/01/2007 (Rec. núm. 4465/2005) y STS 18/09/2007 (Rec. núm. 4224/2006) al señalar, en relación con el concepto de absentismo al que hacía referencia el artículo 52.d) ET, que el núcleo esencial de esta noción está constituido y conformado por las faltas de asistencia al trabajo que son *“de algún modo”* imputables a la voluntad del trabajador.

²⁵ Art. 49.1.e) de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, en materia de Derechos y deberes de los miembros de las fuerzas armadas y art. 54.3 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, en materia de Derechos y Deberes de los Miembros de la Guardia Civil.

²⁶ VII Informe Adecco sobre absentismo, del año 2018, p. 33.

²⁷ Vid., Eurofound: *Preventing absenteeism at the workplace*, Luxemburgo, 1997, pp. 11 y 12.

²⁸ Vid., STSJ Valencia 12/11/2012 (Rec. núm. 335/2012) sobre un supuesto en el que una organización sindical se oponía a la denominación recibida por un ‘Plan de control del Absentismo’ por considerar que la utilización de dicha terminología era incorrecta, en tanto que se incluían referencias a ausencias jurídicamente justificadas.

asocia a la palabra²⁹. Este matiz negativo o vinculado a la dejación intencionada de funciones se encuentra, por ejemplo, en una de las definiciones que proporciona la Real Academia Española de la Lengua, que se refiere al absentismo como el “*abandono habitual del desempeño de funciones y deberes propios de un cargo*”,³⁰ o en los titulares de las piezas en las que los medios de comunicación³¹ abordan en ocasiones el tema, de forma más o menos afortunada.

En vista de lo anterior, se ha propuesto adoptar como concepto de absentismo una visión más restrictiva, limitada únicamente a las ausencias que carecen de justificación material desde un punto de vista jurídico³². Ello comportaría que, al hablar de absentismo, se atendería solamente a las ausencias relacionadas con lo que en la literatura económica se denominan conductas de abandono o de absentismo voluntario. Es decir, se abarcarían únicamente las ausencias directamente fraudulentas, por ampararse en causas de acreditada falsedad, o las ausencias injustificadas, cuyo motivo el trabajador no se molesta en documentar formalmente. Esta visión coincide con la que suelen adoptar las organizaciones sindicales³³ y está en línea con la recogida en algún manual de nuestra disciplina cuando explica que el absentismo laboral es el hábito de dejar ocasional y frecuentemente de trabajar sin motivo serio, simulando una enfermedad o por simple malestar³⁴.

Si bien, esta posibilidad no puede acogerse, por la evidente imposibilidad práctica de detectar todos y cada uno de los supuestos de absentismo fraudulento y desagregarlos, *a priori*, del conjunto de ausencias legítimas, teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, el fraude es un fenómeno que permanece mayoritariamente

²⁹ MARTÍNEZ QUINTANA, M. V.: ‘Problemas en el concepto y en la noción del absentismo y tendencias recientes en España’, *ESIK Market*, núm. 84, (1994), p. 142.

³⁰ Por el contrario, la primera acepción que proporciona se aproxima en mayor medida en el concepto adoptado en el presente trabajo: “*la abstención deliberada de acudir al lugar donde se cumple una obligación*”.

³¹ Una muestra muy destacable es el reportaje del programa ‘En el punto de mira’ titulado ‘Ir a la oficina... ¿pero no a trabajar? Las estafas del absentismo laboral’ emitido en Cuatro el 12 de febrero de 2018 que estuvo a punto de alcanzar los dos millones de espectadores y que provocó un gran revuelo social al desvelar las conductas ciertamente vituperables de algunos funcionarios de la Ciudad de la Justicia de Valencia. Al respecto, Vid., NAVARRO CASTELLÓ, C.: ‘Justicia incrementa las medidas de control a los funcionarios mientras resurge la polémica sobre absentismo’, *Eldiario.es*, Recuperado de: https://www.eldiario.es/cv/Justicia-incrementa-absentismo-funcionarios-valencianos_0_739826353.html (Fecha de consulta: 21/02/2018).

³² Vid., MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: ‘Ante la polisemia... cit.’, p. 87 o LUJÁN ALCARAZ, J.: ‘Absentismo’, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 7, (2008), p. 1 de la versión digital.

³³ Por ejemplo, el Gabinete Económico de CCOO, en su informe ‘Horas extra no pagadas y absentismo’ de noviembre de 2018, p. 1, define el absentismo laboral como “*Aquel tiempo de trabajo no trabajado (y no pagado) que no obedece a una causa justificada. No es absentismo el tiempo no trabajado y pagado regulado por la normativa laboral y los convenios colectivos: vacaciones, festivos, maternidad, incapacidad temporal, permisos retribuidos...*” a la vez que critica el discurso “*distorsionador*” de las organizaciones empresariales que mezcla el absentismo con otras causas justificadas de tiempo no trabajador como la incapacidad temporal “*para imponer un discurso público que justifique un mayor control y disciplina sobre la población trabajadora*”.

³⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2009, p. 590.

oculto. Además, el análisis conjunto de todas las ausencias médicas no varía el hecho de que el tratamiento jurídico protector que se otorga a las ausencias justificadas, al configurarlas como causa de suspensión del contrato de trabajo en el artículo 45.1.c ET, es sustancialmente distinto del que se otorga a las faltas de asistencia injustificadas o a las bajas fraudulentas descubiertas, que no son toleradas por la ley y cuya sanción se prevé, respectivamente, en las letras a y d del artículo 54.2 ET. Además, a la anterior pueden añadirse otras razones como que cuando en la legislación se utiliza la palabra absentismo se hace generalmente de forma que incluye tanto las ausencias justificadas como injustificadas. A este respecto, es significativo que cuando el legislador se quiere referir específicamente al absentismo materialmente carente de fundamento legal utilice la expresión “*absentismo laboral injustificado*”³⁵. Por añadidura, la adopción de una noción tan restrictiva traería consigo la elaboración de un análisis excesivamente reduccionista y punitivista de un fenómeno muy complejo que requiere la contemplación de variables que van mucho más allá de lo que son las ausencias injustificadas.

2. El porqué de la sombra de fraude: la aplicación de la teoría del riesgo moral a la incapacidad temporal

Aunque el concepto que se acoge no se centra exclusivamente en las ausencias ilegítimas, la necesidad de tener muy en cuenta el riesgo de fraude que presenta la incapacidad temporal a la hora de estudiar las soluciones jurídicas que se dan al absentismo médico está fuera de toda duda. Ello se pone de manifiesto, por ejemplo, por el hecho de que su represión ha sido el objeto principal de la práctica totalidad de los debates y acuerdos que a nivel político se han suscitado sobre dicha prestación, hasta el punto de que su evolución y configuración no se entiende sin su consideración. Pueden citarse al respecto las recomendaciones recogidas sobre esta prestación en el Pacto de Toledo del año 1995, que señalaba que el número de procesos de incapacidad temporal y su duración constituía un indicio de su utilización “*más allá de las finalidades previstas en la Ley*”³⁶; consideraciones también presentes en su Renovación en el año 2003, que insistía en la necesidad de seguir avanzando en la mejora del control de la incapacidad temporal “*para evitar prácticas abusivas*”³⁷; o en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo del año 2011, que trataba la necesidad de evitar el absentismo injustificado, precisamente en la décima recomendación, que llevaba por título “*lucha contra el fraude*”³⁸.

Igualmente, dicha preocupación ocupa un espacio prioritario entre los temas de debate que ocupan a los agentes sociales, como se refleja en el Acuerdo Interconfederal

³⁵ Preámbulo de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, que modifica la Ley General de Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

³⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 134 de 12/04/1995, p. 12.

³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 596 de 2/10/2003, p. 43.

³⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 513 de 31/01/2011, p. 26.

para la negociación colectiva de 2005³⁹, que proclama como objetivo compartido de ambas partes la “*reducción del absentismo injustificado*” en los mismos términos que el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2007⁴⁰ y el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2015, 2016 y 2017⁴¹. Más aún, en el ‘Documento sobre el Diálogo Social Bipartito entre el 9 de noviembre de 2011 y el 9 de enero del 2012’ firmado en Madrid el 9 de enero del 2012, se fija como propósito la “*eliminación del absentismo injustificado*”. Por último, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020, se plantea, en términos más amplios, la intención de “*mejorar todas las situaciones de absentismo no deseado*”⁴². El único pacto de esta naturaleza en el que se omite esta cuestión es el Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2010, 2011 y 2012⁴³, solo porque se remite a una negociación tripartita ulterior que no llegó a producirse.

En el intento de explicar la permanente vinculación que se establece entre la incapacidad temporal y el fraude, parte de la doctrina laboralista⁴⁴, siguiendo a los economistas, ha insistido en destacar que se trata de una prestación especialmente afectada por el riesgo moral. Este concepto, surgido en el seno del estudio económico de los seguros, hace referencia al impacto que tiene el aseguramiento de un riesgo sobre el comportamiento del asegurado, en atención a los incentivos que se derivan del mismo⁴⁵. Por ejemplo, cuando una persona contrata un seguro de automóvil que cubre los daños propios, al no asumir directamente todas las consecuencias de su conducta, tiene menos incentivos para conducir de forma prudente y minimizar las consecuencias de un accidente que pueda producirse. Se considera que dicho impacto se produce, específicamente, ante situaciones de asimetría informativa en las que al asegurador le resulta costoso acceder a datos verificables y objetivos sobre: (i) el grado de diligencia aplicado por el agente para evitar la materialización del riesgo y/o (ii) la realidad objetiva del daño producido o de su magnitud. En el primer caso, se habla en la literatura

³⁹ BOE 16/03/2005.

⁴⁰ BOE 24/02/2007.

⁴¹ BOE 15/06/2015.

⁴² BOE 18/06/2018.

⁴³ BOE 22/02/2010.

⁴⁴ Vid., como muestra, MERCADER UGUINA, J. R.: ‘La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal’, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 8, (2009), p. 16; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo’ en AA.VV., La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo, Dir. MERCADER UGUINA, J. R. y ARAGÓN GÓMEZ, C., Valladolid, 2013, p. 20 y PÉREZ DEL PRADO, D.: ‘La incapacidad temporal desde la perspectiva económica’, en AA.VV: Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017, pp. 1159 y ss.

⁴⁵ Vid., por ejemplo, MACHO STADLER, I. y PÉREZ CASTRILLO, D.: Introducción a la economía de la información, Barcelona, 2004, p. 70, indicando que el modelo del riesgo moral es una llamada de atención sobre el hecho de que cuando se ofrece un contrato hay que tomar en cuenta las decisiones a las que puede llevar a la otra parte, siendo el contrato, en nuestro caso, una analogía del marco jurídico de la incapacidad temporal, que le viene dado por la Ley a las partes participantes.

económica de riesgo moral por acción oculta y, en el segundo, de riesgo moral por formación oculta.

En el caso de la incapacidad temporal, la dificultad de poder controlar de forma rápida y eficaz el estado de salud real del trabajador (formación oculta) es claramente el factor principal que lo sitúa en una posición ventajosa a la hora de solicitar la declaración de la situación de incapacidad temporal. También existe cierto riesgo de que el trabajador no actúe con la cautela deseable a la hora de evitar sus ausencias, por ejemplo, procurando mantener o recuperar rápidamente su salud (acción oculta), aunque este elemento puede descartarse, porque es estructuralmente menos determinante en este campo⁴⁶. Ello se debe a que lo más racional es que las personas procuren aspirar a encontrarse sanas y a que, como se verá, en determinados aspectos, el desinterés del trabajador por su propia salud puede resultar incluso jurídicamente irrelevante, de conseguir probarse.

En general, salvo en los supuestos en los que los efectos de una patología son evidentes a simple vista, a la hora de acudir a la consulta el médico, es el trabajador el único que sabe, en su fuero interno, si sufre verdaderamente un malestar que le impida ir a trabajar (variable no verificable). Por lo tanto, la incapacidad temporal constituye una situación relacional de información asimétrica en favor del trabajador. En concreto, es una situación de asimetría informativa afectada por el riesgo moral por formación oculta porque, pese a la intermediación del médico del servicio de salud o la mutua, ni la Seguridad Social, ni el empresario (que se colocan en la posición de principal o asegurador) pueden observar o controlar perfectamente el estado de salud del trabajador (que actúa aquí como agente o asegurado) y, sin embargo, deben abonarle una compensación en caso de que no acuda a trabajar. Por tanto, la información privada de la que dispone el trabajador sobre su verdadero estado de salud le otorga un cierto margen de maniobra que le permite aprovecharse de la situación⁴⁷. Tan es así que la mitad de los trabajadores españoles consideran que es fácil conseguir un parte de baja injustificado⁴⁸. Por ejemplo, los trabajadores son perfectamente capaces de simular una enfermedad mental en una prueba psicométrica que sirva para fundamentar una incapacidad temporal⁴⁹.

⁴⁶ Vid., WINTER, R. A.: 'Optimal Insurance Contracts Under Moral Hazard', en AA.VV., Handbook of Insurance, Ed. DIONNE, G., Nueva York, 2013, p. 217, indicando que el problema principal que se genera en el ámbito sanitario es que el asegurador no puede identificar el estado de salud exacto de un individuo y, en su lugar, debe confiar en la decisión tomada por dicho individuo y su médico a la hora de asignar los recursos sanitarios precisados.

⁴⁷ MACHO STADLER, I. y PÉREZ CASTRILLO, D.: Introducción a la economía... cit., p. 216.

⁴⁸ AEVAL: Evaluación de las medidas de racionalización y mejora de la gestión de la Incapacidad Temporal, Madrid, 2009, p. 20.

⁴⁹ BLANCO FERNÁNDEZ, S.: Evaluación forense de la enfermedad mental en la incapacidad temporal: simulación y realidad, Santiago de Compostela, 2016, p. 198 o, en el mismo sentido, VILARIÑO, M.; AMADO, B. G. y MARTÍN-PEÑA, J.: 'Simulación de psicopatología en la incapacidad temporal: Utilidad

A lo anterior se le suma que, en nuestro entorno, el trabajador se ve liberado de la mayor parte de los costes económicos que se derivarían más directamente de su ausencia. Por un lado, la pérdida del salario se ve compensada, en buena medida, por el derecho al cobro de una renta sustitutiva compuesta por la suma de la prestación pública por incapacidad temporal y las eventuales mejoras voluntarias que se hubieran pactado al respecto. Por otro lado, pese a no trabajar, el periodo en que se encuentra en situación de incapacidad temporal computa como cotizado a efectos del cálculo de futuras prestaciones de la Seguridad Social y computa también, según el Tribunal Supremo, como tiempo trabajado a efectos de determinar la antigüedad del trabajador en la empresa⁵⁰. Ello supone una pérdida importante de eficiencia en la relación entre las partes y afecta a las decisiones que se tomarán. Es decir, al ser terceros los que soportan una parte importante del coste de su ausencia, en forma de prestación de Seguridad Social, el trabajador tendrá menos motivos para intentar esforzarse en ir a trabajar y no ausentarse de forma oportunista. Incluso, siguiendo la misma lógica, si el trabajador entiende que la ausencia, por algún motivo, puede resultarle provechosa, tendrá incentivos para falsear su situación de enfermedad.

En este contexto, la ausencia se concibe como *“un intento por parte de los trabajadores de ajustar el número de horas trabajadas al número de horas que desearían trabajar, aunque estas sean menos de las pactadas”*⁵¹. Es decir, al verse dispensado del deber de trabajar cuando se declara enfermo, el trabajador dispone de mayor tiempo libre que puede dedicar, por ejemplo, al ocio, a la realización de tareas de cuidados familiares o, incluso, a la realización de trabajos remunerados por los que pueda percibir una contraprestación. Como se verá, también los trabajadores que sufren situaciones laborales de violencia o tensión tienen interés en ocultar su verdadero estado de salud para ampararse en la incapacidad temporal, porque esta representa una vía de escape que es ventajosa en sí misma. Ante esta situación y, de acuerdo con el modelo teórico proporcionado por la teoría del riesgo moral, el fraude resultará atractivo para aquellos trabajadores que puedan permitirse asumir, en su caso, la parte de los costes de su ausencia que les corresponde (aquella que no cubre la prestación o las mejoras).

En el caso de las contingencias profesionales, el riesgo moral es reducido, porque su materialización obedece a sucesos de los que empresario y los médicos tienen mejor conocimiento, de modo que la asimetría informativa es menor o menos dañina. Es decir, tanto el empresario como el médico tienen conocimiento e información detallada sobre la contingencia causante del riesgo, de modo que, su fingimiento, al menos en un momento inicial, resultaría más fácilmente detectable⁵². Por ejemplo, cuando se

forense del SCL-90-R’, en *Psicología jurídica: Investigación para la práctica profesional*, Eds. MARÍN, A. M. y ARCE, R., 2020, Madrid, p. 34.

⁵⁰ STS 25/02/1985.

⁵¹ CHATTERJI, M. y TILLEY, J.: ‘Sickness, absenteeism, presenteeism, and sick pay’, *Oxford Economic Papers*, núm. 54, (2002), p. 670.

⁵² MERCADER UGUINA, J. R.: ‘La fábula del paciente... cit.’, p. 16.

produce un accidente laboral en un centro de trabajo, la organización está obligada a notificarlo a la entidad gestora de la prestación mediante una solicitud de atención médica y un parte de accidente de trabajo que recoge todos los datos sobre sus circunstancias⁵³. Estos documentos constituyen una constatación empresarial del relato que el trabajador pone en conocimiento del facultativo médico. Además, los servicios médicos de las mutuas, que son quienes emiten en la práctica totalidad de los casos los partes de baja por incapacidad temporal por contingencias profesionales, cuentan a su favor con la especialización necesaria en medicina del trabajo, así como con información concreta sobre la empresa, los tipos de trabajo que se desarrollan en la misma y los riesgos laborales por los que están afectados.

Sucede lo contrario con los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, cuya declaración corresponde, como regla general, a los médicos del servicio público de atención primaria. Es cierto que dichos facultativos tienen acceso directo al historial médico completo del trabajador interesado, lo que supone la ventaja de conocer todos sus antecedentes clínicos y favorece un planteamiento de salud integral, que permite valorar los múltiples factores que inciden en la misma⁵⁴. Pero, al margen de ello, la única información con la que suelen contar a la hora de evaluar, al menos en un primer momento, el estado de salud del trabajador interesado se deriva de sus propias manifestaciones verbales, su exploración y las limitadas pruebas diagnósticas que puedan realizarse en una consulta de atención primaria. Como consecuencia de lo anterior, por ejemplo, dichos médicos se muestran especialmente incómodos a la hora de tratar problemas de salud mental, sobre los que disponen de escasa formación y cuyo diagnóstico se basa exclusivamente en la entrevista clínica. Casi la mitad de ellos se manifiestan “*muy inseguros*” a la hora de emitir incapacidades temporales derivadas de este tipo de procesos patológicos⁵⁵.

Además, el médico de atención primaria desarrolla lo que se ha denominado un doble rol⁵⁶, por el que su función no se limita únicamente a controlar la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante para el abono de la prestación social, sino que se ocupa también de proporcionar la asistencia sanitaria que necesita el trabajador por tal incapacidad temporal y por otras causas, normalmente en el contexto de una relación

⁵³ Vid., la Orden de 16 de diciembre de 1987 por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y tramitación en relación con la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico.

⁵⁴ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 153.

⁵⁵ ARAÑA SUÁREZ, M. y IBÁÑEZ FERNÁNDEZ, I.: ‘Análisis factorial del cuestionario. Diagnósticos y prescripciones en salud mental – Atención Primaria’, en AA.VV: Regreso al Trabajo. Una Intervención bio-psico-jurídica-social-estratégica necesaria para la resolución de la incapacidad laboral temporal por problemas de salud mental, Dir. ARAÑA SUÁREZ, A., Madrid, 2008, pp. 34 y 36.

⁵⁶ WYNNE-JONES, G.; MALLIN, C. D.; MAIN, C. J. y DUNN, K. M.: ‘What do GPs feel about sickness certification? A systematic search and narrative review’, *Scandinavian Journal of Primary Health Care*, núm. 28, (2010), p. 72.

profesional previamente establecida y más o menos cercana. Como dispone propio Código de Deontología Médica⁵⁷, la asistencia médica se basa en una relación de confianza plena entre médico y paciente, lo que sitúa al primero en una necesaria posición inicial de creencia en lo que el segundo le expresa. Lo anterior imposibilita que dicho facultativo adopte la actitud escéptica o de cierta distancia de quien únicamente ejerce una función de control administrativo, como es el caso, por ejemplo, de los médicos evaluadores que determinan la concurrencia de una patología duradera que pueda dar lugar a una incapacidad permanente. Por tanto, la principal preocupación de los médicos del primer nivel asistencial reside en la salud de sus pacientes. La gestión administrativa general o de la incapacidad temporal en particular (incluida la detección de posibles fraudes) ocupa un segundo lugar en el orden de prioridades⁵⁸.

La difícil situación de los médicos de atención primaria a la hora de decidir sobre la incapacidad temporal se agrava, asimismo, porque no les es suficiente con determinar la situación sanitaria del trabajador, sino que deben ponerla en relación con un entorno laboral que les es totalmente desconocido. Así, deben valorar la capacidad laboral del trabajador en relación con las funciones propias de un puesto de trabajo determinado y las condiciones en que estas se llevan a cabo, junto con los riesgos laborales por los que puede estar afectado, sin tener más datos sobre sus características concretas de los que les proporcione oralmente el trabajador interesado⁵⁹, ya que no tienen forma de verificarlo⁶⁰. Desde el sistema de salud, apenas se tiene conocimiento de carácter

⁵⁷ Art. 8 del Código de Deontología Médica aprobado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos a Julio de 2011.

⁵⁸ AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 153.

⁵⁹ Señalan LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A. y VICENTE PARDO, J. M.: 'Necesidad de políticas de retorno al trabajo tras incapacidad laboral prolongada, en materia de seguridad social', *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 64, (2018), p. 395, que dicha información es "*marcadamente insuficiente*" a la hora de decidir si un proceso es incapacitante o no. En el mismo sentido, MARTIN-FUMADÓ, C.; MARTÍ AMENGUAL, A.; PUIG BAUSILI, L. y ARIMANY MANSO, J.: 'La incapacidad temporal y sus implicaciones legales', *Medicina Clínica*, núm. 142, (2014), p. 40, se refieren a este problema como el principal conflicto que se plantea en la valoración de la incapacidad temporal, incidiendo en que las actividades concretas que realiza el trabajador, el ritmo de trabajo, los horarios, los pesos que mueve, las sustancias con las que está en contacto son todas circunstancias relevantes a la hora de decidir, que solo pueden obtenerse de forma parcial y subjetiva preguntando al propio paciente.

⁶⁰ A título ejemplificativo, puede traerse a colación el reciente supuesto de hecho enjuiciado en la STSJ Castilla y León 24/06/2021 (Rec. núm. 964/2021). En dicha resolución, se confirma el despido disciplinario de una trabajadora que mintió al médico de su centro de salud indicándole que en su trabajo no llevaba mascarilla porque la empresa no se la proporcionaba. En consecuencia, fue considerada contacto estrecho de un tercero infectado por Covid con el que había estado, obteniendo una incapacidad temporal por aislamiento preventivo, mientras no se confirmara o descartara su contagio. El Tribunal entiende que esta conducta, sin constituir una simulación de enfermedad, es igual de grave, ya que tiende al mismo objetivo de obtener una baja fraudulenta manipulando su relato para que el médico le aplique un protocolo sanitario que no hubiera correspondido. Además, ha de destacarse que la circunstancia por la que se descubrió el engaño fue que, a pesar de que el proceso se calificó como derivado de contingencias comunes, al tratarse de un contacto que se produjo en tiempo de trabajo, el servicio de prevención de riesgos laborales se implicó en su gestión y comunicó a la empresa las incongruencias en las manifestaciones de la trabajadora. Dicha particularidad pone de manifiesto que las falsedades de la

genérico sobre la actividad de la empresa (a través del CNAE), el grupo de cotización del trabajador y el tipo de trabajo realizado y sus competencias (a través del CNO-11)⁶¹. Esta laguna de información no queda resuelta, al menos en parte, hasta que el procedimiento es revisado, en su caso, por el INSS o la mutua, que sí conocen con certeza, en su calidad de entidad gestora o colaboradora, la empresa en que trabaja el empleado, su sector de actividad o el puesto que ocupa.

Otro de los factores que complica la labor de los facultativos de los servicios públicos respecto de la gestión de la incapacidad temporal es la presión asistencial⁶² a la que están sometidos dichos médicos que, como vienen denunciando prolongada y reiteradamente⁶³, carecen del tiempo y los recursos necesarios para proporcionar una atención adecuada a los pacientes. Por tal causa, se ven obligados a tomar las decisiones sobre las incapacidades temporales de forma muy rápida y prácticamente “*por intuición*”⁶⁴. A ello se le añade que la gestión de la incapacidad temporal, tanto en el momento de expedir la baja, como el alta, es una fuente de conflicto frecuente con los pacientes en las consultas, por lo que los médicos se sienten frecuentemente incómodos, laboralmente desmotivados y, a veces, poco comprometidos con esta faceta de su trabajo⁶⁵. En España, en particular, la presión que sufren los médicos por parte de los pacientes parece no ser poca, si se contempla que un 10 % de las agresiones que padece el personal sanitario se deriva de discrepancias surgidas en torno a la incapacidad temporal⁶⁶.

Por todo lo anterior, existe consenso científico en considerar que la mayoría de supuestos fraudulentos de incapacidad temporal se concentran en torno a los procesos por contingencias comunes⁶⁷. Las conductas de fingimiento pleno pueden darse en

empleada sobre su trabajo no se hubieran revelado si el proceso hubiera recibido el tratamiento formal típico de los ocasionados por causas comunes.

⁶¹ Piénsese en el contraste que este punto ciego supone, por ejemplo, respecto de la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia, para cuyo reconocimiento se requiere entregar “*un certificado de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo*” conforme al art. 39.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

⁶² Vid., ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: ‘Las prestaciones por incapacidad temporal e incapacidad permanente en un mundo laboral cambiante’, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 74, (2008), p. 318, indicando que son los facultativos médicos quienes controlan la aplicación del concepto de incapacidad temporal, cosa que guarda una relación con los problemas propios de la sanidad pública.

⁶³ Vid., como muestra, la ‘Declaración de la Asamblea General del Consejo General de Colegios de Médicos sobre la situación actual de la Atención Primaria en España’ de 15 de diciembre de 2018. Recuperado de: https://www.cgcom.es/sites/default/files//u183/declaracion_asamblea_general_sobre_ap_15_12_18.pdf (Fecha de consulta: 12/03/2019).

⁶⁴ VADILLO RUIZ, J. J.: ‘Las incapacidades temporales en su contexto médico’, en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017, p. 842.

⁶⁵ WYNNE-JONES, G.; MALLEEN, C. D.; MAIN, C. J. y DUNN, K. M.: ‘What do GPs feel... cit.’, p. 73.

⁶⁶ Estudio del Observatorio Nacional de Agresiones a Médicos presentado el 14 de marzo de 2019, p. 42.

⁶⁷ SANTAMARÍA, P.; CAPILLA RAMÍREZ, P.; GONZÁLEZ ORDI, H.: ‘Prevalencia de simulación en incapacidad temporal: percepción de los profesionales de salud’, Clínica y salud, núm. 24, (2013), p. 145.

mayor medida en las bajas de corta duración porque, precisamente por su brevedad, no se someten, con carácter general, a más control que el del juicio inicial del facultativo que las declara. De distinto modo, en las bajas de duración media o larga, el fraude es más improbable, porque la prolongación de la asistencia médica implica normalmente el sometimiento del trabajador a pruebas diagnósticas más complejas, que permiten apreciar objetivamente la concurrencia de la dolencia. En este tipo de procesos, el fraude suele asociarse, en su caso, al intento de aparentar la perduración de síntomas correspondientes a dolencias que, pese a contar en un principio con una base real, habrían mejorado sin que el trabajador lo pusiera de manifiesto, a efectos de que le fuera dispensada la correspondiente alta médica.

Evidentemente, al ser el fraude un comportamiento ilícito que sus protagonistas tratan de ocultar activamente, su cuantificación exacta resulta extremadamente difícil, si no imposible, aunque es necesario proporcionar datos que permitan hacerse una idea de la situación. Para ello, lo primero es tener en cuenta que el fraude en la incapacidad temporal se produce a través de la simulación de enfermedad, un concepto clínico que hace referencia a la alegación de síntomas falsos o a la exageración flagrante de alteraciones causadas por una patología real. Pues bien, los estudios disponibles revelan que este es un fenómeno al que se enfrentan generalmente los profesionales sanitarios y que se sitúa en tasas que oscilan alrededor del 7 %⁶⁸. No obstante, cuando las investigaciones se circunscriben al ámbito laboral o de la protección social, la prevalencia de la simulación asciende a rangos que varían entre el 14 y el 30 %, por los beneficios económicos o contractuales que puede obtener el trabajador en dichos ámbitos⁶⁹.

Los estudios realizados en España sobre la incapacidad temporal se centran en evaluaciones llevadas a cabo por sujetos con competencias de inspección. Es decir, las cifras que estos estudios proporcionan no serían directamente extrapolables a la generalidad de procesos por incapacidad temporal, en tanto que se realizan sobre una muestra muy determinada de pacientes que han sido previamente seleccionados con fines de control del fraude y no en revisiones rutinarias o aleatorias. Así, en una encuesta realizada a noventa médicos inspectores del INSS, pudo verse que, de media, consideraban que un 27 % de los procesos por incapacidad que les llegaban eran simulados⁷⁰. Más en particular, en otra encuesta realizada a médicos con diferentes cargos, todos relacionados con el control de la incapacidad temporal, estos manifestaron la percepción de que, en el caso de los procesos originados por algunas

⁶⁸ SANTAMARÍA FERNÁNDEZ, P.: Utilidad diagnóstica del inventario estructurado de simulación de síntomas (SIMS) en población española, Madrid, 2014, p. 18.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ DOMINGUEZ MUÑOZ, A.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M.; DE LA FUENTE MADERO, J. L.; LÓPEZ PÉREZ, M. J.; GARCÍA RUIZ, P. y LOPEZ PEREZ, R.: 'Opiniones de los inspectores médicos acerca de la distorsión clínica en la valoración de la incapacidad laboral en España', *Ars Medica: Revista de Ciencias Médicas*, núm. 1, (2017), p. 16.

patologías relacionadas con los dolores de espalda, la ansiedad y la depresión, las tasas de simulación podían ser muy elevadas, situándolas entre un 45 y un 60 %⁷¹. En otro estudio realizado sobre una muestra de trabajadores visitados por un inspector médico del INSS que fueron dados de alta⁷², el facultativo declaró que había percibido una distorsión clínica⁷³ moderada en el 41 % de los casos y marcada en el 27 %, siendo la modalidad más frecuente la exageración del dolor al intentar realizar la exploración física del trabajador.

Por último, aunque este es un dato que no permite tener una idea exacta de la incidencia del fraude, tanto como de la preocupación que suscita, en una encuesta realizada a directivos o responsables de recursos humanos del sector público, ante la pregunta de si se hace un uso fraudulento de las bajas médicas, un 36 % respondieron que bastante y un 10 % que mucho⁷⁴. Asimismo, dirigida la cuestión a los responsables empresariales del sector privado, un 11 % señalan las enfermedades comunes como un motivo que con mucha o máxima frecuencia es causa de absentismo fraudulento⁷⁵. En lo que se refiere a la percepción de la población española general, en un estudio de la extinta Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios⁷⁶, la mitad de los encuestados consideraba que faltar al trabajo sin estar enfermo es algo que ocurre con bastante o mucha frecuencia y un 37 % reconocía que alguna persona de su entorno lo había hecho. Si bien, la inmensa mayoría rechazaba este tipo de conducta, mostrándose de acuerdo con que se sancione.

Como se ve, el interés por el estudio del absentismo por causas médicas trasciende lo puramente cuantitativo. Es decir, los procesos por incapacidad temporal, además de ser la causa de absentismo más frecuente, suscitan un atractivo adicional como objeto de estudio doctrinal, puesto que, en la práctica, dan lugar a incumplimientos relativamente frecuentes que afectan a la eficacia real de las normas que conforman esta institución jurídica. El ser una figura sensible a su utilización indebida por parte de los interesados añade a esta prestación un plus de relevancia social, al margen del que le pudiera corresponder inherentemente como objeto de estudio teórico. Ahora bien, lo anterior no es incompatible con advertir que, a través de la indagación en la parte patológica de la incapacidad temporal, no se pretende extrapolar un retrato prejuicioso

⁷¹ SANTAMARÍA, P.; CAPILLA RAMÍREZ, P.; GONZÁLEZ ORDI, H.: 'Prevalencia de simulación en incapacidad temporal: percepción de los profesionales de salud', *Clínica y salud*, núm. 24, (2013), p. 169.

⁷² DOMÍNGUEZ MUÑOZ, A.; LÓPEZ PÉREZ, R.; GORDILLO LEÓN, F.; PÉREZ NIETO, M. A.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A.; DE LA FUENTE MATERO, J. L.: 'Distorsión clínica y simulación en la incapacidad temporal: un estudio preliminar', *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, núm. 13, (2013), p. 40.

⁷³ La distorsión clínica se define, en este contexto, como un comportamiento incongruente de los pacientes en relación con la patología que supuestamente padecen, por lo que no puede equipararse en todo caso al fraude, en el que debe concurrir también una intención dolosa de fingimiento.

⁷⁴ Vid., MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: 'Que lo urgente no relegue lo importante: absentismo vs. productividad', *Revista catalana de dret públic*, núm. 48, (2014), p. 147.

⁷⁵ VIII Informe Adecco sobre absentismo, del año 2019, p. 55.

⁷⁶ AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., pp. 20, 163 y 164.

o cínico de la misma como un foco mayoritario de fraude. Lo que se quiere es buscar posibles vías de mejora de esta prestación y causa de suspensión contractual, que refuercen su vigencia efectiva, subrayando su reconocimiento como una conquista social fundamental.

II. LAS CAUSAS DEL ABSENTISMO LABORAL

Tener una idea de cuáles son los condicionantes a los que obedece el absentismo laboral es necesario para poder valorar la efectividad de los instrumentos jurídicos de prevención, control y contención desde una posición que esté conectada con la realidad. De lo contrario, se corre el riesgo de que las propuestas que puedan formularse resulten completamente estériles en la práctica. Con dicho fin, se lleva a cabo a continuación una descripción de los factores que, según el estado actual de la ciencia, afectan en mayor medida al absentismo laboral, poniendo de manifiesto su conexión con determinados aspectos jurídicos de la incapacidad temporal. Si algo es claro por lo que respecta al origen del absentismo, es que, como tantos otros fenómenos sociales, es un evento multicausal que se rige por vectores muy diversos y, a menudo, concurrentes, que, por sí solos, son insuficientes para explicar su comportamiento global.

1. El estado de salud del trabajador y la asistencia sanitaria prestada

El modelo teórico más seguido a la hora de explicar el absentismo en el ámbito psicosocial define la ausencia al trabajo como el resultado de un proceso de decisión interno del propio trabajador regido principalmente por la suma dos variables: su capacidad para trabajar y las motivaciones que lo empujan a ausentarse al trabajo⁷⁷. Más concretamente, si se centra la cuestión en el absentismo médico, el factor que resulta determinante sobre la capacidad del empleado para trabajar es su estado de salud y las consecuencias que este tiene sobre sus facultades físicas y/o mentales. Cuando se habla de estado de salud se alude a factores generalizables, como la gravedad de una patología o su estadio de desarrollo, pero también a factores individuales, como la edad, el sexo, la constitución física, el umbral del dolor o de malestar que es capaz de soportar cada persona o su respuesta terapéutica ante un determinado tratamiento. Son estos últimos elementos los que hacen que deba estarse siempre a la particular valoración de cada proceso concreto de incapacidad temporal en relación con un trabajador y un momento determinados⁷⁸.

En principio, los factores motivacionales internos (como la satisfacción laboral) y externos (como los incentivos económicos) solo entran en juego si el trabajador retiene,

⁷⁷ Esta definición se basa en el exitoso modelo de STEERS, M. y RHODES, S.: 'Major influences on employee attendance: A process model', *Journal of Applied Psychology*, núm. 4, (1987), p. 392, que desde su publicación viene sirviendo de principal referente teórico a la hora de estudiar los factores que influyen en mayor medida en las conductas absentistas de los trabajadores.

⁷⁸ VICENTE PARDO, J. M.: 'La gestión de la incapacidad laboral, algo más de que una cuestión económica', *Medicina y seguridad en el trabajo*, núm. 251, (2018), p. 136.

al menos en parte, cierta capacidad para trabajar, porque, de lo contrario, la salud actúa como una barrera de asistencia frente a la que no cabe elección alguna. Pero que un mismo problema de salud se constituya o no en tal barrera depende, en parte, de cada uno. Aunque la salud tiene una dimensión objetiva indudable, la subjetividad con la que la interpreta cada individuo también es determinante a la hora de desembocar en la ausencia laboral⁷⁹, por lo que no puede desligarse completamente de la dimensión psicosocial. Incluso se afirma que la incapacidad laboral no se deriva tanto de la enfermedad que padece el trabajador, estrictamente considerada, como de su propia percepción de la misma, en el sentido de si se siente o no capaz de trabajar⁸⁰. Dicho de otro modo, la actitud con la que un paciente afronta una dolencia termina influyendo en su evolución clínica y en los efectos incapacitantes que le provoca como trabajador en relación con su trabajo⁸¹.

Con independencia del problema que represente el fraude, hoy existe un consenso científico generalizado sobre que la pérdida real de salud es la principal causa de las ausencias médicamente certificadas⁸². Así, se da una relación directa entre la evaluación que los trabajadores hacen de su propio estado de salud y sus niveles de ausencia en el trabajo, tanto de larga, como de corta duración⁸³. Igualmente, esta idea se refuerza al observarse que los países con mayor esperanza de vida –un factor que se utiliza como indicador general de la salud de la población- presentan mejores datos de ausencias por enfermedad⁸⁴. Por lo que se refiere en concreto a España, aparece la misma correlación entre los indicadores médicos de salud que presenta un trabajador (la autopercepción de la salud, el padecimiento de enfermedades crónicas, los desórdenes mentales, el número de ingresos hospitalarios y el número de visitas al médico) y sus ausencias al trabajo por incapacidad temporal⁸⁵. Asimismo, durante la reciente crisis sanitaria causada por el Covid-19, la incapacidad temporal se ha mostrado como un indicador fiable de la evolución de la enfermedad por sector económico y ámbito geográfico. Tan es así que los picos en el número de bajas concedidas por los servicios autonómicos de

⁷⁹ ORTIZ ALEJO, Y.: Factores psicosociales del absentismo laboral en la administración pública, Granada, 2003, p. 114.

⁸⁰ STEERS, M. y RHODES, S.: 'Major influences... cit., p. 397.

⁸¹ Vid., VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A.: 'Los factores psicosociales como predictores de difícil retorno laboral tras la incapacidad', *Medicina y Seguridad del trabajo*, núm. 250, (2018), p. 57 explicando que los factores actitudinales tienen influencia en las expectativas de curación, en la percepción del paciente sobre lo grave que es su enfermedad y en la creencia de que el tratamiento no mejorará sus síntomas, repercutiendo directamente en la adherencia terapéutica y disminuyendo las posibilidades de mejoría.

⁸² Se indica en Eurofound: Preventing absenteeism... cit., p. 12, que, aun así, resulta ciertamente paradójico reparar en la poca atención que se presta a esta cuestión en determinados foros en los que se trata el problema del absentismo laboral.

⁸³ MARMOT, M.; FEENEY, A.; SHIPLEY, M.; NORTH, F.; WYME, S. L.: 'Sickness absence as a measure of health status and functioning: from the UK Whitehall II study', *Journal of Epidemiology and Community Health*, núm. 49, (1995), p. 127.

⁸⁴ LIVANOS, I. y ZANGELIDIS, A.: 'Sickness Absence... cit., p. 11.

⁸⁵ SUÁREZ, M. J. y MUÑIZ, C.: 'Unobserved heterogeneity in work absence', *The European Journal of Health Economics*, núm. 19, (2018), pp. 1140 y 1143.

salud coinciden en cada momento con las ondas epidémicas que reflejan las infecciones notificadas a las autoridades estatales de salud pública⁸⁶.

En coherencia con lo anterior, la edad es una variable muy influyente sobre absentismo laboral, puesto que el envejecimiento está directamente relacionado con un deterioro del estado general de salud. Ello repercute tanto en la frecuencia con la que los trabajadores sufren de patologías incapacitantes, como en el tiempo que tardan en recuperarse⁸⁷. Así, por ejemplo, en cuanto a la incidencia, ha podido verse que las enfermedades crónicas afectan mucho más a los trabajadores de más edad, de forma que los mayores de cincuenta años las padecen el doble que los menores de treinta y cinco⁸⁸. Y en cuanto a la duración, se ha comprobado que, en comparación con los menores de veinticinco años, las incapacidades temporales son un 26 % más largas en los adultos de veinticinco a treinta y cinco años, un 49 % más largas entre los de treinta y seis a cincuenta y un 83 % más largas entre los mayores de cincuenta y uno⁸⁹. Todo lo anterior evidencia las consecuencias que el actual contexto de envejecimiento de la población tiene sobre el crecimiento de las tasas de absentismo laboral y permite pronosticar que dicho crecimiento se irá acentuando en las próximas décadas⁹⁰. En efecto, el INSS ya atribuye parte del incremento del gasto público que se ha producido en los últimos años al alargamiento de los procesos debido al envejecimiento de la población trabajadora⁹¹.

En cuanto a las causas clínicas del deterioro de la salud de los trabajadores, si se atiende al origen de la contingencia, se observa que las patologías o accidentes de carácter común son los que más influyen en el estado de salud de los trabajadores, cosa que obliga a prestarles especial atención cuando se habla de absentismo médico. Según los datos publicados por la Seguridad Social para el año 2019, por cada mil trabajadores protegidos, se abrieron treinta y cinco procesos por incapacidad temporal por contingencias comunes, mientras que, en el caso de las contingencias profesionales, dicho dato desciende a tres y medio. Por grupos diagnósticos, las patologías que causan el mayor número de ausencias son las relativas a los trastornos musculoesqueléticos, respiratorios, infecciosos y mentales⁹². En cuanto a su duración, los tratamientos de pacientes oncológicos son los que se alargan más en el tiempo⁹³. También es destacable

⁸⁶ Informe del Ministerio de Inclusiones, Seguridad Social y Migraciones 'Medidas del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y migraciones en la gestión de la crisis Covid19', p. 9.

⁸⁷ Vid., entre muchos otros, LIVANOS, I. y ZANGELIDIS, A.: 'Sickness Absence... cit.', p. 7.

⁸⁸ Eurofound: How to respond to chronic health problems in the workplace?, Luxemburgo, 2019, p. 4.

⁸⁹ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 125.

⁹⁰ OSHA: Rehabilitation and return to work: Analysis report on EU and Member States policies, strategies and programmes, Luxemburgo, 2016, p. 41.

⁹¹ Informe Estadísticos de la Memoria de Actividades del INSS relativo al año 2019, p. 56.

⁹² DECLÓS, J. et al.: 'Distribución de la duración de la incapacidad temporal por contingencias común por diagnóstico médico', Gaceta sanitaria, núm. 27, (2013), p. 82.

⁹³ DECLÓS, J. et al.: 'Duración de la incapacidad temporal por contingencia común por grupos diagnósticos', Archivos de prevención de riesgos laborales, núm. 4, (2010), p. 186.

el largo proceso de curación que requieren las enfermedades mentales, que se producen con una asiduidad considerablemente mayor que los procesos cancerígenos.

Con independencia de la mayor significación estadística de las contingencias comunes, también es incuestionable que el bienestar laboral de la plantilla tiene efectos directos sobre los niveles de absentismo que se producen en una empresa, como viene resaltándose en las sucesivas Estrategias Comunitarias en Materia de Seguridad y Salud⁹⁴. Tan es así que el nivel de absentismo laboral se configura como uno de los diversos indicadores⁹⁵ que permiten evaluar, a nivel colectivo, la salud laboral de los trabajadores de una empresa. Por este motivo, se verá más adelante que los datos sobre absentismo laboral de los trabajadores desempeñan un papel importante en la planificación y control de las políticas de prevención de riesgos laborales. En particular, de entre todos los riesgos laborales, los riesgos psicosociales vienen adquiriendo últimamente una importancia muy destacada en la generación de ausencias al trabajo. De acuerdo con las estimaciones de UGT⁹⁶, entre el 11 y el 27 % del total de los trastornos y enfermedades mentales estarían causados por las condiciones de trabajo y tendrían como consecuencia unos 2'78 millones de días de baja por incapacidad temporal al año.

En inmediata conexión con el estado de salud se encuentra la asistencia sanitaria que se ponga a disposición de los trabajadores a efectos de prevenir, mitigar o curar el deterioro de su bienestar. A este respecto, es esperable que cuanto mejor se trate a un trabajador que cae enfermo, más rápido pueda recuperarse y menos se ausente de su trabajo. De hecho, uno de los objetivos de la atención sanitaria que se proporciona a los pacientes en edad de trabajar debe ser la normalización, lo antes posible, de su vida laboral⁹⁷. Por ello, suelen asociarse las listas de espera que se producen en la sanidad pública –que ralentizan el adecuado diagnóstico y tratamiento de las enfermedades- al indeseable retraso de la reincorporación de los trabajadores a la empresa. Por ejemplo, el aumento del gasto público en incapacidad temporal que se produjo a finales de los años ochenta y principios de los noventa en España se ha relacionado con la universalización de la asistencia sanitaria y el consiguiente aumento en la demanda que

⁹⁴ Vid., Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico social y al Comité de las regiones: 'Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012)', de 21 de febrero de 2007, p. 2 y Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al comité de las regiones 'relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020' de 6 de junio de 2014, pp. 2 y 5. Siguiendo una lógica similar también puede verse la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 publicada por el INSST en abril del 2015, p. 25.

⁹⁵ LUCEÑO MORENO, L.; MARTÍN GARCÍA, J.; JAÉN DÍAZ, M.; DÍAZ RAMIRO, E. M.; 'Evaluación de factores psicosociales en el entorno laboral', *eduPsykhé*, núm. 1, (2004), p. 34.

⁹⁶ Informe de UGT 'Costes económicos de los riesgos psicosociales: Balance de la situación actual y propuestas metodológicas para avanzar en su medición y cálculo', presentado en 2013, pp. 41 y 42.

⁹⁷ VICENTE PARDO, J. M.: 'La Incapacidad Laboral como indicador de gestión sanitaria', *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, núm. 239, (2015), p. 210.

saturó los servicios públicos de salud⁹⁸. Por otra parte, contribuye a sostener esta hipótesis la observación de que aquellos trabajadores que disponen de un seguro médico privado, y por tanto pueden eludir las limitaciones de la sanidad pública, presentan tasas menores de absentismo laboral⁹⁹.

La importancia de este factor se destaca también entre la doctrina jurídica, desde donde se ha apuntado incluso hacia algunos de los problemas de la sanidad pública (la carga de trabajo de los médicos de atención primaria, su falta de formación en medicina del trabajo, las listas de espera, la falta de coordinación entre facultativos de distintos ámbitos, los protocolos médicos aplicados o, en definitiva, la falta de recursos humanos y materiales que requeriría un sistema universal) para afirmar que el principal punto débil en la gestión del absentismo laboral se encuentra en la administración de dichos recursos y no en el ámbito legal¹⁰⁰. Por su parte, también los empresarios parecen compartir la existencia de este problema, porque la mitad de ellos están de acuerdo en que deberían producirse cambios en el sistema sanitario para reducir los niveles de absentismo laboral¹⁰¹. En esta línea, como se verá, uno de los argumentos que ha sostenido la importante ampliación de las competencias históricas de las mutuas es que sus servicios sanitarios son capaces de prestar una asistencia sanitaria más rápida y más especializada que la de los servicios públicos de salud.

En nuestro país, dando aplicación al artículo 148.1.21ª de la Constitución, todas las Comunidades Autónomas fueron asumiendo, a lo largo de un proceso iniciado en el año 1982 y que se extendió hasta 2002, las competencias en materia de gestión sanitaria, quedando únicamente para el Estado su coordinación general, de acuerdo con el artículo 149.1.13ª. De hecho, es posible que este proceso descentralizador tuviera, en sí mismo, efectos relevantes sobre el absentismo laboral, puesto que, en el año 1996, transcurrido parte del camino, el gasto medio anual en incapacidad temporal era un 21 % mayor en las siete Comunidades Autónomas con competencias transferidas que en las áreas de gestión que retenía el Instituto Nacional de Salud¹⁰². Es decir, parece que la gestión era más eficiente cuando la responsabilidad sanitaria y la responsabilidad

⁹⁸ ROMAY LÓPEZ, R. y SANTÍN GONZÁLEZ, D.: Nuevas herramientas para gestionar el gasto público por incapacidad temporal, Madrid, 2003, p. 16.

⁹⁹ 'Barómetro de Seguros de Salud 2018' publicado por ADESLAS. Recuperado de: <http://www.corresponsables.com/download/3-barometro-salud-segurcaixa-adeslas.pdf> (Fecha de consulta: 05/03/2019).

¹⁰⁰ Vid., ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad para trabajar, Madrid, 2014, p. 309; LÓPEZ GANDÍA, J.: 'La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la seguridad social', *Lex Social*, núm. 2, (2015), p. 157 y MORENEO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: 'Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias "control" y necesidad ineludible de "razionalización integral" de su tratamiento jurídico', *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 17, (2018), p. 30.

¹⁰¹ GARCIA VIÑA, J.: '¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo laboral en las empresas?', *Estudios de Deusto*, núm. 58, (2010), p. 326.

¹⁰² CALDAS BLANCO, R. et. al.: 'Incapacidad temporal: mejoras en la gestión', *Atención Primaria*, núm. 2, (2000), p. 114.

económica por la prestación residían en la Administración Estatal, incluso aunque no correspondieran al mismo organismo. Este aspecto entronca con el problema en que se entrará más adelante, relativo a las disfunciones que se derivan de la separación competencial entre las entidades (autonómicas) que reconocen generalmente el derecho a la prestación y las (estatales) que asumen sus costes.

Hoy en día, ha podido observarse que personas con características similares y que trabajan en los mismos sectores económicos presentan tasas de absentismo variantes, en función de la Comunidad Autónoma donde residen¹⁰³. Ante esta realidad, parecería razonable querer explicar una parte de dichas diferencias relacionándolas con la desigual calidad de los servicios que prestan las administraciones autonómicas, por la descentralización de la gestión de la asistencia sanitaria pública. Desafortunadamente, la relación entre la asistencia sanitaria prestada en cada Comunidad y el absentismo que se produce en la misma no ha sido estudiada desde un punto de vista empírico, por lo que la hipótesis no puede confirmarse. Tampoco es esta la sede adecuada para llevar a cabo semejante análisis, aunque sí pueden citarse algunos datos que sirven para apoyarla. Así, si se compara la calidad que se atribuye a los servicios públicos prestados por las autonomías¹⁰⁴ con la duración media de los procesos por contingencias comunes gestionados por el INSS¹⁰⁵, puede verse que, de las cuatro comunidades con mejor asistencia sanitaria en el año 2018 (País Vasco, Navarra, Aragón y Castilla y León), tres se situaban dentro del grupo donde los trabajadores enfermos por causas no laborales se recuperan con mayor rapidez.

2. Las condiciones de trabajo y el ambiente organizacional

Pese a lo que pudiera parecer, por la escasa entidad estadística de los procesos derivados de contingencias profesionales en los datos proporcionados por la Seguridad Social, lo cierto es que las condiciones de trabajo tienen una fuerte influencia sobre los niveles de absentismo laboral. Es más, la investigación empírica¹⁰⁶ sugiere que los

¹⁰³ BENAVIDES, F. G. et. al.: 'Incapacidad temporal por contingencia común: el papel de la edad, el sexo, la actividad económica y la comunidad autónoma', Revista Española de Salud Pública, núm. 81, (2007), p. 188 y VILLAPLANA GARCÍA, M.; SÁEZ NAVARRO, C.; MESEGUER DE PEDRO, M. y GARCÍA-IZQUIERDO, M.: 'Grado de efecto de las variables sociodemográficas, laborales, organizativas y del entorno de duración de la incapacidad temporal por contingencias comunes en España', Atención Primaria, núm. 47, (2015), p. 95.

¹⁰⁴ Se toma como referencia el XV Informe 'Los servicios sanitarios de las CCAA' relativo al año 2018 elaborado por la Federación de Asociaciones en Defensa de la Sanidad Pública, en el que se tienen en cuenta distintos criterios relativos a la financiación, recursos y funcionamiento de los servicios sanitarios, así como la política farmacéutica de las distintas Comunidades.

¹⁰⁵ Datos oficiales publicados por Ministerio de Trabajo en su página web.

¹⁰⁶ Vid., como muestra, el estudio VAQUERO ÁLVAREZ, M.: ALVAREZ THEURER, E.; ROMANO SALDAÑA, M.: 'Influencia de las condiciones de trabajo sobre la incapacidad temporal por contingencias comunes', Atención Primaria, núm. 50, (2018), p. 243, en el que los expertos en salud laboral detectaron que un 17 % de procesos identificados como derivados de contingencias comunes guardaban relación con las condiciones de trabajo. Asimismo, más de un 30 % de los trabajadores percibieron que su baja estaba relacionada con el ambiente de trabajo. En el mismo sentido, SAMPERE VALERO, M.: Reincorporación al trabajo después de un episodio de incapacidad temporal por contingencia común de larga duración,

factores laborales tienen una repercusión importante sobre un porcentaje relevante de los procesos formalmente calificados como derivados de contingencias comunes. Así la falta de información que padecen los médicos de atención primaria no solo perjudicaría la valoración de las incapacidades desde el punto de vista del riesgo moral, sino también la identificación de las contingencias profesionales. Dichos médicos no tienen conocimiento de los riesgos laborales asociados al puesto del trabajador, lo que facilita que el origen profesional de la contingencia pueda pasarles inadvertido¹⁰⁷ y sugiere que es muy probable que las contingencias profesionales aparezcan infrarregistradas.

También sirve para apoyar esta idea la constatación de las diferencias que se observan en las tasas de incapacidades por contingencias comunes de trabajadores con características personales similares que trabajan en distintos sectores económicos¹⁰⁸. Lo razonable sería que, si las causas de los procesos derivados de contingencias comunes fueran siempre íntegramente extralaborales, dichos trabajadores presentarían niveles similares de ausencias, con independencia de su sector de ocupación. Por lo tanto, el hecho de que no ocurra así en la práctica lleva a pensar que las condiciones de trabajo que se dan en los diferentes sectores productivos influyen sobre los procesos derivados de contingencias comunes más de lo que se refleja en las estadísticas oficiales. Otros indicios que apuntan en la misma dirección son el alto porcentaje de procesos de determinación de contingencia que son resueltos favorablemente por el INSS o el mayor porcentaje de incapacidades derivadas de contingencias profesionales que se detecta cuando se adoptan programas específicos en los que se presta mayor atención a la identificación del posible origen laboral de las incapacidades¹⁰⁹.

En general, la calidad de vida laboral, en íntima conexión con la salud laboral, tiene una relación directa con el nivel de absentismo por motivos de salud. Este concepto, propio de la psicología del trabajo, abarca todas las condiciones relacionadas con el trabajo que pueden ser relevantes para la satisfacción y motivación laboral de los trabajadores. Entre dichas condiciones se incluyen los horarios, el sueldo, la tipología de tareas asignadas, el medio ambiente laboral, los beneficios y servicios concedidos, las posibilidades de promocionar y las relaciones humanas¹¹⁰. También se relaciona con la carga de trabajo, la capacidad de autoorganización del trabajador y otros posibles

Barcelona, 2011, p. 41 refleja que un 22 % de los trabajadores inmersos en un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes superior a 15 días de duración consideraba que su situación de salud estaba totalmente relacionada con su trabajo.

¹⁰⁷ VADILLO RUIZ, J. J.: 'Las incapacidades temporales... cit.', p. 825.

¹⁰⁸ BENAVIDES, F. G. et. al.: 'Incapacidad temporal... cit.', p. 188. En el mismo sentido, aunque sin controlar en este caso las variables personales, SANTOS GARCÍA, C. J.: 'Factores de diversidad en el consumo de las prestaciones de incapacidad temporal' en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017, p. 1039, indica que la pertenencia a los sectores de actividad es uno de los factores principales que inciden de forma directa en el consumo de prestaciones por incapacidad temporal.

¹⁰⁹ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 17.

¹¹⁰ BOADA i GRAU, J.; DE DIEGO VALLEJO, R.; AGULLÓ TOMÁS, E.; MAÑAS RODRÍGUEZ, M. A.; 'El absentismo laboral como consecuencia de variables organizacionales', *Psicothema*, núm. 2, (2005), p. 213.

factores de riesgo de carácter psicosocial¹¹¹. Todos los elementos anteriores, además de poder tener un impacto en la salud, influyen en el nivel de apego o de adhesión que los trabajadores muestran hacia el proyecto empresarial y, por tanto, en el esfuerzo que dedican al mismo. Por ejemplo, si a un trabajador se le asignan tareas rutinarias que están muy por debajo de sus capacidades, puede ser más propenso, por su previsible falta de motivación, a ausentarse ante el más mínimo malestar que pueda sentir. Y, a la inversa, cuando está sometido a una carga de trabajo excesiva, la ausencia puede presentarse como una vía de escape para liberar tensión y recuperar la sensación de control.

Los buenos resultados en los índices de calidad de vida laboral están fuertemente relacionados con bajos niveles generales de absentismo laboral. También mejoran, a nivel particular, diversos subtipos de absentismo como serían las ausencias derivadas de accidentes, las de más de cinco días de duración o las ausencias que, según los trabajadores, están relacionadas con su trabajo¹¹². Este hallazgo es consistente, además, con la comprobación de que los trabajadores ocupados en empleos poco cualificados, los trabajadores nocturnos o los que están sujetos a jornadas irregulares o impredecibles presentan un mayor riesgo de padecer problemas de salud¹¹³. Del mismo modo, el exceso de tiempo de trabajo se ha revelado como una causa indirecta muy clara del absentismo laboral, de forma que, a mayor número de horas pactadas o mayor promedio de horas semanales efectivamente prestadas (incluidas las horas extraordinarias), mayor absentismo cabe esperar entre la plantilla de una empresa¹¹⁴. Igualmente, los trabajadores pluriempleados que realizan una doble jornada también presentan un número de mayor de ausencias por enfermedad o accidente¹¹⁵.

Las situaciones de acoso sexual o acoso laboral también tienen una fuerte relación con la calidad de vida laboral y los niveles de absentismo. Ello es debido a que, además de poder generar problemas de salud –que estarían adecuadamente cubiertos por la situación de incapacidad temporal–, estas situaciones afectan a la dedicación del trabajador, a su compromiso con la empresa, a su intención de abandonar el trabajo y, en definitiva, a la necesidad de ausentarse para huir de una situación de violencia¹¹⁶.

¹¹¹ GIMENO, D.; BENAVIDES, F.; AMICK, B. C.; BENACH, J. y MARTÍNEZ, J. M.: ‘Psychosocial factors and work related sickness absence among permanent and non-permanent employees’, *Journal of Epidemiological Community Health*, núm. 58, (2004), p. 874.

¹¹² Eurofound: Sixth European Working Conditions Survey: Overview report, Luxemburgo, 2019, p. 112.

¹¹³ Eurofound: Working conditions... cit., pp. 31 y ss.

¹¹⁴ MALO, M. A.; CUETO, B.; GARCÍA SERRANO, C.; PÉREZ INFANTE, J. I.: La medición del absentismo: Estimaciones desde la perspectiva de las empresas y vidas laborales, Madrid, 2012, p. 143 o, en el mismo sentido, LUSINYAN, L. y BONATO, L.: ‘Work absence...’ cit., p. 492.

¹¹⁵ ORTIZ ALEJO, Y.: Factores psicosociales... cit., p. 237.

¹¹⁶ BOADA i GRAU, J.; DE DIEGO VALLEJO, R.; AGULLÓ TOMÁS, E.; MAÑAS RODRÍGUEZ, M.A.; ‘El absentismo laboral...’ cit., p. 215. En este sentido apunta también Eurofound: Health and well-being at work: A report based on the fifth European Working Conditions Survey, Luxemburgo, 2012, p. 60, en el que, además de confirmarse la relación establecida en otros estudios entre las situaciones de violencia en el trabajo y el incremento en las tasas de absentismo laboral, se indica que dicha relación puede explicarse

Así, es esperable que, a falta de medidas que permitan dar una solución adecuada a los casos de acoso sexual o laboral, la reacción de los trabajadores pueda ser cobijarse en la incapacidad temporal, haciendo un mal uso de la misma. Una finalidad similar puede darse a la incapacidad temporal cuando se produce en una empresa una escalada de la tensión o conflictividad laboral, que actúa psicológicamente como un factor que empuja al trabajador a situarse fuera de la organización, aunque su salud mental no se haya visto necesariamente afectada.

Por otro lado, se ha sugerido recurrentemente¹¹⁷ que la incapacidad temporal se utiliza también en aquellas ocasiones en las que surgen necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral que ni la legislación, ni la política empresarial de conciliación permiten resolver sin que se vea afectada la estabilidad financiera de los trabajadores. Esta práctica, típicamente asociada al fingimiento de enfermedades mentales, tendría una especial incidencia entre las trabajadoras, que son quienes asumen mayoritariamente la responsabilidad de los cuidados familiares. Así, la denominada “*baja social*”¹¹⁸ se daría, por ejemplo, frente a la necesidad urgente e imprevista de atender a un familiar seriamente enfermo cuando no lo permiten los permisos laborales. La cobertura de este tipo de supuestos mediante la incapacidad temporal se ha reconocido desde instancias médicas de nuestro país como “*no infrecuente*”¹¹⁹. En esta misma línea, los problemas de conciliación son, según la percepción general de la ciudadanía española, la segunda razón por la que se recurre fraudulentamente a la incapacidad temporal, solo por detrás del simple deseo de no trabajar¹²⁰.

De forma más general, a nivel europeo esta hipótesis viene apoyada por la observación de una diferencia especialmente acusada entre las tasas de absentismo médico de hombres y mujeres en edad de tener hijos¹²¹. En este mismo sentido, en

por dos factores distintos: (i) la afectación que dicha violencia tiene sobre la salud del trabajador y (ii) la adopción de la ausencia deliberada del puesto de trabajo como estrategia para reducir la exposición a la misma.

¹¹⁷ Vid., el VII Informe Adecco sobre Absentismo, del año 2018, pp. 77 y ss.; JOVER RAMÍREZ, C.: ‘Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado’, Temas Laborales, núm. 106, (2010), p. 49 o ‘Cómo gestionar el absentismo en mi empresa: Guía de implantación y buenas prácticas’ elaborada por la mutua ASEPEYO, p. 63.

¹¹⁸ Vid., MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: ‘Ante la polisemia... cit.’, p. 82 quienes llegan a sugerir que los médicos son propensos en estos casos a declarar la existencia de la incapacidad temporal por razones sociales, pudiendo ser incluso conscientes de que no existe en realidad ninguna causa médica que lo justifique.

¹¹⁹ GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A. y PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad laboral en su contexto médico: Problemas clínicos y de gestión, Madrid, 2006, p. 24.

¹²⁰ AEVAL: Evaluación de las medidas ... cit., p. 20.

¹²¹ LIVANOS, I. y ZANGELIDIS, A.: ‘Sickness Absence... cit.’, p. 7.

estados de nuestro entorno, como en Holanda¹²² o los países nórdicos¹²³, ha podido verse que quienes manifiestan tener dificultades para conciliar la vida personal y familiar presentan un mayor número de ausencias por enfermedad. A falta de estudios tan específicos, hay algunos indicios empíricos relevantes que sugieren que este fenómeno también se da en España. Por ejemplo, los individuos con responsabilidades familiares, y en particular las mujeres con hijos, presentan niveles superiores de absentismo por incapacidad temporal que el resto de la población¹²⁴. Y lo mismo ocurre con quienes conviven con familiares dependientes mayores de ochenta años¹²⁵.

Lo anterior conduce a pensar que la incapacidad temporal acaba sirviendo, en ocasiones, para dar cobertura a problemas de corte socio-laboral o socio-familiar, ajenos en principio al estado de salud del trabajador y, por ello, la doctrina laboralista la ha calificado de “*prestación refugio*”¹²⁶. En efecto, dicha prestación puede proporcionar al trabajador un amparo jurídico y económico que le permite ausentarse sin tener que someterse a la autorización de su empleador, sin darle ninguna explicación sobre la causa de su ausencia (que al estar cubierta por un parte médico pasa a ser confidencial) y sin arriesgarse, en principio, a las consecuencias disciplinarias que pueden derivarse de las ausencias injustificadas. Pese a ello, es evidente que la cobertura de las situaciones de violencia laboral o de las necesidades de conciliación mediante la incapacidad temporal representa un uso jurídicamente desviado de esta institución que contraviene directamente su finalidad, al no padecer el trabajador un verdadero deterioro de su salud.

En otro orden de cosas, diversos estudios coinciden en señalar que, más allá de las condiciones laborales, las normas y relaciones sociales de carácter informal que imperan en una unidad de trabajo repercuten en las ausencias de los trabajadores. Así, se ha podido observar que la relación entre compañeros de trabajo y el grado de tolerancia institucional que existe en una organización hacia el absentismo laboral afecta a su prevalencia¹²⁷. Ello se explica por el hecho de que, si un trabajador percibe que sus compañeros se ausentan con asiduidad –incluso sin que dicha ausencia esté verdaderamente justificada– y la empresa se muestra desinteresada al respecto, presentará una mayor predisposición a incurrir en ausencias breves, pero más

¹²² JANSEN, N. W. H.; KANT, I. J.; VAN AMELSVOORT, L. G. P. M.; KRISTENSEN, T. S.; SWAEN, G. M. H. y NIJHUIS, F. J. N.: ‘Work-family conflict as a risk factor for sickness absence’, *Occupational Environmental Medicine*, núm. 63, (2006), p. 491.

¹²³ ANTAI, D.; OKE, A.; BRAITHWAITE, P. y ANTHONY, D. S.: ‘A ‘balanced’ Life: Work-life balance and sickness absence in four Nordic countries’, *International Journal of Occupational and Environmental Medicine*, núm. 4, (2015), p. 218.

¹²⁴ SUÁREZ, M. J. y MUÑOZ, C.: ‘Unobserved heterogeneity... cit., p. 1147.

¹²⁵ AEVAL: *Evaluación de las medidas* ... cit., p. 125.

¹²⁶ Vid., PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: ‘La gestión y el control de la incapacidad temporal’, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 5, (2006), p. 7 de la versión digital o MERCADER UGUINA, J. R.: ‘La fábula del paciente... cit., p. 16.

¹²⁷ SANDERS, K. y HOEKSTRA, S. K.: ‘Informal networks and absenteeism within an organization’, *Computational & Mathematical Organization Theory*, núm. 4, (1998), p. 160.

frecuentes, de dudosa legitimidad. Este efecto contagio por el que algunos trabajadores imitan los niveles de ausencias de sus unidades de trabajo se produce sobre todo en equipos poco cohesionados. Por ello, desde el ámbito de la sociología del trabajo, se señala como vía de mejora del absentismo laboral el refuerzo de las relaciones humanas en la empresa, tanto en un sentido horizontal, construyendo círculos de calidad con los compañeros, como en un sentido vertical, mediante cambios en el estilo de liderazgo de la dirección¹²⁸.

Cuando se consigue el objetivo de contar con una plantilla cohesionada, la existencia de lazos estrechos a nivel funcional y personal entre los trabajadores constituye una fuerte garantía contra el absentismo laboral, porque la ausencia puede ser socialmente percibida como un acto de desconsideración hacia los demás compañeros, que deberán asumir normalmente una mayor carga de trabajo¹²⁹. Esta afirmación es plenamente coherente con los datos recogidos en España, donde la principal razón a la que aluden los trabajadores que se muestran reticentes a ausentarse del trabajo es la voluntad de no sobrecargar a sus compañeros¹³⁰. Además, la presión de grupo que se deriva de este tipo de dinámicas se ha propuesto como una de las posibles explicaciones o concausas del fuerte descenso que, como se verá, experimentan las tasas de absentismo laboral durante las épocas de crisis económica¹³¹. Piénsese que, en tales contextos, las empresas ajustan sus costes laborales a través de la reducción de la plantilla y los trabajadores que se retienen soportan generalmente un mayor volumen de trabajo. Tales circunstancias harían aumentar todavía más el coste social de ausentarse, porque es difícil que los compañeros puedan absorber las tareas que corresponderían a quien falta al trabajo.

3. La rentabilidad económica de la ausencia y los controles sobre la misma

Con apoyo en la aplicación de la teoría del riesgo moral a la incapacidad temporal, una gran variedad de estudios se ha dedicado a analizar cómo se adapta el comportamiento de los trabajadores a los beneficios económicos a los que tienen derecho en caso de tener de ausentarse de su trabajo por padecer alguna enfermedad. Aplicando al absentismo la regla económica clásica de la ley de la demanda, es de esperar que, cuanto más caras resulten las bajas para los trabajadores, menor sea su popularidad entre los mismos, y a la inversa. Pues bien, tal y como se ha configurado

¹²⁸ NOVA MELLE, P.: 'El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo', Cuadernos de relaciones laborales, núm. 9, (1996), p. 233.

¹²⁹ TEN BRUMMELHUIS, L. L.; JOHNS, G; LYONS, B. J.; TER HOEVEN, C. L.: 'Why and when do employees imitate the absenteeism of co-workers?', *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, núm. 134, (2016), p. 27.

¹³⁰ NAVARRO, A.; SALAS-NICOLÁS, S.; MONCADA, S.; LLORENS, C. y MOLINERO-RUIZ, E.: 'Prevalence, associated factors and reasons for sickness presenteeism: a cross-sectional nationally representative study of salaried workers in Spain', *BMJ Open*, num. 7, (2018), p. 6.

¹³¹ BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: 'Absentismo laboral: la incapacidad temporal del trabajador como principal causa, en AA.VV.: La incapacidad temporal en el trabajo: régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo, Barcelona, 2016, p. 155.

históricamente la incapacidad temporal en Europa, el factor que determina en mayor medida el grado de cobertura de los ingresos de sustitución del salario que percibe un trabajador durante su ausencia es la regulación del subsidio público. Por ello, sus condiciones y el tipo que se aplica a su base reguladora han servido para explicar, en la literatura económica, algunas variaciones más que relevantes en el comportamiento del absentismo laboral.

Para ilustrarlo, resulta muy útil recurrir al ejemplo sueco, por ser un país donde la dimensión cuantitativa de la prestación por incapacidad temporal sufrió a partir de la década de los noventa múltiples y zigzagueantes cambios que tuvieron fuertes efectos sobre el absentismo laboral¹³². Dichos cambios se iniciaron en 1991, un momento en el que Suecia presentaba una de las tasas de absentismo más altas de Europa. En plena crisis de su sistema de protección social, la cuantía de la prestación por incapacidad temporal se redujo del 90 % del salario a un 65 % durante los primeros tres días de enfermedad y a un 80 % de los días cuarto a nonagésimo, manteniéndose en el 90 % en adelante. Como consecuencia, la media de ausencias por trabajador y año descendió de los veinticinco días en 1990 a los quince días en 1992, disminuyendo especialmente las ausencias de corta duración. Posteriormente, para abordar las ausencias de larga duración, la cuantía de la prestación a partir de los noventa y un días se redujo primero al 80 % y después al 70 %. El efecto volvió a ser inmediato y las ausencias de larga duración empezaron a descender, después de llevar una década al alza. Dichos recortes de protección se revirtieron en 1994 con la llegada de un gobierno progresista y una situación económica más favorable, para volver a dar lugar a una nueva tendencia creciente en las cifras de absentismo que alcanzaron otro pico en el año 2000, con el que se inició un nuevo ciclo de reformas.

Además de la cuantía, existen también otras características de la prestación que influyen igualmente en lo rentable que la prestación vaya a resultar para el trabajador, como, por ejemplo, el establecimiento de un periodo de espera entre el momento en el que se declara la incapacidad y el momento en el que se empieza a percibir el subsidio, el periodo de carencia exigido para acceder a dicho subsidio o su duración máxima. También influye cualitativamente en la demanda de ausencias la facilidad con la que el sistema jurídico permita acceder a las mismas. Ya se había señalado, a este respecto, que el punto de partida de las situaciones afectadas por el riesgo moral es la dificultad de conocer el verdadero estado de salud del trabajador. Por tanto, se entiende que, cuanto más estrictos son los controles sobre el mismo, menos depende su nivel de absentismo de sus propias motivaciones. Algunos factores que se observan para determinar la intensidad del control son, por ejemplo, si se permite que el trabajador pueda autocertificar su propia baja durante algunos días o si el órgano que ostenta la

¹³² Vid., en profundidad, OECD: The political economy of reform: Lessons from pensions, product markets and labour markets in ten OECD countries, Paris, 2009, pp. 331 y ss.

competencia para expedir los partes médicos de baja es también el que soporta su coste económico, entendiendo que en este caso se ejercerá una fiscalización más severa.

Todos los elementos anteriores han servido, en el marco de los análisis comparativos internacionales, para encontrar una justificación razonable a parte de la diferencia que puede observarse entre las tasas de absentismo de distintos países. Así, en un estudio¹³³ realizado sobre veinte estados miembros de la OECD (entre los que se registraban tasas de ausencias por enfermedad que iban desde los cinco días por trabajador y año en Estados Unidos hasta los veintiséis días en Polonia), se concluyó que la generosidad cuantitativa y cualitativa de la prestación por incapacidad temporal, junto con el nivel de protección otorgado al empleo de los trabajadores durante tal periodo, estaba altamente relacionada con el absentismo que se daba en cada país. Similarmente, se llegó a la misma conclusión en otro estudio,¹³⁴ llevado a cabo sobre quince países de la Unión Europea, en el que, además de los anteriores, también se tuvieron en cuenta otros factores relacionados con la generosidad de la prestación, como los requisitos de acceso al subsidio (el periodo de carencia) o su duración máxima. De igual modo, se obtuvieron resultados coherentes al ampliar el análisis a los veintisiete estados miembros de la Unión Europea¹³⁵. En este caso, los ordenamientos cuya regulación global de la incapacidad temporal se consideró más generosa fueron el alemán y el finlandés, que resultaron ser, junto con el danés, los que derivaban en mayores índices de absentismo.

4. Estabilidad *versus* precariedad laboral y situación del mercado de trabajo

Otro de los factores que en mayor medida influye en las ausencias de los trabajadores es el nivel de protección de su empleo. Como regla general, a mayor estabilidad laboral, mayores son los índices de absentismo que se registran en un determinado contexto. Ello se debe a que, como el absentismo puede ser motivo de desistimiento empresarial o despido, los trabajadores cuyo empleo está más desprotegido aplican una mayor dedicación laboral y evitan faltar al trabajo si no es estrictamente necesario. Así, varios estudios llevados a cabo en distintos países han determinado que las ausencias de los trabajadores aumentan considerablemente una vez superado el periodo de prueba, debido a la menor probabilidad de perder el puesto de trabajo¹³⁶. Del mismo modo, la antigüedad de los trabajadores en la empresa es un

¹³³ OSTERKAMP, R. y RÖHN, O.: 'Being on sick leave: Possible explanations for differences of sick-leave days across countries', CESifo Economic Studies, núm. 53, (2007), p. 107.

¹³⁴ FRICK, B. y MALO, M. Á.: 'Labor market institutions and individual absenteeism in the European Union: the relative importance of sickness benefit systems and employment protection legislation', Industrial Relations: A journal of Economy and Society, núm. 47, (2008), p. 527.

¹³⁵ CHAUPAIN-GUILLOT, S. y GUILLOT, O.: 'Sickness benefit... cit.', p. 1114.

¹³⁶ Vid., ICHINO, A. y RIPHAHN, R.: 'The effect of employment protection on worker effort: Absenteeism during and after probation', Journal of the European Economic Association, núm. 1, (2005), p. 140, indicando que las ausencias entre la plantilla de un gran banco italiano se triplican una vez superados los tres primeros meses de contrato. Obtienen conclusiones similares RIPHAHN, R. y THALMAIER, A.:

factor que encarece su despido y, por tanto, ha podido comprobarse que también aumenta sus tasas de absentismo¹³⁷. En España, los trabajadores con una antigüedad en la empresa superior a los cinco años se ausentan por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, de media, hasta cuatro días más al año que los trabajadores que acaban de ser contratados¹³⁸.

A la misma razón se achaca la notable diferencia que existe entre las tasas de absentismo de los trabajadores en función de la tipología de su contrato de trabajo. Tanto en España¹³⁹ como en otros estados miembros de la Unión Europea¹⁴⁰, el absentismo es significativamente mayor entre los trabajadores indefinidos que entre los trabajadores temporales. Por ello, los economistas de nuestro país han llegado a sugerir en alguna ocasión¹⁴¹ que sería conveniente que las empresas tuvieran en consideración el aspecto antiabsentista a la hora de diseñar su política de contratación de personal. Con todo, esta recomendación no es jurídicamente sostenible, pues tal como queda patente en el artículo 15 ET y ha venido confirmando el Tribunal Supremo¹⁴², la contratación temporal en nuestro sistema no es optativa, sino causal, y no puede obedecer a este tipo de criterios ajenos a los autorizados en la Ley.

En cambio, cuando se pierde el empleo durante la incapacidad temporal y desaparece el temor al despido, la duración de los procesos llega a triplicarse, en el caso de las contingencias profesionales, y a cuadruplicarse, en el caso de las contingencias comunes¹⁴³. Este hecho se atribuye también a la ya mencionada consideración de la incapacidad temporal como prestación refugio, porque resulta más fácilmente accesible que la prestación por desempleo y porque es una prestación más generosa, en términos de cuantía y, en ocasiones, de durabilidad. En vista de este dato, la relación entre las prestaciones de incapacidad temporal y desempleo es de un interés indudable, aunque no será objeto de estudio en el presente trabajo, porque, en la medida en que se refiere a trabajadores sin un contrato laboral vigente, no puede vincularse directamente al absentismo laboral, tal y como aquí se ha definido.

Del mismo modo, la mayoría de investigaciones atribuyen la cualidad de factor significativamente influyente sobre el absentismo a la tasa de desempleo y, en

'Behavioral effects of probation periods: an analysis of worker absenteeism', IZA DP, núm. 67, (1999), p. 12, para el caso de Alemania, donde la duración habitual del periodo de prueba es de seis meses.

¹³⁷ VILLAPLANA GARCÍA, M. D.: Absentismo e incapacidad... cit., p. 80.

¹³⁸ Ibid., p. 125.

¹³⁹ SANTOS GARCÍA, C. J.: 'Factores de diversidad... cit.', p. 1045, destacando que la duración media de la incapacidad temporal es sensiblemente inferior para los trabajadores temporales.

¹⁴⁰ Vid., por ejemplo, para Finlandia, VIRTANEN, M.; KIVIMAKI, M.; ELOVAINIO, M.; VAHTERA, J. y FERRIE, J. E.: 'From insecure to secure employment: changes in work, health, health related behaviours, and sickness absence', *Occupational and Environmental Medicine*, núm. 60, (2003), p. 951.

¹⁴¹ GARCÍA MAINAR, I; GREEN, C. y NAVARRO PANIGUA, M.: 'The effect of permanent employment on absenteeism: Evidence from labor reform in Spain', *ILR review*, núm 71, (2018), p. 545.

¹⁴² Vid., por todas, STS 5/05/2004 (Rec. núm. 4063/2003).

¹⁴³ SANTOS GARCÍA, C. J.: 'Factores de diversidad... cit.', p. 1047.

específico, a sus variaciones. De hecho, esta es la explicación más razonable al comportamiento procíclico que adoptan las tasas de absentismo en la mayoría de los países y que no puede atribuirse racionalmente a fluctuaciones tan significativas en la salud de la población. En España, en concreto, la vinculación entre el absentismo y el estado del mercado de trabajo se muestra con claridad en diversos estudios¹⁴⁴. Así, en los años 1992 y 2009, se observa una caída importante en los días de ausencia por incapacidad temporal asociada a dos graves recesiones económicas, en las que se llegó a tasas de desempleo del 24 % y del 26 %, respectivamente¹⁴⁵. En sentido contrario, los días de ausencia por motivos de salud tienden al crecimiento a partir de los años 1995¹⁴⁶ y 2013¹⁴⁷, cuando aparecen los primeros signos de reactivación económica y empieza a recuperarse parte del empleo perdido.

Es cierto que, a diferencia de las anteriores, esta dinámica no se da en la reciente crisis económica derivada del Covid-19, que ha supuesto paralelamente un incremento importante del desempleo y del gasto público en la incapacidad temporal. Si bien, esta particularidad se debe evidentemente al hecho diferencial de que esta última crisis tiene un sustrato sanitario y ha sido ocasionada precisamente por la eclosión de una pandemia. Además, el aumento en la incapacidad temporal no se debe solo a la cobertura mediante esta prestación de las cuarentenas de los infectados y los aislamientos preventivos de contactos estrechos, sino que se dan también otras razones complementarias¹⁴⁸. Así, al máximo histórico experimentado en la incidencia de las incapacidades temporales en 2020 contribuyó también la parálisis de la atención sanitaria (por la que los trabajadores que padecían otro tipo de dolencias dejaron de ser tratados) y la correlativa parálisis de la gestión administrativa de la prestación, por la que se dejaron de emitir altas médicas por procesos en curso que debieran haber finalizado¹⁴⁹.

Un análisis más detallado de la última crisis puramente financiera permite ejemplificar con mayor concreción su influencia en el comportamiento de las

¹⁴⁴ Vid., BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: 'Absentismo laboral... cit., p. 155; SANTOS GARCÍA, C. J.: 'Factores de diversidad... cit., p. 1043 o BRAVO FERNÁNDEZ, C. y MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ, E.: '¿Hay un uso abusivo de la incapacidad temporal? El comportamiento de la IT antes, durante y después de la crisis: resultados, condicionantes y retos, en AA. VV.: Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, pp. 1022 y 1025.

¹⁴⁵ II Informe Adecco sobre absentismo del año 2013, p. 21.

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ VII Informe Adecco sobre absentismo del año 2018, p. 27.

¹⁴⁸ De acuerdo con el Informe Económico-Financiero a los presupuestos de la seguridad social de 2021, p. 284, los procesos de incapacidad temporal derivados de la pandemia afectaron a dos millones y medio de trabajadores con una duración media de 28 días y un gasto total de estimado de más de 1.369 millones de euros.

¹⁴⁹ X Informe Adecco sobre absentismo del año 2021, pp. 57 y 58.

incapacidades temporales por contingencias comunes¹⁵⁰. Así, mientras al año 2009 lo precedía un crecimiento sostenido de los índices de absentismo, a partir de dicho momento se produce un cambio de tendencia por el que comienza su reducción, con una incidencia especialmente destacada en el caso de los trabajadores con contratos temporales y de los empleados por pequeñas y medianas empresas. La crisis económica marca, además, otros cambios interesantes en las estadísticas sobre incapacidad temporal, como, por ejemplo, la reducción de las altas médicas emitidas por incomparecencia del interesado al correspondiente reconocimiento médico, cosa que se atribuye a una corrección de las incapacidades temporales indebidamente prolongadas que se desvanece en épocas de inestabilidad laboral. Otros dos estudios más recientes¹⁵¹ sitúan también el siguiente punto de inflexión en 2013, cuando la tasa de desempleo comenzó a descender y los indicadores de incapacidad temporal por contingencias comunes, impulsados especialmente por el ascenso de los procesos muy cortos de trabajadores jóvenes, empezaron a aumentar de valor, dejando patente, una vez más, la relación inversa entre ambas variables.

Generalmente, en la literatura económica¹⁵², la relación indirecta que existe entre la tasa de desempleo y el nivel de absentismo laboral se justifica a través de dos razones principales que pueden entenderse como complementarias. La primera, y la más aceptada, es la concepción de las tasas elevadas de desempleo como un mecanismo disciplinante, de modo que el miedo de los trabajadores a no encontrar un nuevo empleo en caso de despido, fomenta una mayor dedicación al trabajo que se ostenta. En el caso de la incapacidad temporal, dicha dedicación implicaría que el trabajador elimina cualquier tipo de ausencia fraudulenta y hace un esfuerzo por acudir a trabajar, aunque tal vez no se encuentre en las mejores condiciones físicas o psíquicas, con tal de reducir la probabilidad de ser despedido. Es más, como dicha probabilidad es más alta en el caso de los trabajadores con empleos precarios, se observa que estos son los que más reducen su número de ausencias cuando se eleva el nivel de desempleo. Por el contrario, cuando el desempleo es residual y los trabajadores tienen mejores opciones de encontrar un trabajo alternativo, los perjuicios derivados de la pérdida del empleo son mucho menores, y el empeño en evitarla, también.

¹⁵⁰ VILLAPLANA GARCÍA, M.: 'Análisis de la influencia de los factores relacionados con los indicadores de la incapacidad temporal y la reincorporación al trabajo', *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 0, (2014), pp. 68 y 69.

¹⁵¹ LÓPEZ LÓPEZ, J. C., et. al.: 'Relación entre las tasas de desempleo y los indicadores de absentismo por incapacidad temporal durante los periodos de crisis económica', *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, núm. 2, (2018), p. 82 y BALLESTEROS POLO, M.: 'Evolución temporal de la incidencia por incapacidad temporal de origen común según tramos de duración (2009-2018)', *Archivos de Prevención de Riesgos Laborales*, núm. 2, (2020), p. 186 y ss.

¹⁵² Vid., al respecto, la extensa revisión de la bibliografía que se lleva a cabo en SCOPPA, V. y VURI, D.: 'Absenteeism, unemployment and employment protection legislation: evidence from Italy', *IZA Journal of Labor Economics*, núm. 3, (2004), p. 3 o, similarmente, en LÓPEZ LÓPEZ, J. C., et. al.: 'Relación entre las tasas... cit., pp. 82 y 83.

La segunda razón que contribuye a explicar las menores tasas de absentismo que se dan durante las épocas de crisis económica es un efecto selectivo por el que cabe esperar que, en un contexto de reducción de personal, las empresas tiendan a retener los trabajadores menos absentistas, por ser normalmente más productivos. Por ende, si se prescinde de los trabajadores con mayores tasas de absentismo laboral individual o con una mayor tendencia a enfermar, parece lógico que se reduzca la media aritmética de ausencias por trabajador y el índice global de absentismo. Además, ya se había introducido que en este momento aumentan los costes sociales o reputacionales del absentismo, ya que las plantillas suelen tener que soportar una mayor carga de trabajo. Con la mejora de la situación económica, los trabajadores con peor salud o más absentistas, se irían reincorporando progresivamente al mercado laboral, dando lugar a mayores índices de incapacidad temporal y a la ya mencionada tendencia procíclica del fenómeno.

Los mecanismos anteriores no operan con la misma fuerza sobre los trabajadores públicos. Así, su seguridad y la estabilidad en el trabajo es el principal factor que se ha esgrimido tradicionalmente para justificar las altas tasas de absentismo que presentan, de forma consistente¹⁵³. Los funcionarios y el personal laboral de las Administraciones (que presentan ratios de absentismo equivalentes entre sí) se ven menos afectados por las fluctuaciones del mercado de trabajo, por lo que la motivación de asistir al trabajo con asiduidad con tal de evitar perderlo está menos presente que en otro tipo de organizaciones¹⁵⁴. De hecho, en España, el gasto público dedicado al abono de las prestaciones por incapacidad temporal de los empleados públicos es, de forma constante, al menos un 30 % superior al de los empleados del sector privado, habiéndose llegado a superar el 40 % de diferencia en algunos ejercicios¹⁵⁵. Otros factores psicosociales que también contribuyen a explicar esta divergencia son los estilos de liderazgo centralizado que se dan en la Administración, el carácter especialmente rutinario de las tareas burocráticas a las que se dedican algunos empleados o una cultura laboral más permisiva con las ausencias de los trabajadores¹⁵⁶.

III. LAS CONSECUENCIAS DEL ABSENTISMO LABORAL

Una vez que se tiene una idea de las causas del absentismo laboral, es esencial tener también una noción real de su impacto, a través de la exposición de sus consecuencias. Con todo, esta tampoco resulta ser una tarea sencilla, puesto que, como se ha introducido, la difusa significación que se ha dado al absentismo laboral dificulta

¹⁵³ SCOPPA, V.: 'Worker absenteeism and incentives: Evidence from Italy', *Managerial and Decisions Economics*, núm. 8, (2010), p. 510.

¹⁵⁴ ORTIZ ALEJO, Y.: *Factores psicosociales...* cit., p. 247.

¹⁵⁵ SANTOS GARCÍA, C. J.: 'Factores de diversidad...' cit., p. 1040.

¹⁵⁶ ORTIZ ALEJO, Y.: *Factores psicosociales...* cit., p. 246 y ss.

su estudio y, por ende, la adecuada cuantificación de los perjuicios que provoca¹⁵⁷. Aun así, de lo que no cabe duda es que el absentismo laboral tiene repercusiones negativas muy graves sobre la economía nacional, que se derivan de la pérdida de rendimiento económico generada por una disminución de la fuerza de trabajo disponible y un correlativo incremento de los costes de las empresas, de la Seguridad Social y del sistema público de salud¹⁵⁸. Por ejemplo, un estudio español, realizado sobre datos del año 2005 y fundamentado en la teoría económica del capital humano, cifró en 10.255 millones de euros los costes en términos de productividad laboral ocasionados por el número total de 213 millones de días de trabajo perdidos como consecuencia de las incapacidades temporales¹⁵⁹. Igualmente, el absentismo tiene también costes humanos desde el punto de vista del mantenimiento de la calidad de vida de los trabajadores. Es decir, el absentismo laboral es un fenómeno caracterizado por la afectación a los intereses de la pluralidad de actores intervinientes en su dinámica. Tener en cuenta todas las anteriores derivaciones en su heterogeneidad y su vinculación con la regulación laboral es indispensable para poder proponer alternativas normativas ajustadas a sus respectivas especificidades.

1. Los costes económicos para las empresas

En primer lugar, quienes resultan perjudicadas, de modo más inmediato, por el absentismo laboral, son las empresas que se topan con la ausencia imprevista de sus trabajadores. El grave perjuicio que les genera el absentismo es una queja que históricamente viene sosteniendo la patronal, identificándose en la actualidad como uno de los principales problemas laborales a los que se enfrentan las empresas españolas¹⁶⁰ e, incluso, la principal causa de su baja productividad¹⁶¹. Muestra de ello es que la incidencia negativa que el absentismo laboral tiene sobre dicha productividad y sobre la competitividad de las empresas es una preocupación que se sitúa con mucha asiduidad sobre la mesa de debate social. Por la misma razón, en este trabajo se prestará especial atención al análisis del absentismo desde la perspectiva empresarial, que en muchas ocasiones queda desatendida, al otorgarse preferencia a la dimensión institucional o de Seguridad Social de la incapacidad temporal.

Es habitual en la literatura económica dividir los costes que el absentismo laboral genera para la empresa en costes directos e indirectos, según su relación con la ausencia

¹⁵⁷ Eurofound: Absence from work... cit., p. 2.

¹⁵⁸ Eurofound: Preventing absenteeism... cit., p. 10.

¹⁵⁹ OLIVA MORENO, J.: 'Loss of labour productivity caused by disease and health problems: what is the magnitude of its effects on Spain's Economy?', *The European Journal of Health Economics*, núm. 1, (2010), p. 7 de la copia personal del autor.

¹⁶⁰ Según el I Barómetro ERGASAT: 'Actitudes de los responsables de RRHH y de los trabajadores frente al absentismo laboral en España' del año 2009, p. 41, las empresas españolas consideran que el absentismo es el coste laboral más importante, situándose solo por detrás de los costes de formación.

¹⁶¹ CARRERAS ROIG, L.: 'Impacto económico del absentismo laboral', en AA.VV: La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral, Coords. ROMERO BURILLO, A. M. y MORENO i GENÉ, J., Valencia, 2013, p. 19.

del trabajador por motivos de salud. En España, el concepto más importante de los que integran los costes directos es indudablemente el pago por parte de las empresas del subsidio económico correspondiente al primer periodo de duración de las bajas por contingencias comunes. Respecto de los trabajadores insertados en el Régimen General de la Seguridad Social y conforme al artículo 173.1 LGSS, las empresas deben asumir el pago del subsidio correspondiente a la incapacidad temporal por enfermedad o accidente no laboral de los días cuarto a decimoquinto de baja, ambos inclusive. La cuantía del subsidio es proporcional al nivel de ingresos que viniera percibiendo cada trabajador y se calcula, en concreto, aplicando a la base reguladora de la prestación¹⁶² un tipo del 60 %¹⁶³. La repercusión que tiene esta obligación sobre las cuentas de las empresas se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que los procesos por contingencias comunes representan el 86 % del total y que un 65 % son de duración inferior a quince días¹⁶⁴.

Por lo que se refiere a las ausencias por contingencias profesionales, cabe contemplar la posibilidad de que la empresa se vea obligada a asumir directamente el pago del recargo de prestaciones, que puede incrementar entre un 30 y un 50 % la cuantía del subsidio conforme al artículo 164.1 LGSS. Aunque este es un gasto que puede venir asociado a la ausencia del trabajador, en la medida en que puede aplicarse a la prestación por incapacidad temporal, no resulta imputable a la propia ausencia en sí misma considerada, sino que se impone por la infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Si bien, es conveniente tenerlo aquí en cuenta en la medida en que una parte relevante del absentismo laboral aparece vinculada a la inadecuada protección empresarial de la salud de los trabajadores. De dicha negligencia se derivan también otras consecuencias económicamente perniciosas para la empresa, como serían las sanciones administrativas a las que podría enfrentarse (arts. 11 a 13 LISOS) o el coste de oportunidad que supone la imposibilidad de acceder a la reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales por baja siniestralidad laboral.

Además del subsidio económico por incapacidad temporal, las empresas deben asumir el pago de las mejoras voluntarias que hubieran concedido unilateralmente o pactado por la vía de la negociación colectiva. La incapacidad temporal es, con diferencia, aquella prestación que ha recibido tradicionalmente una mayor atención por parte de los agentes sociales, habiendo aumentado progresivamente su presencia en los convenios colectivos de un 53 % en el año 1999 hasta un 80 % en los últimos años¹⁶⁵ y siendo este incremento especialmente destacable en relación con la incapacidad temporal por contingencias comunes. La protección social complementaria de la

¹⁶² Dicha base la constituye, conforme a lo dispuesto en el Art. 13 Decreto 1646/1972, de 23 de junio, la base de cotización por contingencias comunes del interesado correspondiente al mes anterior a la baja.

¹⁶³ Art. único del Real Decreto 53/1980, de 11 de enero.

¹⁶⁴ VII Informe Adecco sobre absentismo del año 2018, p. 221.

¹⁶⁵ Datos de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

incapacidad temporal se articula jurídicamente, en la práctica, a través de la mejora de la prestación, que es gestionada directamente por las empresas y costada a su exclusivo cargo de conformidad con el artículo 239 LGSS¹⁶⁶.

Por lo que respecta a los costes indirectos del absentismo laboral, cabe apuntar que reciben una atención considerablemente menor, posiblemente por la dificultad que supone su cuantificación, tanto a nivel empresarial como a nivel macroeconómico. Con todo, se estima que son mucho más cuantiosos que los costes directos, habiéndose llegado a afirmar que pueden incluso cuadruplicarlos¹⁶⁷. Aquellos costes indirectos que resultan más sencillos de identificar son los que se vinculan con el mantenimiento de obligaciones o el devengo de derechos a favor del trabajador durante el periodo en que el empresario no recibe ninguna prestación laboral. Así, por un lado, la obligación de cotizar persiste durante las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa¹⁶⁸. Por otro lado, aunque durante la suspensión del contrato de trabajo el trabajador ni percibe remuneración ni genera, salvo pacto en contrario, la parte proporcional de las pagas extras que en su día pudiera corresponderle¹⁶⁹, sí se continúa devengando el derecho al periodo de vacaciones anuales retribuidas, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 5.4 del Convenio de la OIT número 132 de 24 de junio de 1970.

El V Informe Adecco sobre absentismo¹⁷⁰ proporciona una idea más concreta de la incidencia real de los costes empresariales enumerados hasta este punto (costes directos derivados del pago de la prestación más costes indirectos por cotizaciones y vacaciones). Así, sobre la base de datos relativos a los procesos de origen profesional y común gestionados por una mutua durante el año 2015, se estima que el coste medio de cada proceso por incapacidad temporal fue de 893€, que ascendían a 1.443€ en el caso de que se hubiera acordado mejorar la prestación hasta el 100 % de la retribución anterior a la baja.

También tienen la consideración de costes indirectos los gastos que origina la necesidad de sustituir al trabajador ausente para evitar, en la medida de lo posible, que la producción se vea alterada. Una primera vía para compensar la ausencia del trabajador incapacitado es mediante la prestación de horas extraordinarias u horas complementarias por parte de los demás trabajadores. Al respecto, es necesario considerar que, además del coste que supone abonar la retribución correspondiente, las horas extraordinarias están sujetas a una cotización adicional de conformidad con el

¹⁶⁶ Si bien de acuerdo con el art. 239 LGSS serían posibles otras opciones como que las mejoras se realizaran a través de la Administración de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montepíos y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase, no se ha detectado su utilización.

¹⁶⁷ CARRERAS ROIG, L.: 'Impacto económico... cit.', p. 41.

¹⁶⁸ Artículo 13 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social.

¹⁶⁹ STS 21/07/2009 (Rec. núm. 1078/2008).

¹⁷⁰ Del año 2016, pp. 149 y 153.

artículo 149 LGSS, excepto si se compensan con descansos dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, conforme al artículo 35.2.2 ET. Asimismo, a corto plazo, las ausencias también pueden provocar la necesidad de realizar ajustes en el sistema de turnos o cambios organizacionales similares. Este tipo de alteraciones son las que, según los responsables de recursos humanos de las Administraciones Públicas, representan un mayor inconveniente para el funcionamiento ordinario de la organización¹⁷¹.

Por otro lado, cuando se prevé que la ausencia del trabajador sea de duración media o larga, puede ser suplida con la contratación temporal de otra persona mediante un contrato de sustitución del artículo 15.3 ET. De ser así, habría que computar como costes indirectos los generados por las obligaciones empresariales, tanto a nivel salarial como de Seguridad Social, sumando la inversión organizacional de recursos en la selección y contratación. Dicha contratación puede sustanciarse directamente o a través de empresas de trabajo temporal, para quienes el absentismo representa una fuente importante de negocio. Por otra parte, los costes indirectos de la ausencia de cada trabajador se verán significativamente incrementados en función de lo valioso o insustituible que este resulte para la empresa, dependiendo de la especificidad de sus conocimientos, habilidades o experiencia.

A los conceptos anteriores debe añadirse también la concurrencia de una serie de factores derivados del absentismo que, pese a no constituir un desembolso inmediatamente determinable y resultando por ello menos evidentes, son susceptibles de contribuir al mayor deterioro de productividad de la empresa, en forma de lucro cesante. Aquí se incluiría el menor rendimiento del trabajador sustituto, por su posible inexperiencia en el desarrollo de tareas distintas a las que se le atribuyen habitualmente, la alteración de las dinámicas de grupo en las unidades en las que se trabaja en equipo o los costes de los retrasos que sufran las tareas que deben cumplirse en plazos ajustados¹⁷². Dichos perjuicios sobre la productividad son mayores en las ausencias de corta duración, porque demandan una mayor capacidad de reacción por parte de la empresa ante su carácter imprevisto. También se producen afectaciones a nivel de la planificación de los recursos humanos, por ejemplo, cuando la incapacidad temporal afecta al periodo en el que estaba previsto que el trabajador disfrutara de su descanso anual, en cuyo caso la empresa se ve obligada a alterar el calendario de vacaciones que se había planificado inicialmente de conformidad con el artículo 38 ET. Asimismo, la empresa también se ve perjudicada en lo que se refiere a la infrautilización o la utilización desordenada de sus medios productivos, cosa que repercute en la alteración de sus previsiones económicas¹⁷³.

¹⁷¹ MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: 'Que lo urgente... cit., p. 145.

¹⁷² STRÖMBERG, C.; ABOAGYE, E.; HAGBERG, J.; BERGSTRÖM, G. y LOHELA-KARLSSON, M.: 'Estimating the effect and economic impact of absenteeism, presenteeism and work environmental-related problems on reductions in productivity from a managerial perspective', *Value in health*, núm. 20, (2017), p. 1062.

¹⁷³ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo... cit., p. 36.

Por último, es obligado considerar que no todas las compañías se ven perjudicadas de igual manera por el absentismo, sino que sus desventajas se hacen notar muy especialmente para las pequeñas y medianas empresas¹⁷⁴, que tienen un menor margen de maniobra para hacer frente a las ausencias imprevistas de sus trabajadores, tanto desde el punto de vista de los recursos humanos como desde el punto de vista financiero. Empresarios y trabajadores parecen tener conciencia de ello y, en consecuencia, estos últimos tienden a ausentarse menos de sus trabajos por contingencias comunes de lo que lo hacen las personas empleadas por grandes empresas¹⁷⁵. Ello no deja de resultar paradójico si se tiene en cuenta que las grandes empresas tienen una mayor capacidad para implantar medidas de prevención o control del absentismo, puesto que se benefician de las economías de escala y obtienen un mejor precio medio por trabajador a la hora de contratar servicios de este tipo. En otros países, de hecho, la normativa relativa a la incapacidad temporal beneficia específicamente a las pymes, para compensarlas por el especial gravamen que les genera el absentismo¹⁷⁶.

2. Sus efectos laborales, sociales y sanitarios sobre los trabajadores

El absentismo médico también provoca perjuicios económicos, sociales y sanitarios muy importantes sobre los trabajadores. Algunos de estos perjuicios, además, se van agravando conforme se alarga la ausencia, por lo que se genera un efecto de criba que va desincentivando económicamente la incapacidad temporal a medida que pasa el tiempo¹⁷⁷. Ello conecta con la constatación, a la que ya me había referido, de que el riesgo moral es inferior en las incapacidades temporales de larga duración, también porque la prestación continuada de asistencia sanitaria pondría de manifiesto la inexistencia de la enfermedad.

En cuanto a los costes económicos directos de la ausencia, el más importante sería la pérdida de ingresos que pueda padecer el trabajador si la renta sustitutiva no alcanza a cubrir la totalidad del salario. Se verá más adelante que, aunque existe esta posibilidad, ya no es lo más habitual que los convenios colectivos mejoren la cuantía de la prestación hasta alcanzar el equivalente a la percepción salarial habitual. Por lo tanto, la incapacidad temporal también repercute económicamente sobre el trabajador en forma

¹⁷⁴ Lo demuestran, a partir de datos relativos a Alemania, BARMBY, T. y STEPHAN, G.: 'Worker absenteeism: Why firm size may matter', núm. 5, (2000), p. 576.

¹⁷⁵ Vid., entre otros, VILLAPLANA GARCÍA, M.: El absentismo laboral por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en el periodo 2005-2010, Murcia, 2012, p. 126 o SANTOS GARCÍA, C. J.: 'Factores de diversidad... cit.', p. 1042. En la misma línea, de acuerdo con el V Informe Adecco sobre absentismo, del año 2016, p. 169, esta diferencia se aprecia también cuando se atiende al tamaño del centro de trabajo, que está directamente relacionado con la duración de las bajas por contingencias comunes, posiblemente por razones organizativas similares.

¹⁷⁶ Vid., por ejemplo, para el caso de Austria antes de la reforma legislativa del año 2000, BÖHEIM, R. y LEONI, T.: 'Firm's moral hazard in sickness absences', IZA Discussion Papers, núm. 6005, (2011), p. 5, exponiendo que la parte de la prestación que asumen los pequeños empresarios es menor que la de las grandes empresas.

¹⁷⁷ PÉREZ DEL PRADO, D.: 'La incapacidad temporal... cit.', p. 1165.

de lucro cesante¹⁷⁸. En el caso de que no se prevea ninguna mejora voluntaria, ante un proceso por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes, el trabajador ve sus ingresos reducidos en un 100 % durante los tres primeros días de baja, en un 40 % hasta el día vigésimo primero y en un 25 % desde entonces en adelante. Por ejemplo, en el año 2015 se calculó que, cuando no se prevén mejoras voluntarias, cada proceso por incapacidad temporal le cuesta al trabajador 550€ de media¹⁷⁹. En términos absolutos, precisamente por el carácter proporcional de la prestación, la ausencia resulta más costosa para los trabajadores con salarios más elevados, cosa que, en conjunción con otros factores –como que los trabajadores mejor cualificados y pagados suelen disfrutar de mejor salud¹⁸⁰ y mayor satisfacción laboral¹⁸¹–, podría servir para explicar el hecho de que estos registren tasas de absentismo por enfermedad inferiores a la media¹⁸².

Por lo que a costes indirectos se refiere, destaca la obsolescencia profesional y pérdida de oportunidades laborales que sufre el trabajador, ya sea a nivel de formación, de desactualización de los conocimientos técnicos, de debilitación de las relaciones con compañeros, colaboradores y clientes de la empresa o de falta de adquisición de experiencia profesional en su puesto de trabajo. Todo ello comporta que, a medio y largo plazo, los trabajadores que presentan altos índices de absentismo tengan menores probabilidades de promocionar laboralmente y de conseguir incrementos salariales, incluso aunque presenten un buen rendimiento general¹⁸³. Como muestra, en un estudio realizado en Noruega, se pudo comprobar que cada 1 % de incremento en la tasa de absentismo de un trabajador, perjudicaba sus ingresos salariales en los dos años posteriores, en un 1'2 %¹⁸⁴. En España, no existe un estudio similar, pero la presencia de este fenómeno es indudable, teniendo en cuenta que se llega a explicitar jurídicamente, en ocasiones, cuando los propios convenios colectivos establecen políticas de

¹⁷⁸ Se reconoce explícitamente, por ejemplo, en el artículo 143 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en las que conceptúa como lucro cesante por lesiones temporales “*la pérdida o disminución temporal de ingresos netos provenientes del trabajo personal del lesionado*”.

¹⁷⁹ V Informe Adecco sobre absentismo, del año 2016, p. 149.

¹⁸⁰ Eurofound: Working conditions and worker's health, Luxemburgo, 2019, p. 32.

¹⁸¹ STEERS, M. y RHODES, S.: ‘Major influences... cit.’, p. 394.

¹⁸² Vid., VILLAPLANA GARCÍA, M.: El absentismo laboral por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en el periodo 2005-2010, Murcia, 2012, p. 129, destacando la escasa frecuencia de la incapacidad temporal por contingencias comunes entre los trabajadores con bases reguladoras más elevadas.

¹⁸³ Por ejemplo, JUDIESCH, M. K. y LYNESS, K. S.: ‘Left behind? The impact of leaves of absence on managers' career success’, Academy of Management, núm. 6, (1999), p. 648, apreciaron que la carrera profesional de los directivos que se ausentaban del trabajo varias veces al año, por distintas causas, tenía más probabilidades de verse perjudicada que la de aquellos que se ausentaban una sola vez.

¹⁸⁴ MARKUSSEN, S.: ‘The individual cost of sick leave’, Journal of Population Economics, núm. 4, (2012), p. 19.

promoción en las que se incluye expresamente el volumen de ausencias como criterio a tener en cuenta a la hora de poder optar a un ascenso¹⁸⁵.

A la vez que perjudica claramente la trayectoria laboral dentro de la empresa, la incapacidad temporal también aumenta las probabilidades de pérdida involuntaria del empleo¹⁸⁶. Por ejemplo, en un estudio sueco realizado al final de un periodo de crisis pudo verse que cada incapacidad de corta duración incrementaba el riesgo de ser despedido en un 6 %, mientras que cada incapacidad de media duración la aumentaba en un 17 % y una incapacidad de más de veintiocho días la elevaba hasta el 30 %¹⁸⁷. Este efecto alcanza a todos los trabajadores, pero es especialmente notable en el caso de los temporales, puesto que el coste para los empresarios de no prolongar o renovar la relación laboral si se ausentan en exceso del trabajo es muy reducido¹⁸⁸. No se han encontrado análisis tan detallados para nuestro país, aunque en un estudio realizado a principios de la crisis económica de 2008 pudo verse que un 8 % de los trabajadores inmersos en incapacidades temporales derivadas de contingencias comunes perdieron su trabajo durante la percepción de la prestación¹⁸⁹. Además, el riesgo de despido ligado a la incapacidad temporal parece seguir siendo alto, incluso cuando esta ha finalizado, durante los meses posteriores al alta médica¹⁹⁰. En fin, las ausencias de larga duración se relacionan, a través de la pérdida del empleo, con un incremento del riesgo de padecer desempleo de larga duración y, en última instancia, exclusión social¹⁹¹.

Por lo demás, el absentismo de media y larga duración también tiene costes humanos muy importantes para la salud de trabajadores que no cabe desdeñar. Esta razón apunta directamente a que los procesos derivados de incapacidades temporales deberían reducirse al menor tiempo posible. Ello se debe a que, de un tiempo a esta parte, ha podido demostrarse que la eficacia del reposo como prescripción terapéutica, al contrario de lo que se creía tradicionalmente, es muy limitada para un gran número de patologías¹⁹². El alargamiento excesivo de la incapacidad temporal ante cuadros

¹⁸⁵ Vid., validándolas, siempre que no se computen las ausencias debidas al permiso por maternidad o los procesos de incapacidad temporal causalmente relacionados con el embarazo, parto o lactancia, en cuyo caso serían discriminatorias por razón de sexo, las STSJ Asturias 24/02/2012 (Rec. núm. 3230/2011) y STSJ Madrid 28/06/2010 (Rec. núm. 2412/2010).

¹⁸⁶ YANIV, G.: 'Absenteeism and the risk of involuntary unemployment: A dynamic analysis', *The Journal of Socio-Economics*, núm. 2, (1991), p. 369.

¹⁸⁷ HESSELIUS, P.: 'Does sickness absence increase risk of unemployment?', *The Journal of Socio-Economics*, núm. 36, (2007), pp. 288 y ss.

¹⁸⁸ SCOPPA, V. y VURI, D.: 'Absenteeism, unemployment... p. 2.

¹⁸⁹ SAMPERE VALERO, M.: Reincorporación al trabajo... cit., p. 38.

¹⁹⁰ Vid., DOMÍNGUEZ MUÑOZ, A.; DE LA FUENTE MADERO, J. L.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M.; LÓPEZ PÉREZ, M. J.; GARCÍA RUIZ, P.; LÓPEZ PÉREZ, R. M.: 'Revisión de la distorsión clínica en la incapacidad temporal: nuevos procesos en los 18 meses tras el alta por inspección', *Behavior & Law Journal*, núm. 3, (2017), p. 44, indicando respecto de un pequeño grupo de trabajadores malagueños que se encontraban en incapacidad temporal en el año 2011 que, de los veinte pacientes que al cursar el alta estaban aún en pago delegado, siete habrían sido despedidos en el periodo posterior.

¹⁹¹ Eurofound: Employment and disability: Back to work strategies, Luxemburgo, 2004, p. 21.

¹⁹² GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A. y PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad laboral... cit., p. 32.

clínicos para los que la inactividad no debería formar parte del tratamiento puede llegar a ser incluso contraproducente para la salud. De hecho, cuanto más se alarga la ausencia de un trabajador, menor es la posibilidad de que pueda finalmente reincorporarse a su trabajo y mayor sea el perjuicio que sufra en su calidad de vida. Así, en un estudio canadiense pudo verse que la probabilidad de volver al trabajo para aquellas personas que permanecen de baja entre tres y seis meses es del 50 % y se reduce al 20 % cuando la ausencia se alarga hasta los doce meses¹⁹³.

Ello se debe a que la declaración de incapacidad favorece la pérdida de la rutina diaria, un mayor aislamiento social, la falta de realización personal que aporta el trabajo, un empeoramiento de la autoestima y un cambio de rol dentro de la unidad familiar, que puede acarrear el deterioro de las relaciones domésticas. La incapacidad temporal también puede implicar un alto grado de estigma social y supone un riesgo de padecer tratos discriminatorios, tanto dentro como fuera del ámbito laboral¹⁹⁴. Las anteriores circunstancias representan un riesgo para el bienestar de los trabajadores o, dicho de otro modo, son “*efectos adversos*”¹⁹⁵ de la incapacidad temporal que el facultativo debería ponderar antes de expedir un parte de baja o de confirmación. Como consecuencia, es posible que, en ocasiones, el absentismo acabe produciendo un deterioro del bienestar físico y mental del trabajador, que lo atrape en un círculo vicioso del cual resulta complicado escapar y que ciertas dolencias que hubieran podido curarse en todo o en parte se acaben cronificando.

3. Los perjuicios sobre el erario y la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social

En cuanto a los fondos públicos, el absentismo supone un riesgo para la estabilidad económica del sistema de Seguridad Social en su conjunto y también de las mutuas que colaboran en su gestión. Así, según el empresario esté asociado o no a una mutua y según la opción de aseguramiento realizada con respecto a las contingencias comunes, el INSS o la entidad colaboradora son responsables del pago de la prestación por incapacidad temporal en la parte que no corresponde al empresario. En el caso de las contingencias profesionales, el subsidio lo abonan dichas entidades a partir del primer día de incapacidad temporal por la cuantía que resulte de aplicar a la base reguladora un tipo de cotización del 75 %¹⁹⁶. Si la incapacidad temporal se produce por

¹⁹³ NIDMAR: Disability management in the workplace: A guide to establishing a joint workplace programme, Port Alberni, 1995, p. 3. En el mismo sentido, se recoge en PALMER, K. T. y BROWN, I.: ‘A general framework for assessing fitness for work’, en AA.VV. Fitness for Work: The Medical Aspects, Eds., HOBSON, J. y SMEDLEY, J., Oxford, 2013, p. 4, que una persona que se ausenta del trabajo por seis meses tiene solo un 50 % de posibilidades de reincorporarse, cifra que desciende al 25 % de posibilidades después de un año de ausencia y a un 10 % después de los dos años.

¹⁹⁴ EUROFUND: Return to work... p. 12.

¹⁹⁵ ‘Incapacidad temporal: Manual para el manejo en atención primaria’, editado en 2008 por la Sociedad Madrileña de Medicina de Familia y Comunitaria, p. 62.

¹⁹⁶ Art. 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

contingencias comunes, la entidad gestora o colaboradora asume el costo de la prestación a partir del día decimosexto de baja. En este caso, se aplica hasta el vigésimo día de baja un tipo del 60 % que, a partir del día vigésimo primero pasa a ser del 75 %, equiparándose desde entonces las cuantías correspondientes a las prestaciones por ambos tipos de contingencias. En términos absolutos, el gasto público en la prestación por incapacidad temporal en España, considerando los datos de la última década, tuvo su mínimo en los 5.014 millones de euros en el año 2013, habiendo crecido hasta duplicarse y alcanzar su máximo histórico ante la eclosión de la pandemia en 2020 con un gasto total de 10.776 millones de euros¹⁹⁷.

Específicamente, es de destacar el impacto económico que el absentismo por motivos de salud tiene sobre las cuentas de las mutuas que colaboran en la gestión de la incapacidad temporal con la Seguridad Social. Las mutuas son entidades privadas de Derecho Público, formadas por la asociación de diversos empresarios, que nacieron vinculadas históricamente al aseguramiento de las contingencias profesionales, pero que con el paso del tiempo han ido ampliando considerablemente sus funciones. Entre las mismas destaca la gestión económica de la prestación por incapacidad temporal por contingencias comunes, cuya cobertura pudieron empezar a formalizar las empresas con las mutuas a razón de la reforma operada por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. La financiación de dicha prestación la obtienen las mutuas, de acuerdo con el actual artículo 84.1 LGSS, mediante la entrega por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social de una fracción de la cuota que ingresan los empresarios asociados por dicha prestación, cuya cuantía se fija en la Orden de cotización dictada anualmente por el Ministerio de Trabajo. Pues bien, el incremento del gasto en el subsidio por incapacidad temporal asociado al aumento de los índices de absentismo por motivos de salud que se ha producido en los últimos años, sumado a la insuficiente fracción de la cuota que el ejecutivo ha atribuido a las mutuas, ha situado a estas entidades en una difícil situación de desequilibrio financiero¹⁹⁸.

A largo plazo, el problema más grave que generan las incapacidades laborales de los trabajadores es que suponen un verdadero reto para la sostenibilidad estructural del sistema de Seguridad Social. Conjuntamente, las prestaciones por incapacidad temporal e incapacidad permanente suponen en España un gasto que equivale al 2'4 %¹⁹⁹ del producto interior bruto nacional, significativamente por encima del conjunto de los países de la OECD, donde las compensaciones públicas por incapacidades laborales

¹⁹⁷ Informe Económico-Financiero a los presupuestos de la Seguridad Social de 2021, p. 289.

¹⁹⁸ Según el VII Informe Adecco sobre absentismo, del año 2018, p. 176, en concreto, considerando solo los ejercicios de los años 2016 y 2017, las mutuas acumularon resultados negativos por 793 millones de euros que colocaron a 18 de las 20 que actualmente conforman el sector en una situación de déficit respecto de esta prestación.

¹⁹⁹ Indicador de la OECD 'Public spending on incapacity', Recuperado de: <https://data.oecd.org/socialexp/public-spending-on-incapacity.htm> (Fecha de consulta 14/02/2019).

representan de media un valor equivalente al 1'7 %²⁰⁰. A este respecto, es cierto que el gasto público en prestaciones por incapacidad permanente es significativamente superior al de la incapacidad temporal, pero la segunda no merece una atención menor, en la medida en que representa la puerta de entrada a la primera. Es decir, la incapacidad temporal opera en la práctica como un precursor o desencadenante de la incapacidad permanente²⁰¹. Ello es especialmente evidente en España, donde la Ley explicita que *“la incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal”* (art. 193.2 LGSS).

Por lo tanto, la atención dispensada a los trabajadores en incapacidad temporal es un elemento fundamental para la adecuada gestión de la incapacidad permanente. Así, el transcurso de la baja médica es el momento en que debería intervenir preferentemente para prevenir, cuando sea posible, que las reducciones anatómicas o funcionales graves del trabajador puedan convertirse en definitivas. Como el regreso del trabajador al mercado laboral es más difícil cuanto más tiempo pase inactivo, los intentos de facilitar su reincorporación son mucho más efectivos si se producen durante la percepción de la incapacidad temporal y no al percibir ya la incapacidad permanente²⁰². Es más, en los estados europeos donde se ha conseguido disminuir recientemente el acceso a incapacidades permanentes ha sido gracias a políticas que han reducido también, con carácter previo, las tasas de absentismo laboral por enfermedad temporal²⁰³.

En el contexto demográfico actual, la clave para preservar los sistemas de Seguridad Social es el establecimiento de condiciones de trabajo y de vida que permitan a las personas entrar y mantenerse en el mercado de trabajo durante un extenso periodo de vida laboral²⁰⁴. La gestión de la incapacidad temporal debe enfocarse de forma que esta no constituya un antecedente directo de la salida prematura del mercado de trabajo de personas que están aún en edad de trabajar, ya sea, como se ha visto en el apartado anterior, a través del desempleo de larga duración, o, como acaba de verse, a través de la incapacidad permanente, con lo cual se magnifican y multiplican sus costes. Además, en este mismo sentido, ha podido verse que los problemas de salud que ocasionan las incapacidades temporales, también derivan en jubilaciones más tempranas²⁰⁵, con todo lo que ello implica para el mantenimiento de las pensiones. Este reto de que la incapacidad temporal no derive en la inactividad laboral se materializa, muy particularmente, en el tratamiento que deba darse a los trabajadores con

²⁰⁰ Informe de la OECD ‘Social Expenditure update 2019’ a enero del 2019, p. 2.

²⁰¹ OECD: *Sickness, Disability...* cit., p. 64.

²⁰² OSHA: *Rehabilitation and return...* cit., p. 61.

²⁰³ OECD: *Sickness, Disability...* cit., p. 65.

²⁰⁴ Eurofound: *Sustainable work over the life course: Concept paper*, Luxemburgo, 2015, p. 2.

²⁰⁵ OSHA: *Rehabilitation and return...* cit., p. 44.

enfermedades crónicas, un fenómeno al alza en la Unión Europea, cuya prevalencia aumenta cada vez más, arrastrada por el progresivo envejecimiento de la población²⁰⁶.

IV. LA OTRA CARA DE LA MONEDA: EL PRESENTISMO LABORAL

Si el absentismo se ha definido como el resultado de un proceso de decisión influido por todos los factores a los que se ha hecho referencia, no tendría sentido ignorar que el mismo proceso puede desembocar en la dirección opuesta. Es decir, cuando el trabajador que se levanta con malestar por la mañana y tiene que optar, en escasos minutos, de forma más o menos deliberada, entre llamar a la empresa para avisar de su ausencia o prepararse para acudir al trabajo, la balanza no se inclina siempre de un mismo lado. Así, dicho trabajador puede preferir la segunda opción, por ejemplo, porque considera que su ausencia le ocasionará una disminución excesiva de su renta o porque su nivel de satisfacción laboral es tan alto que le compensa acudir a trabajar, incluso encontrándose mal. Para referirse a este fenómeno se utiliza en el ámbito internacional de las ciencias empíricas la expresión presentismo laboral o presentismo por enfermedad (*sickness presenteeism*), un término acuñado en los años noventa para ser usado en contraposición al concepto intermedio de absentismo que se ha adoptado en el presente estudio.

Siguiendo de nuevo a Eurofound²⁰⁷, el presentismo puede definirse como aquella *“práctica consistente en que un trabajador acuda a trabajar incluso cuando siente un malestar de tal grado que le impide hacerlo eficazmente, a causa de factores como el sentimiento de lealtad hacia la empresa y los demás trabajadores o la presión externa”*. De acuerdo con esta noción, no se considera presentismo acudir al trabajo con cualquier tipo de dolencia, sino que tal fenómeno queda circunscrito únicamente al padecimiento de patologías que afectan a la capacidad laboral y al rendimiento del trabajador. Es decir, debe producirse un descenso en la productividad que pueda relacionarse causalmente con el padecimiento de una enfermedad, algo que depende del trabajo desempeñado en cada caso²⁰⁸. Así, por ejemplo, una lesión de rodilla no tiene por qué afectar a un trabajador de oficina, pero sí puede afectar el desarrollo de las tareas de un repartidor, por lo que solo en este último caso estaríamos hablando de presentismo.

En España, el uso de la palabra presentismo ha sido ampliado más allá de su significado original, para emplearse también en referencia a la presencia improductiva del trabajador en su puesto de trabajo, por causas distintas a la salud. Así, se ha utilizado para hacer referencia a cualquier conducta de dejación de funciones que el trabajador adopte durante la jornada laboral como, por ejemplo, el alargamiento de los descansos,

²⁰⁶ Eurofound: *How to respond...* cit., p. 2.

²⁰⁷ Eurofound: *Absence from work...* cit., p. 11.

²⁰⁸ GOSSELIN, E.: ‘The Dynamic of assiduity at work: presenteeism and absenteeism’, AA.VV.: *Presenteeism at work*, Eds. COOPER, C. L. y LU, L., Cambridge, 2018, p. 126.

las distracciones o la dedicación a cuestiones de índole personal²⁰⁹. En especial, esta acepción suele vincularse últimamente a la procrastinación y al debate sobre el uso de internet y de los dispositivos electrónicos por parte de los empleados y las vías de control empresarial sobre el mismo²¹⁰. Sin duda, este es también un problema que repercute en la productividad de las empresas y que es de indudable interés para el Derecho del Trabajo (de media, un trabajador de oficina puede estar dedicando a asuntos propios más de una hora diaria de tiempo de trabajo²¹¹), pero no tiene cabida en el presente trabajo por desvincularse de la salud y de su incidencia sobre la presencia o ausencia del trabajador de su puesto de trabajo.

Aunque la indagación en el fenómeno del presentismo es relativamente reciente, los datos empíricos disponibles evidencian su importancia. Según el sexto *European Working Conditions Survey* realizado por Eurofound, un 42 % de los trabajadores europeos habrían incurrido en prácticas presentistas en 2015, resultado una media aritmética de tres días de presentismo por trabajador y año²¹². Estos datos son consistentes con estudios similares realizados a nivel nacional, por ejemplo, en Francia, donde un 41 % de trabajadores fueron presentistas entre uno y dos días al año²¹³. Los resultados son algo inferiores en el mayor estudio realizado hasta el momento en España²¹⁴, en el que se indica que un 28 % de los trabajadores encuestados declararon haber ido a trabajar a pesar de sentir que deberían haber solicitado la baja laboral por su estado de salud. De entre ellos, el grupo más numeroso (18 %) fue el de los que señalaron haber incurrido en presentismo laboral entre dos y cinco ocasiones a lo largo del último año.

Pese a que, como se ve, el presentismo no es, ni mucho menos, un suceso anecdótico, recibe claramente una atención menor que el absentismo. Ello puede deberse a que, al pasar desapercibido, los costes a los que da lugar resultan difíciles de

²⁰⁹ Por ejemplo, en el VIII Informe Adecco sobre absentismo, del año 2019, p. 61, se define el presentismo como “*la práctica, más o menos habitual, de estar presente en el puesto de trabajo, pero dedicando el tiempo a asuntos no relacionados con la tarea asignada*”. También se acoge a esta noción IGARTÚA MIRÓ, M. T.: Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario, Valencia, 2018, p. 302.

²¹⁰ Vid., BOLTAÍNA BOSCH, X.: ‘Telecomunicaciones. Uso de nuevas tecnologías. Derechos y deberes de los empleados públicos. Internet y correo electrónico de los empleados públicos: derechos, deberes y límites a su uso y control’, *La Administración Pública*, núm. 12, (2015), p. 8 de la versión digital, basándose en el mismo informe de Adecco.

²¹¹ D’ABATE, C. P. y EDDY, E. R.: ‘Engaging in Personal Business on the Job: Extending the Presenteeism Construct’, *Human Resource Development Quarterly*, núm. 3, (2007), p. 376.

²¹² Eurofound: Working conditions... cit., p. 11.

²¹³ DENIS, T.; BAR-HEN, A. y LOUNISSI, R.: ‘Hierarchizing Determinants of Sickness Presenteeism: an Empirical Analysis of French Data’, *Annual Convention for Inclusive Growth*, Bruselas, 2019.

²¹⁴ NAVARRO, A.; SALAS-NICOLÁS, S.; MONCADA, S.; LLORENS, C. y MOLINERO-RUIZ, E.: ‘Prevalence, associated factors... cit., pp. 3 a 6.

identificar y cuantificar²¹⁵. Con todo, existen estudios²¹⁶ que apuntan a que, cuando se produce, el presentismo es potencialmente más perjudicial de lo que lo es el absentismo para las empresas y para el sistema económico en general, por varios motivos. Primero, el coste más inmediato que se deriva del presentismo es la pérdida de productividad del trabajador que, pese a estar teóricamente prestando trabajo, ve su rendimiento afectado por su estado de salud. Segundo, los trabajadores presentistas pueden sufrir, a la larga, problemas de salud considerablemente más serios que el resto de trabajadores que, en condiciones similares, dedican un periodo de tiempo adecuado a su recuperación²¹⁷, aumentándose, a fin de cuentas, su índice de absentismo. Ello conecta directamente con el hecho de que el presentismo puede incrementar el riesgo de que se produzcan accidentes laborales, al no estar los trabajadores en pleno uso de sus facultades. Y tercero, cuando un trabajador acude a su centro de trabajo con una enfermedad infecciosa puede contagiarla fácilmente a otros trabajadores, de manera que el ahorro de una ausencia individual se acaba traduciendo en una multiplicidad de ausencias que hubieran podido evitarse²¹⁸.

A este último respecto, aunque los efectos epidemiológicos del presentismo laboral ya habían sido estudiados en el seno de la medicina preventiva, sobre todo en relación con la gripe, a raíz de la pandemia de la COVID-19 han alcanzado una relevancia sin precedentes. Desde su eclosión, el hecho de que un trabajador pueda acudir a trabajar con síntomas de infección respiratoria supone un riesgo muy importante para la salud laboral y la salud pública, que también puede tener consecuencias graves para la organización empresarial. En efecto, además de los evidentes costes humanos, la transmisión laboral del virus puede suponer la puesta en cuarentena de la plantilla de parte o todo el centro de trabajo o unidad productiva y el cese temporal completo de su actividad empresarial. Aun así, el 13 % de los trabajadores que continuaron trabajando durante el estado de alarma declarado en marzo del 2020, en el momento de máxima expansión del coronavirus, afirmaron haberlo hecho en algún momento con síntomas compatibles con la infección²¹⁹.

²¹⁵ SCHULTZ, A. B.; CHEN, C. y EDINGTON, D. W.: 'The cost and impact of health conditions on presenteeism to employers. A review of literature', *Pharmacoeconomics*, núm. 5, (2009), p. 347.

²¹⁶ WADA, K.; ARAKIDA, M.; WATANABE, R.; NEGISHI, M.; SATO, J. y TSUTSUMI, A.: 'The Economic Impact of Loss of Performance Due to Absenteeism and Presenteeism Caused by Depressive Symptoms and Comorbid Health Conditions among Japanese Workers', *Industrial Health*, núm. 51, (2013), p. 486.

²¹⁷ Eurofound: Absence... cit., p. 11 y, en el mismo sentido, European Commission: Sick pay and sickness benefit schemes in the European Union, Luxemburgo, 2016, p. 27.

²¹⁸ PICHLER, S. y ZIEBARTH, N.: 'The pros and cons of sick pay schemes: Testing for contagious presenteeism and noncontagious absenteeism behavior', *Journal of Public Economics*, núm. 156, (2017), encuentran una correlación directa entre el nivel de protección que se ofrece en distintos países a los trabajadores en situación de incapacidad temporal y la incidencia que tiene sobre la población en general una patología de fácil transmisión como la gripe.

²¹⁹ SALAS NICOLÁS, S.; LLORENS SERRANO, C.; NAVARRO, A. y MONCADA, S.: Condiciones de trabajo, inseguridad y salud en el contexto del COVID-19: un estudio en la población asalariada, Barcelona, 2020, pp. 11 a 13 y 19. En dicho comportamiento influyó seguramente el impagable compromiso laboral de

Por todo ello, aunque la ausencia del trabajador resulta claramente infructuosa para la empresa, su presencia en el puesto de trabajo que le corresponda no tiene por qué resultar necesariamente más positiva. Y esta no es una afirmación banal, puesto que no es infrecuente que, en el ámbito jurídico, se den erróneamente por válidas proposiciones como que *“la mayor asistencia al puesto de trabajo determina un mayor rendimiento individual”*²²⁰. Es evidente que un trabajador ausente no es productivo, pero no por ello debe asumirse sin reparos que su ubicación física en su puesto de trabajo es por sí misma suficiente para satisfacer el interés contractual del empresario. Por consiguiente, no puede caerse en el equívoco de pretender garantizar a toda costa la asiduidad del trabajador, creyéndose que así se mantendrá incólume el rendimiento que se obtiene de su trabajo.

En cuanto a las causas del presentismo, tampoco se ha adquirido un nivel de conocimiento tan avanzado como en el caso del absentismo. Con todo, los estudios existentes permiten adivinar que existe una relación intensa entre el presentismo y las variables que afectan al absentismo, aunque no todas actúan en la misma dirección. Así, el mínimo común denominador entre absentismo y presentismo es el mal estado de salud del trabajador. Ello explica que, igual que ocurre con el absentismo, los trabajadores más jóvenes sean generalmente menos presentistas que los más mayores²²¹ o que parte de los trabajadores que incurren en prácticas presentistas de forma persistente tiendan también a acabar ausentándose más de su trabajo²²², porque es insostenible seguir trabajando con normalidad pese al padecimiento de problemas crónicos de salud. En relación con el estado de salud, el presentismo también correlaciona con las condiciones de trabajo que lo afectan de forma negativa, por lo que es más frecuente, por ejemplo, entre quienes trabajan más de cuarenta y ocho horas a la semana²²³. Esto significa que cuando se adopten acciones de prevención del absentismo orientadas a mejorar la salud y la calidad de vida laboral de los trabajadores, también se estará previniendo el presentismo laboral, porque ambos fenómenos comparten una raíz común. Se trata, sin duda, de un beneficio adicional nada

algunos trabajadores esenciales (se detectó una mayor incidencia de presentismo entre trabajadores sanitarios y sociosanitarios), pero también las dificultades económicas (el presentismo fue el doble de prevalente entre los trabajadores con dificultades para llegar a fin de mes respecto a aquellos cuyo salario les permite cubrir sus necesidades) y la inseguridad laboral (un 46 % de los trabajadores encuestados temían por la pérdida de su empleo).

²²⁰ STSJ Cataluña 29/03/2007 (Rec. núm. 4/2007) justificando, al enjuiciar la validez de un complemento retributivo por asistencia, que *“es lícito establecer un complemento salarial que retribuya esa superior productividad del trabajador”*.

²²¹ Vid., DENIS, T.; BAR-HEN, A. y LOUNISSI, R.: ‘Hierarchizing Determinants... cit., p. 1 y NAVARRO, A.; SALAS-NICOLÁS, S.; MONCADA, S.; LLORENS, C. y MOLINERO-RUIZ, E.: ‘Prevalence, associated factors... cit., pp. 3 a 6.

²²² DENIS, T.; BAR-HEN, A. y LOUNISSI, R.: ‘Hierarchizing Determinants... cit., p. 1.

²²³ NAVARRO, A.; SALAS-NICOLÁS, S.; MONCADA, S.; LLORENS, C. y MOLINERO-RUIZ, E.: ‘Prevalence, associated factors... cit., pp. 3 a 6.

desdeñable, digno de consideración entre las ventajas que presentan este tipo de políticas.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con los factores motivacionales que orientan el absentismo laboral, que parecen actuar sobre el presentismo en sentido inverso. Así, el presentismo es más frecuente entre quienes sufren una mayor presión psicológica, por ejemplo, porque aportan la única renta del hogar familiar o trabajan en empresas que han reducido recientemente su plantilla. Además, cuando se les pregunta a los propios trabajadores por las razones que los llevan a trabajar enfermos, algunas de las que mencionan con más frecuencia son de carácter económico, como la imposibilidad de asumir el coste de una baja laboral (36 % de los casos) o el temor a perder el trabajo (27 % de los casos)²²⁴. De ello puede extraerse el razonamiento lógico de que, si bien reducir la rentabilidad económica de la ausencia o la estabilidad laboral puede reducir el absentismo, también puede generar o agravar el presentismo laboral. Es decir, el aumento de la presión institucional o empresarial ejercida para desincentivar la ausencia podría resultar contraproducente y provocar la perjudicial asistencia de trabajadores enfermos, cuyo estado de salud hubiera requerido su reposo. Este riesgo merece ser tenido en cuenta a la hora de adoptar decisiones sobre políticas públicas, sociales y empresariales de carácter antiabsentista orientadas a la atenuación del riesgo moral, para que no se conviertan en vasos comunicantes entre absentismo y presentismo.

En el contexto jurídico, la reflexión sobre el presentismo laboral todavía es, si cabe, más incipiente que en las ciencias empíricas. Como se verá, no ha sido una cuestión tradicionalmente atendida con especial interés entre la doctrina laboralista, a salvo de algunas destacadas menciones entre las argumentaciones en contra del despido objetivo por absentismo del derogado artículo 52.d ET. Tampoco ha sido nunca un elemento determinante en las decisiones de política del Derecho que han guiado, por ejemplo, la configuración legal actual de la incapacidad temporal. Ello se debe a que las sucesivas reformas que la han ido conformando se han apoyado en las enseñanzas de la teoría del riesgo moral, en cuya explicación del absentismo se omite cualquier referencia a su intensa conexión con el presentismo. Así, la teoría del riesgo moral se centra en modular las decisiones de los trabajadores hacia su asistencia al trabajo, sin considerar que no se trata siempre de la opción más deseable.

La introducción de la variable presentismo en el debate jurídico sobre el absentismo laboral es indispensable, porque lo dota de matices con implicaciones personales y económicas de calado que no deben pasar desapercibidas. La consideración del presentismo pone de manifiesto una idea tan relevante como que el

²²⁴ Ibid. Con resultado cualitativamente muy similares para empresas del Reino Unido Vid., BAKER-McCLEARN, D.; GREASLEY, K.; DALE, J. y GRIFFITH, F.: 'Absence management and presenteeism: the pressures on employees to attend work and the impact of attendance on performance', *Human resource management journal*, núm. 3, (2010), p. 324.

absentismo puede ser un indicador engañoso si se toma como única medida de la productividad laboral de una organización o una economía nacional. Asimismo, también evidencia, entre otras cuestiones, que la búsqueda del equilibrio ideal entre ausencia y presencia de los trabajadores, siempre según lo que aconsejen sus condiciones médicas, es un horizonte más razonable que el de perseguir indiscriminadamente la máxima anulación del absentismo laboral, sin tener en cuenta las contrapartidas que deberían soportarse por la consecución de semejante aspiración.

V. LA HETEROGENEIDAD DEL ABSENTISMO MÉDICO Y SU INTERACCIÓN CON EL PRESENTISMO COMO MARCO DE REFERENCIA PARA SU TRATAMIENTO INTEGRAL

El absentismo constituye el resultado de la convergencia de una multiplicidad de factores fuertemente interconectados. De entre todos ellos, la salud es el factor más importante, pero solo es enteramente determinante cuando se ve gravemente perjudicada. Dicho de otro modo, la variable salud tiene su peso en la mayoría de las ausencias, pero no explica lo inexplicable²²⁵. Es decir, contemplada en solitario, no proporciona una justificación razonable al comportamiento global del absentismo laboral, en el que influyen otros factores endógenos y exógenos relativos al trabajador. La observación de esta realidad permite establecer una clasificación²²⁶ de los procesos por incapacidad temporal que resulta útil para tratar adecuadamente el fenómeno, porque comporta la diferenciación de tres tipologías de ausencias en relación con las que deberían establecerse objetivos distintos. De lo contrario, la concepción del absentismo médico como un fenómeno uniforme solo puede llevar a soluciones que serán siempre parciales y posiblemente descompensadas.

En primer lugar, estarían los supuestos perfectamente lícitos en los que la incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo está fuera de toda duda razonable, porque obedece a una aflicción objetiva, contrastable y claramente incompatible con el trabajo. Es decir, la incapacidad temporal es una prescripción médica necesaria e inevitable ante un trabajador que presenta un cuadro clínico de importante deterioro biológico, ya sea físico o mental. Así, no influyen en su declaración

²²⁵ VICENTE PARDO, J. M.: 'La gestión de la incapacidad... cit., p. 155.

²²⁶ La distinción que aquí se plantea no es idéntica, pero resulta similar a la ofrecida en otros estudios sobre el absentismo laboral. Así SANDERS, K. y HOEKSTRA, S. K.: 'Informal networks... cit., p. 151, hablan de "*absentismo blanco*" cuando es claro que un trabajador está enfermo y no puede trabajar, "*absentismo gris*" cuando es causado por enfermedades psicológicas o psicosomáticas difíciles de diagnosticar como el dolor de cabeza, de estómago o el cansancio, y de "*absentismo negro*" para referirse a las ausencias ilegales respecto de las cuales el trabajador se ha declarado enfermo sin estarlo en absoluto. A su vez, EHRENBERG, R. G.; EHRENBERG, R. A.; REES, D. I.; EHRENBERG, E. L.: 'School district leave policies, teacher absenteeism, and student achievement', National Bureau of Economic Research, núm. 2874, (1991), p. 3, plantean una clasificación en la que hacen referencia a "*enfermedades serias*" que impiden claramente ir a trabajar, "*enfermedades menores*" que permiten cierto margen de decisión y "*vacaciones pagadas*" cuando los trabajadores no sufren en realidad ningún problema de salud.

más que consideraciones sanitarias, quedando completamente al margen todo tipo de apreciaciones sobre la conveniencia de ausentarse que guarde en su fuero interno. A este respecto se habla también de “*absentismo positivo*”²²⁷ resaltando el hecho de que, en este tipo de casos, la ausencia del trabajador resulta claramente la opción más adecuada tanto para el propio interesado como para la empresa, que no obtendría ningún provecho de su asistencia al trabajo.

En relación con este tipo de absentismo, la incapacidad temporal tiene que verse como una inversión en el estado de salud del trabajador, que permitirá idealmente evitar su mayor deterioro y mantener su productividad a largo plazo. Evidentemente, las contingencias que afectan a la salud son una eventualidad propia y, en última instancia, inevitable en los seres humanos, por lo que, ni siquiera desde el punto de vista de las políticas antiabsentistas más ambiciosas puede presentarse como un problema la concurrencia de un nivel de ausencias de los trabajadores que no exceda lo natural²²⁸. Las políticas de prevención y control del absentismo deben contemplar necesariamente este margen de normalidad y no fijarse nunca como objetivo la erradicación total de las ausencias relacionadas con causas de salud de los trabajadores, porque estarían ignorando este aspecto. De hecho, como acaba de verse al tratar los problemas derivados del presentismo, conviene intentar evitar que los trabajadores que se encuentran en esta situación se vean empujados a trabajar.

En segundo lugar, se encontrarían los supuestos con una base patológica real, pero en los que, por su relativa gravedad, seguramente influyen también en la decisión otro tipo de factores externos. En estos casos, la clave estaría en intentar disminuir al mínimo el absentismo innecesario (evitar las ausencias por dolencias leves, con las que se podría seguir trabajando sin riesgo para la salud o incidencia significativa en la productividad) sin que aumentara el presentismo negativo (atraer a personas cuyo estado de salud pueda verse perjudicado por el trabajo o pueda afectar al de los demás). En la difícil persecución de dicho equilibrio se tratará normalmente de influir en alguna de las dos decisiones consecutivas de las que depende la declaración o la continuidad de la incapacidad temporal: (i) la decisión del trabajador entre si acudir a trabajar o no y (ii) la decisión del facultativo médico sobre si declarar la existencia o continuidad de una situación jurídica de incapacidad temporal. Aunque desde un punto de vista estrictamente jurídico la incapacidad temporal sea una situación ajena a la voluntad del trabajador, cuya existencia depende de la decisión técnica de un tercero, la evidencia científica demuestra que, en verdad, esta depende en un grado importante de la posición subjetiva que se coloque, a partir de los condicionantes internos y/o externos que le afectan.

²²⁷ Institute for Employment Studies: Managing sickness absence in the police service, Brighton, 2007, p. 11.

²²⁸ GOSELIN, E.: ‘The Dynamic of assiduity... cit., p. 130.

La decisión del trabajador entre si ir a trabajar, aunque le suponga alguna dificultad o esfuerzo adicional, o solicitar la baja es relevante porque, cuando el deterioro del estado de salud del trabajador es relativo, entran en juego los factores motivacionales. De ahí lo implantada que está en nuestro lenguaje coloquial la expresión “*cogerse la baja*”, que aparece dotada de una cierta connotación exigente y que se utiliza en referencia a aquellas situaciones en las que el trabajador acude al médico con la intención previa de ser declarado en situación de incapacidad temporal²²⁹. Para enfatizar esta misma cuestión, también se ha hablado de la incapacidad temporal como una “*prestación a demanda*”²³⁰. Lo mismo ocurre con las altas médicas, que no dependen de motivos exclusivamente médicos, sino que también pueden verse influidas por la solicitud del trabajador. Si ello no fuera así, no se darían algunas malas prácticas empresariales, en las que se entrará más adelante, consistentes en presionar a los empleados para que se reincorporen a su puesto de trabajo antes de estar recuperados, porque todos los intentos serían en vano.

Seguidamente, corresponde al facultativo médico adoptar su decisión y puede decirse que, en caso de duda, esta depende esencialmente del grado de severidad o benevolencia con el que se aplique el concepto de incapacidad temporal. Así, no es exigible que para acceder a la incapacidad temporal al trabajador le resulte materialmente inviable llevar a cabo la prestación laboral, pero sí debería requerirse que, al menos, le resulte excesivamente oneroso²³¹. La aplicación en la práctica del concepto de incapacidad temporal comporta la disposición de un importante grado de discrecionalidad técnica, en la medida en que se trata de un concepto jurídico²³² y médico²³³ indeterminado –no puede fijarse *a priori* con exactitud ni objetividad qué nivel concreto de malestar se considera incapacitante en cada caso-. Como se ha indicado, la extensión de la baja no deja de ser una valoración individual del médico que, como tal, está sujeta a un nivel importante de variabilidad²³⁴. Por lo tanto, no es de extrañar, hasta cierto punto, que el cambio de médico produzca también cambios

²²⁹ Vid., VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A.: ‘Los factores psicosociales... cit., p. 52. Curiosamente, tratando de evitar esta utilización del lenguaje para evitar “*confusiones malintencionadas*” CCOO indica en su documento informativo, ‘Incapacidad temporal y mutuas: Qué hay que saber’, p. 19, publicado en fecha desconocida por la federación de servicios a la ciudadanía, que “*las bajas no se cogen, las bajas las propone y ejercita un profesional de la medicina*”.

²³⁰ VADILLO RUIZ, J. J.: ‘Las incapacidades temporales... cit., p. 842.

²³¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: ‘El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el sistema español de Seguridad Social’, en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017, p. 43.

²³² De acuerdo con, FERNÁNDEZ PRATS, C.: La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social, Valencia, 2011, p. 51, “*El problema que se plantea en relación con esta cuestión es que el ordenamiento jurídico no establece cuándo una alteración de la salud reviste la suficiente intensidad como para incapacitar al sujeto para el desempeño de su trabajo*”.

²³³ Como indican, VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A.: ‘Los factores psicosociales... cit., p. 62, la línea divisoria entre capacidad e incapacidad no siempre es clara, ni para el médico de atención primaria, ni tampoco para quienes ejercen competencias de control sobre la actuación del mismo.

²³⁴ VICENTE PARDO, J. M.: ‘La gestión de la incapacidad... cit., p. 147.

relevantes sobre las tasas de absentismo de un mismo grupo de trabajadores²³⁵. En atención a dicha variabilidad se habla, en efecto, tanto de médicos hiperprescriptores como hipoprescriptores, cuando conceden, respectivamente, un número significativamente superior o inferior de bajas laborales en comparación con las que expiden, de media, sus compañeros de profesión²³⁶.

Por último, aparecerían los supuestos de fraude, en los que no existe ningún problema de salud real o este es tan nimio que en el reconocimiento médico previo a la declaración de incapacidad intervienen elementos de clara exageración o sobredimensión. Este tercer grupo de supuestos se caracteriza esencialmente por el hecho de que el trabajador incurre en dolo, tratándose, por tanto, de una desviación consciente y deliberada de los fines de la incapacidad temporal, marcada por la mala fe de quien la lleva a cabo. A este respecto, es del todo claro que las políticas antiabsentistas deben tender a la eliminación completa de las conductas fraudulentas. Si bien, a la hora de plantear cómo se lleva a cabo dicha supresión, habrá que tener en cuenta que, como ya se ha visto *supra*, los motivos por los que los trabajadores simulan una enfermedad no son siempre tan espurios como pueda parecer²³⁷. Por ello, al margen de la detección y sanción del fraude, deberían proporcionarse, de forma complementaria, soluciones adecuadas, por ejemplo, para los trabajadores que sufren violencia en el trabajo o que requieren atender al cuidado de sus seres queridos, con el fin de prevenir que se refugien indebidamente en la incapacidad temporal.

Una vez expuesta la diversidad de supuestos de hecho que pueden ampararse en una situación de incapacidad temporal, se entiende la complejidad del fenómeno del absentismo y su necesidad de ser tratado desde distintos puntos de vista o, lo que es lo mismo, con un enfoque integral. De ello depende la posibilidad de proporcionar una respuesta global y efectiva al problema, pues es evidente que el tratamiento que deba darse a cada tipo de ausencia no tiene por qué coincidir. Enunciándolo en términos muy básicos, no por más controlar y desincentivar sus ausencias los trabajadores dejarán de ponerse verdaderamente enfermos. Y no por mejorar su salud los trabajadores dejarán de atender a otros motivos personales que puedan llevarlos a ausentarse ilícitamente. En consecuencia, no cabe presentar las diversas opciones que existen en cuanto a políticas antiabsentistas de forma antagónica o excluyente, sino que, en mi opinión, las dos ópticas, preventiva y de control, que se analizan en los siguientes capítulos son

²³⁵ GODOY, A. y DALE-OLSEN, H.: 'Spillovers from gatekeeping-peer effects in absenteeism', *Journal of Public Economics*, núm. 167, (2018), p. 191.

²³⁶ CALDAS BLANCO, R. et. al.: 'Incapacidad temporal... cit.', p. 120. Cabe entender, por la comparación de ambos perfiles, que la familiaridad con el paciente puede influir en la concesión de bajas, puesto que los médicos hiperprescriptores son titulares, llevan un mayor tiempo medio de ejercicio en la misma plaza y trabajan en zonas rurales.

²³⁷ Similarmente, se afirma en AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 21, que "La actuación para evitar usos abusivos de la IT no puede dejar de tener presente que la existencia de espacios de desprotección constituye una realidad diferente al puro fraude".

complementarias, y por sí mismas insuficientes, para proporcionar la solución más eficaz y respetuosa con todos los intereses en juego²³⁸.

CAPÍTULO SEGUNDO:

²³⁸ Vid., similarmente, VILLAPLANA GARCÍA, M. D.: El absentismo laboral... cit., p. 18.

LA PREVENCIÓN DEL ABSENTISMO A TRAVÉS DE LA MEJORA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES Y LA CALIDAD DE VIDA LABORAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La primera forma de abordar el absentismo laboral debería ser atacar directamente la que es su principal causa: el deterioro del estado de salud del trabajador. Desde un punto de vista pragmático, la mejora de la salud de los trabajadores es beneficiosa para todos los actores implicados por el absentismo laboral y permite incidir sobre la mayoría de ausencias médicamente certificadas, aunque no sobre aquellas movidas por fines exclusivamente fraudulentos. Además, al adoptar este tipo de políticas, no se corre el riesgo de generar un mayor presentismo entre los trabajadores, a diferencia de lo que puede ocurrir al querer contener el riesgo moral, sobre todo a través de incentivos económicos negativos. Al revés, la consecución de un entorno de trabajo caracterizado por la buena calidad de vida laboral se relaciona empíricamente, de forma simultánea, con índices menores de absentismo y presentismo laboral²³⁹. Por todo ello, en torno a las concretas medidas adoptadas en este ámbito se genera un nivel muy alto de aceptación entre la doctrina laboralista, que contrasta con la división suscitada por las políticas dirigidas a la atenuación del riesgo moral²⁴⁰.

Por lo que se refiere a las fuentes de carácter estatal, la impresión es que ni el legislador, ni los órganos administrativos que aplican la normativa laboral han estado nunca realmente dispuestos a explorar seriamente esta vía de aminoración del absentismo desde la mejora del medio ambiente de trabajo. Algo similar ocurre con los agentes sociales, que reconocen que el bienestar laboral es un buen remedio frente al absentismo, pero establecen cláusulas negociales que normalmente no van más allá de las declaraciones retóricas sin verdadera eficacia normativa. En general, la influencia de esta perspectiva preventiva del absentismo laboral está lejos de poder equipararse a la dirigida a la atenuación del riesgo moral que, como podrá comprobarse, ha sido siempre el punto de referencia hegemónico a la hora de tratar jurídicamente las instituciones normativas más relacionadas con la cuestión. Dicho desequilibrio explica metodológicamente el peso considerablemente mayor que adquiere en este estudio el tratamiento de las políticas de fiscalización del absentismo laboral. Vaya por delante, no obstante, que las políticas de mejora de la calidad de vida laboral merecerían adquirir una relevancia comparable.

²³⁹ Eurofound: *Sixth European Working...* cit., p. 112.

²⁴⁰ Vid., por ejemplo, OLARTE ENCABO, S.: 'Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo', *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 20, (2011), p. 16 de la versión digital, señalando que este "es el tipo de medidas que entendemos se deben potenciar; las que impliquen una mejora de gestión realmente y no una mera exclusión de la protección con el único horizonte de reducir costes."

Los epígrafes siguientes, en los que se examinan disposiciones legislativas que son sistemáticamente incumplidas, que han demostrado ser establecidas con un alcance claramente insuficiente o que resultan económicamente disfuncionales, constituyen una buena muestra de lo que se acaba de afirmar. También se recopilan varias propuestas que hubieran merecido una valoración positiva, pero no han llegado ni siquiera a ver la luz. Hay otras que, habiéndose aprobado, se mantienen vigentes pero carentes del desarrollo necesario para ser jurídicamente vinculantes. E, igualmente, se analiza alguna medida que ya ha sido derogada antes de llegar a ser efectivamente desplegada. Por último, se detallan las tendencias principales que ha seguido la negociación colectiva en esta materia, que van en una misma línea, estableciendo unas pocas medidas de dudosa eficacia práctica. Tal vez el único motivo para optimismo resida, por lo tanto, en la constatación del amplísimo margen de mejora normativa y de gestión que existe en este campo.

II. LA PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN LABORAL DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

Si se entiende que la principal causa de absentismo laboral es el deterioro del estado de salud del trabajador, cualquier pretensión empresarial mínimamente coherente y honesta de reducirlo debe de partir, como base elemental, del propósito de evitar que sea el propio trabajo el que perjudique dicho estado de salud. En este sentido, las políticas antiabsentistas de cariz preventivo conectan directamente, aunque no solo, con la legislación estatal sobre prevención de riesgos laborales²⁴¹. Esta normativa obliga al empresario a proteger al trabajador no solo frente a los riesgos físicos derivados de las características del espacio de trabajo y los instrumentos, equipos, agentes físicos, químicos o biológicos que allí puedan encontrarse, sino también frente a aquellos riesgos psicosociales derivados de las condiciones de trabajo que puedan tener una influencia significativa en la salud y la seguridad (art. 4.7 LPRL). Así es evidente que, cuanto menos eficaz sea el empresario en el cumplimiento de su deber de protección de los trabajadores, mayor es la tasa de absentismo que cabe esperar. Este fenómeno se aprecia con claridad en España, donde las horas perdidas por incapacidad temporal derivada de accidentes de trabajo correlacionan directamente con los índices de siniestralidad laboral²⁴².

Pues bien, partiendo de lo anterior y desde la perspectiva jurídica del presente trabajo, corresponde centrarse en la consideración que nuestro ordenamiento preventivo confiere al fenómeno del absentismo laboral. Como se verá a continuación,

²⁴¹ Vid., en este sentido, SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal*, Valencia, 2005, p. 100, manifestando que además del poder de control, los empresarios tienen a su disposición para combatir el fenómeno del absentismo medios como una política efectiva de prevención de riesgos laborales o una correcta organización del trabajo.

²⁴² BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: 'Absentismo laboral... cit.', p. 135.

desde el punto de vista de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, y en coherencia con la evidencia empírica, el absentismo es, ante todo, un indicador de la (mala) salud y la calidad de vida laboral de los trabajadores, que revela la posible presencia de factores laborales perjudiciales para la integridad física o mental. En términos simbólicos, puede decirse que, en tanto que se ha probado que las condiciones de trabajo y el ambiente organizacional son una de las posibles causas de las ausencias de los trabajadores, a efectos de preventivos, el absentismo no se considera un inconveniente en sí mismo, sino un síntoma o una manifestación posiblemente reveladora de un verdadero problema, previo y originario, presente en la organización empresarial.

Es por ello que la información sobre el absentismo laboral es un elemento de estudio muy útil en el marco de la vigilancia de la salud de los trabajadores. En este sentido, la vigilancia de la salud, como deber empresarial recogido en el artículo 22.1 LPRL, es una medida de acción preventiva que permite la observación de los daños producidos o con posibilidad de producirse en la integridad de los trabajadores a consecuencia de la manifestación de distintos riesgos del trabajo, con el fin de detectar y valorar cualquier desviación de la normalidad y mejorar así la acción preventiva global²⁴³. Dicha vigilancia sirve, en el plano colectivo, para detectar y actuar sobre riesgos laborales que puedan afectar indistintamente a un conjunto de trabajadores y, en el plano individual, para analizar la interrelación entre las condiciones de trabajo y el estado de salud de un trabajador determinado, que pueda verse afectado de modo particular.

Antes de entrar en detalle en el análisis de la relevancia jurídica del absentismo en ambas dimensiones de la vigilancia de la salud, es interesante reparar en que, como denominador común, siempre que el ordenamiento preventivo se refiere a la necesidad de estudiar las tasas de las ausencias de los trabajadores, lo hace ignorando la determinación de la contingencia causante que se haya realizado en el ámbito prestacional. Es decir, no solo se atiende a las incapacidades calificadas como derivadas de contingencias profesionales, sino también a las derivadas de contingencias comunes. Esto se debe a que una de las finalidades de la vigilancia de la salud es revelar la existencia de riesgos laborales que hubieran podido pasar inadvertidos en la evaluación inicial y a que, como se vio, las condiciones laborales influyen en buena parte de los procesos cuyo origen se atribuye formalmente a contingencias comunes. Así pues, trabajar en el ámbito preventivo con todos los datos de absentismo por contingencias comunes sirve para afrontar la posible infraidentificación de las contingencias

²⁴³ PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral, Madrid, 2005, p. 7.

profesionales y para actuar también sobre los factores laborales que representan una causa indirecta o secundaria de las dolencias calificadas como de origen extralaboral²⁴⁴.

1. El absentismo en el marco de la vigilancia colectiva de la salud

A nivel de empresa, la necesidad de evaluar y tomar en consideración los datos de absentismo desde una perspectiva preventiva se desprende de forma implícita del artículo 16 LPRL, regulador de la evaluación de riesgos laborales. En dicha evaluación, la tasa de absentismo constituye uno de los múltiples datos epidemiológicos que permiten detectar y controlar los daños sobre la salud de los trabajadores. Lo deja patente la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2016²⁴⁵, que valida un informe de la Inspección de Trabajo en el que se especifica que, para realizar una adecuada evaluación de los riesgos psicosociales presentes en una empresa, deben estudiarse, entre otros, los datos de absentismo laboral de la plantilla. En concreto, se indica que es necesario analizar con detalle y explicar con claridad los índices de absentismo por enfermedad y accidente del personal, así como disponer de información detallada sobre su relación con los índices de patología psicosocial.

Una vez realizada, la evaluación de riesgos laborales está permanentemente sujeta a revisiones y correcciones de los errores que se detecten durante su implantación. Por ello, en esta fase, los servicios sanitarios de prevención deben seguir elaborando y disponiendo periódicamente de las estadísticas sobre absentismo laboral, en tanto que son “*indicadores*” de su actividad. Dichos datos, junto con otros de distinta naturaleza, habrán de servir para “*efectuar sistemáticamente y de forma continua la vigilancia colectiva de la salud de los trabajadores*” conforme al artículo 3.1.g del Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención (en adelante, Real Decreto 843/2011).

Para garantizar la calidad y la mejora permanente de la política de prevención, además del servicio de prevención de riesgos, la Ley designa a los representantes de los trabajadores como destinatarios periódicos de los datos relativos al absentismo en la empresa. Esta información es de mucha utilidad para monitorear el funcionamiento de las medidas tomadas para prevenir los riesgos laborales y revelar la necesidad de que sean revisadas, en caso de ser oportuno²⁴⁶. Así, por un lado, el artículo 39 LPRL incluye

²⁴⁴ Como indican MONERO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: ‘Determinación de contingencias de la Seguridad Social’, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, núm. 19, (2008), pp. 19 y 20 de la versión digital, la jurisprudencia exige como requisito para determinar el origen profesional de la contingencia, la prueba de que esta viene inducida por el contexto laboral. Por lo tanto, en los supuestos de “*concausalidad*” o “*multicausalidad*” que se dan especialmente en relación con las enfermedades o accidentes generados por la exposición a riesgos ergonómicos y psicosociales, la calificación de la enfermedad o accidente como derivada de contingencias comunes, no significa que no hayan podido influir parcialmente factores laborales que deben prevenirse adecuadamente.

²⁴⁵ Rec. núm. 250/2014.

²⁴⁶ OSHA: *Second European...* cit., p. 26.

entre las competencias del comité de seguridad y salud en el trabajo la de “conocer y analizar los daños producidos en la salud o la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas”, siendo razonable entender que deben relacionarse, entre dichos daños, los que producen las incapacidades laborales. Por otro lado, el artículo 64.2.d ET obliga a los empresarios, esta vez explícitamente, a informar trimestralmente al comité de empresa “de las estadísticas sobre el índice de absentismo y las [rectius: sus] causas”.

Aunque no lo detalla la Ley, por la importante función que vienen a cumplir, parece razonable que las estadísticas sobre el absentismo laboral se refieran, como poco, a la prevalencia de las incapacidades temporales en la empresa y su duración. Asimismo, la alusión a las causas del absentismo puede entenderse referida al tipo de contingencia del que se derivan las bajas. También resultaría útil, desde un punto de vista teleológico, el conocimiento de dichos datos desagregados por centro de trabajo o departamentos de la empresa, por lo que podría apostarse por una interpretación extensiva, especialmente en el caso de empresas de mediano y gran tamaño. Esta información sobre las ausencias de los trabajadores debe proporcionarse de forma anónima, en atención (i) a que sus destinatarios no son personal sanitario, (ii) a su especial grado de sensibilidad (este aspecto, que conecta con la legislación sobre protección de datos, se retomará más adelante) y (iii) a su propósito de conducir a la toma de valoraciones o decisiones preventivas de nivel colectivo y no individual.

En contra de lo anterior, durante la vigencia del artículo 52.d ET hubo quien vio el deber de información sobre el absentismo como una garantía legal destinada a permitir que los representantes de los trabajadores pudieran controlar la legalidad de los despidos objetivos por acumulación de faltas al trabajo²⁴⁷. Sin embargo, tal interpretación hubiera requerido que los representantes de los trabajadores fueran informados sobre las faltas de asistencia de cada trabajador individualmente considerado, para conocer si se habría superado el umbral legal de faltas de asistencia²⁴⁸, lo que no parece ser coherente con la utilización, por parte de la propia ley, de palabras como “estadísticas” e “índice”, cuyo significado está claramente ligado a estudios cuantitativos de cierta amplitud, en los que los datos personales quedan

²⁴⁷ Vid., MARÍN MARTÍNEZ, F.: Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. Valencia, 2015, p. 493, indicando que “es determinante el conocimiento específico de las causas del absentismo, además de por el hecho de que los representantes de los trabajadores deben velar por el respeto a la legislación laboral en general, en concreto, puesto que el artículo 52.d ET especifica que el absentismo puede dar lugar a la imposición de un despido objetivo si se superan determinados umbrales, incluso cuando éste está justificado”.

²⁴⁸ A este respecto, MARÍN MARTÍNEZ, F.: Los derechos de información... cit., pp. 497 a 500, establece una analogía entre los datos de absentismo y los datos personales en materia salarial, cuya cesión individualizada a los representantes de los trabajadores fue avalada por la STS 19/02/2009 (Rec. núm. 6/2018). Con todo, a mi modo de ver, tal pronunciamiento no es trasladable a las faltas de asistencia, que pueden estar relacionadas con problemas de salud, si se tiene en cuenta, además, que estaremos ante un supuesto de tratamiento de datos personales sensibles, regidos por criterios más estrictos.

diluidos entre la colectividad. Y de otro lado, parecería desproporcionado que, en previsión de que pudiera producirse hipotéticamente, en algún momento, un despido objetivo, se debieran ceder periódica y preceptivamente datos personales sensibles de todos los trabajadores prescindiendo de su consentimiento.

A mi modo de ver, la Ley reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados sobre los niveles de absentismo para permitirles y facilitarles el cumplimiento de las funciones que tienen atribuidas en materia de prevención de riesgos laborales. En esta dirección apunta su inclusión sistemática en el mismo apartado en el que se reconoce el derecho de información sobre los accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, índices de siniestralidad y estudios de medio ambiente laboral. Así lo entiende también el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 11 de noviembre de 2002²⁴⁹ en la que se indica, respecto de un informe sobre absentismo laboral, que se trata de una materia que influye en distintos factores, como la prevención de riesgos laborales, la gestión de la incapacidad temporal o los problemas organizativos que esto conlleva y que tiene una *“clara repercusión en las relaciones laborales por afectar, en definitiva, a la salud laboral”*.

Más recientemente, el mismo Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del citado artículo 52.d ET²⁵⁰, ha relacionado también el deber de información trimestral sobre el absentismo del artículo 64.2.d ET con el artículo 64.7.c ET, que encomienda al comité de empresa colaborar con el empresario para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, de acuerdo con lo pactado en los convenios colectivos. De hecho, el deber de información sobre índices de absentismo encuentra también una clara conexión con la función *“de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa”* que se atribuye al mismo órgano en el propio artículo 64.7.a ET. Es más, las políticas preventivas que pretenden reducir las tasas de absentismo desde la perspectiva de la mejora de la calidad de vida laboral parten del doble reconocimiento de que este supone una grave carga para la productividad de las empresas y de su innegable vinculación con las condiciones de seguridad y salud que se dan en las mismas.

Pues bien, pese a ser esta una obligación que se desprende de múltiples disposiciones legales y con una función tan importante como la garantía de la seguridad y salud, resulta que, en la práctica, una parte nada despreciable de las empresas de nuestro país no analizan sus propios índices de absentismo. De acuerdo con la Segunda Encuesta Europea sobre Riesgos Nuevos y Emergentes elaborada en 2014²⁵¹ (en

²⁴⁹ Rec. núm. 5372/2000.

²⁵⁰ STC 17/10/2019 (Rec. núm. 2960/2019).

²⁵¹ Acceso directo al panel de control interactivo vía <https://visualisation.osha.europa.eu/esener#!/en/survey/datavisualisation/2019> (Fecha de consulta: 19/06/2020).

adelante, ESENER-2), solo un 59 % de las compañías españolas afirman llevar a cabo análisis periódicos de las tasas de absentismo laboral. Es cierto, no obstante, que existe una brecha importante en función del tamaño de la empresa, pues en el caso de las que emplean a más de cincuenta trabajadores dicho porcentaje se eleva hasta acercarse al 80 %. Esta diferencia tiene cierto sentido, porque el examen de la prevalencia y frecuencia de la incapacidad temporal entre los trabajadores de las empresas más pequeñas puede resultar estadísticamente irrelevante²⁵², por el tamaño de la muestra, y porque normalmente no tendrán representantes de los trabajadores a los que estén obligados a dar cuenta del absentismo médico. Además, por la parte positiva, las cifras anteriores representan una mejoría respecto de los recogidos en la Primera Encuesta sobre Riesgos Nuevos y Emergentes del 2009 (ESENER-1), cuando el absentismo solo era evaluado por un 49 % de las empresas españolas. Dicho incremento es especialmente de valorar al haberse suprimido, en el año 2012, el requisito que obligaba a calcular las tasas colectivas de absentismo a la hora de poder efectuar un despido objetivo del artículo 52.d ET, cosa que hubiera podido provocar un desinterés aún mayor por la recopilación empresarial de este tipo de información.

A partir de los datos anteriores puede afirmarse que es necesaria una mayor implicación de los empresarios en lo que respecta al conocimiento y estudio del absentismo que se produce en la empresa, además de por ser los principales interesados en su contención, por constituir un deber preventivo de obligado cumplimiento. Contribuiría a conseguirlo un incremento de la demanda de dichas estadísticas por parte de sus destinatarios jurídicos, los representantes de los trabajadores. La escasa controversia jurisprudencial existente sobre esta cuestión, en comparación con otras materias sobre las que recae un derecho de información equivalente, sugiere que el desinterés es mutuo²⁵³. Es cierto que, como se verá, en la negociación colectiva se prevén ocasionalmente espacios específicos de discusión de las tasas de absentismo laboral entre empresarios y representantes de los trabajadores, que constituyen una clara excepción a dicho desinterés. Con todo, ello no debe llevar al equívoco de creer que la recabación y cesión de información sobre el absentismo ha de producirse solo cuando se ha pactado expresamente porque, con independencia de que pueda desarrollarse y matizarse a través de los acuerdos colectivos, se trata de un deber jurídico de obligado cumplimiento general.

Por otra parte, insistiendo en que la previsión del artículo 64.2.d ET está ligada a la vigilancia colectiva de la salud de los trabajadores, es necesario distinguirla de otras disposiciones legales o convencionales con las que pudiera confundirse, que también obligan a recopilar y transmitir los datos estadísticos sobre el absentismo en la empresa, pero con fines muy distintos. Por un lado, debe diferenciarse de la Disposición adicional

²⁵² OSHA: *Second European survey...* cit., p. 26.

²⁵³ Lo ilustra el hecho de que no se haya podido encontrar ninguna resolución judicial en la que se indique el contenido concreto que deben abarcar las estadísticas de absentismo.

quincuagésima cuarta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que obliga a las Administraciones Públicas y organismos y entidades públicas dependientes de las mismas a divulgar en su portal de transparencia *“los datos de absentismo, clasificados por su causa, con una periodicidad al menos semestral”*. En este caso, las estadísticas no tienen una función preventiva, sino que están al servicio del principio de transparencia en la gestión de los recursos públicos, por lo que han de servir para dar a conocer a la población en general los resultados del plan de control del absentismo con el que debe contar cada Administración Pública, de acuerdo con la misma norma. Por otro lado, existen también disposiciones convencionales que recalcan o intensifican la obligación empresarial de transferir a los representantes de los trabajadores los datos sobre absentismo colectivo²⁵⁴, pero con la finalidad de asegurar el cumplimiento de los compromisos en materia de mejoras voluntarias a la prestación de incapacidad temporal o de complementos salariales por presencialidad, cuyo devengo depende muchas veces de los índices de ausencias al trabajo.

Más allá del plano empresarial, no existe ninguna disposición que obligue específicamente a las autoridades sanitarias, laborales o de Seguridad Social a analizar las causas del absentismo laboral desde la perspectiva de su prevención. Si bien, a este respecto, resultan de mucho interés las actividades de investigación, desarrollo e innovación dirigidas a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social, que, según los artículos 82.3 y 97.2 LGSS, pueden realizar las mutuas con cargo al Fondo de Contingencias Profesionales de la Seguridad Social. Igualmente, de modo algo más genérico, en el artículo 10.b LPRL se encomienda a las Administraciones competentes en materia de salud laboral *“la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores”*. Así, en tanto que la salud laboral forma parte de la salud pública, las causas médicas del absentismo deberían tenerse en consideración a la hora de orientar las políticas públicas de prevención de problemas de salud²⁵⁵. En esta línea, desde contextos médicos se apunta a la necesidad de profundizar en el análisis epidemiológico de los datos relativos a las incapacidades laborales²⁵⁶, con el objetivo de averiguar sus causas concretas y poder adoptar campañas de prevención que sean realmente útiles y contribuyan, específicamente, a mejorar la salud de la población trabajadora.

²⁵⁴ Vid., como muestra, los ejemplos recogidos por BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: ‘El control del absentismo a través de la negociación colectiva’, en AA.VV.: Cláusulas de Vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual, Dirs. MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., Valladolid, 2015, p. 385.

²⁵⁵ Art. 19.2.a de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

²⁵⁶ LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A. y VICENTE PARDO, J. M.: ‘Necesidad de políticas... cit.’, p. 393.

2. El absentismo en el marco de la vigilancia individual de la salud

2.1. La información a los servicios de prevención sobre las causas médicas de las ausencias

Inciendo en la misma noción del absentismo como indicador de salud laboral, pero esta vez en el plano individual, dispone el artículo 37.3.d RSP que *“El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo”*. Se está autorizando así el conocimiento de las causas médicas de las incapacidades temporales de los trabajadores, para estudiar si pudieran tener algún tipo de vínculo con su actividad laboral. Es decir, los servicios de medicina del trabajo tienen permitido el conocimiento de las incapacidades temporales de los trabajadores, sus causas y sus consecuencias, con el fin de evaluar los riesgos laborales de la empresa y subsanar las medidas preventivas que no sean eficaces²⁵⁷. Con independencia de los diferentes ámbitos -asistenciales o preventivos- en los que se recojan los datos relativos a la salud de los trabajadores, cuanta más y mejor información esté a disposición de los médicos del trabajo, más acertadas podrán ser sus decisiones preventivas. Por ello, los datos obtenidos en el contexto de la gestión de la incapacidad temporal y la prestación de la asistencia sanitaria también pueden ser de mucha utilidad preventiva.

A diferencia de lo que ocurre en el marco de la vigilancia colectiva de la salud, lo que debe proporcionarse aquí no es ya información de carácter anónimo que otorgue una visión general del estado de salud de la plantilla de la empresa, sino datos personales relativos a la salud de cada trabajador concreto, para que el servicio de prevención pueda estudiar su caso de forma individualizada. Por lo tanto, esta facultad se enmarca dentro del ámbito de la vigilancia individual de la salud, en tanto que conjunto de actividades sanitarias diagnósticas aplicadas personalmente a los trabajadores para evaluar su estado de salud en relación con los riesgos laborales y orientar las actividades y estrategias preventivas²⁵⁸. En este ámbito sí resulta proporcionada la cesión de datos médicos de carácter personal de los trabajadores, pese a su especial sensibilidad, porque sus destinatarios son personal sanitario con las competencias necesarias para su correcta interpretación y sujetos a estrictos deberes de confidencialidad, además de que conducirán normalmente a la toma de decisiones preventivas de carácter individual.

Al respecto, se ha afirmado desde el ámbito sindical que la transmisión de datos médicos entre los servicios asistenciales y de prevención de riesgos laborales requiere

²⁵⁷ MARTIN-FUMADÓ, C.; MARTÍ AMENGUAL, A.; PUIG BAUSILI, L. y ARIMANY MANSO, J.: ‘La incapacidad temporal... cit., p. 41.

²⁵⁸ PEDROSA ALQUÉZAR, S.: La vigilancia de la salud... cit., p. 12.

“obtener un consentimiento informado del trabajador antes de que se establezca dicho contacto” y que tal trabajador tiene derecho *“a ver el informe del médico de familia antes de que se transmita”*²⁵⁹. A favor de esta aseveración podría argumentarse que el artículo 37.3.d RSP es una disposición reglamentaria y que los tratamientos de datos sensibles con fines preventivos requieren, según el artículo 9.2 LOPDGDD, del amparo de una norma con rango de ley. Sin embargo, el artículo 37.3.d RSP no hace más que desarrollar el artículo 22.4 LPRL, que reconoce al personal médico de prevención la posibilidad de acceder, en abstracto, *“a la información médica de carácter personal”*. Por lo tanto, entiendo que es innecesario que el trabajador consienta la transmisión de sus datos, siendo suficiente con que se cumpla el deber general de información. Además, nuestra legislación contiene paralelamente otras llamadas a la coordinación de los servicios de prevención de riesgos laborales y el Sistema Nacional de Salud, que apuntan en la misma dirección²⁶⁰.

Pese a lo anterior, como en el apartado precedente, volvemos a estar ante otra norma cuyo grado de aplicación en la práctica parece ser insatisfactorio. Ello es debido a la falta de articulación institucional de mecanismos de interrelación entre los múltiples actores encargados de la gestión de la incapacidad temporal (servicios públicos de salud, mutuas e INSS), por un lado, y los servicios de prevención de riesgos laborales, por otro. Solo un 2'5 % de profesionales sanitarios de los servicios de prevención ajenos y un 50 % de profesionales de los servicios de prevención propios tienen *“siempre o casi siempre”* información sobre las incapacidades temporales por contingencias comunes de los trabajadores. Además, los sanitarios de los servicios de prevención afirman que, cuando se solicita activamente dicha información a los servicios públicos de salud, no les resulta sencillo obtenerla. En particular, solo a un 40 % les parece fácil conseguir una respuesta satisfactoria de los médicos de atención primaria²⁶¹. Siendo consecuentes, un 85 % de los profesionales de los servicios de prevención ajenos y un 69 % de los servicios de prevención propios califican los canales de comunicación con el sistema público de salud como *“deficientes o muy deficientes”*²⁶².

²⁵⁹ ‘Guía de retorno al trabajo tras ausencia prolongada: Procedimiento de reincorporación al puesto de trabajo tras una baja médica de larga duración’ publicada por Secretaría de Salud Laboral de UGT Castilla y León, p. 53.

²⁶⁰ En particular, en los artículos 23.1.i de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública se contempla la obligación de que las administraciones sanitarias adopten medidas para que los servicios asistenciales y los de salud pública, establezcan una coordinación efectiva para *“Desarrollar los mecanismos de coordinación necesarios entre atención primaria y atención especializada con los dispositivos de prevención de riesgos laborales de las Áreas de Salud”*. También el artículo 38.1 RSP se refiere a necesidad de colaboración de los servicios de atención primaria y especializada con los servicios de prevención, a través de las autoridades sanitarias, *“para el diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades relacionadas con el trabajo”*.

²⁶¹ RODRÍGUEZ JAREÑO M. C.: Vigilancia de la salud de los trabajadores en el contexto de la prevención de riesgos laborales. Calidad y utilidad preventiva de los exámenes de salud, Girona, 2016, p. 193.

²⁶² *Ibid.*, p. 178.

El RSP obliga a los servicios de prevención a trabajar con los datos médicos de las incapacidades temporales, pero no articula ningún circuito de comunicación seguro que permita el cumplimiento de tal obligación. Como consecuencia, en la práctica, este problema se resuelve generalmente preguntándole directamente al trabajador por los motivos de su ausencia²⁶³, con las imprecisiones o malentendidos a los que puede dar lugar la transmisión de información médica por personas sin conocimiento alguno de la materia. Como excepción a esta regla general, el artículo 9.4 del Decreto 306/1999, de 27 de julio, por el que se regulan las actuaciones sanitarias de los servicios de prevención en la Comunidad Autónoma del País Vasco, prevé expresamente que los facultativos médicos de los servicios de prevención pueden solicitar a los del servicio público de salud *“aquella información que sea relevante para el cumplimiento de los fines que tienen encomendados”*. Si bien, tampoco esta parece la solución más correcta en la práctica²⁶⁴, puesto que no permite el acceso directo, sino que requiere de una iniciativa proactiva e individualizada por parte del facultativo del servicio de prevención para cada trabajador concreto al que deba atender.

A este respecto, desde el ámbito médico se ha apelado en varias ocasiones a la necesidad de crear una historia clínica laboral única²⁶⁵, en la que se compile toda la información del trabajador recogida tanto en contexto asistencial, como en el contexto de la medicina preventiva. Se trataría de un instrumento digital al que tendría acceso el personal sanitario del sistema público de salud y de los servicios de prevención de riesgos laborales, cuya información fluiría de un ámbito al otro, sin necesidad de solicitarla expresamente cada vez que se necesitara y acabando con la distribución en compartimentos estancos en la que se encuentra en la actualidad. De este modo, los distintos profesionales de la salud adquirirían más fácilmente una visión completa y poliédrica del estado general de salud del trabajador y de sus interrelaciones con el trabajo que desarrolla.

Esta propuesta es de especial interés desde la perspectiva del presente trabajo, porque facilitaría a los servicios de prevención el desarrollo de sus actividades de modo

²⁶³ MARTIN-FUMADÓ, C.; MARTÍ AMENGUAL, A.; PUIG BAUSILI, L. y ARIMANY MANSO, J.: ‘La incapacidad temporal... cit., p. 41.

²⁶⁴ En concreto, la disposición que se acaba de referir fue desarrollada a través de la Resolución de 28 de abril de 2009, del Director General de Osalan-Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales por la que se estableció un documento de solicitud de datos a utilizar por los Servicios de Prevención para la realización de la evaluación de salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud llamado “Ficha Médico-Laboral para la incapacidad temporal”, que, sin embargo, tuvo una implantación nula en la práctica, según indica KORTA MURUA, I.: ‘Reflexiones sobre la incapacidad y aptitud laboral. Nuevas sinergias entre medicina evaluadora y medicina laboral. Historia clínica laboral única. La incapacidad laboral, un continuo evolutivo’, Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 1, (2014), p. 136.

²⁶⁵ Vid., como muestra, DÍAZ SALAZAR, C. E.: ‘Reflexiones sobre la incapacidad y aptitud laboral. Nuevas sinergias entre medicina evaluadora y medicina laboral. Historia clínica laboral única. La incapacidad laboral, un continuo evolutivo’, Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 1, (2014), p. 129 o CASTELLANO ARROYO, M.: ‘Una persona, ¿Una historia clínica?’, Actualidad Médica, núm. 98, (2013), p. 129.

más ágil y efectivo, pero, sobre todo, porque, al ser un instrumento bidireccional, también facilitaría mucho la labor de los médicos de los servicios públicos de salud. Al respecto, ya se había señalado la falta de información que padecen estos últimos sobre el contexto laboral del trabajador como uno de los grandes hándicaps que afectan a la calidad de sus decisiones sobre la concesión de incapacidades temporales. Pues bien, este problema quedaría resuelto si pudieran tener conocimiento de los datos que se contienen en la historia clínica laboral, en la que consta una descripción detallada del puesto de trabajo, el tiempo de permanencia en el mismo, los riesgos detectados en el análisis de las condiciones de trabajo, los resultados de la anamnesis, la exploración clínica o el control biológico, los estudios complementarios en función de los riesgos inherentes al trabajo y las medidas de prevención adoptadas (art. 37.3.c RSP).

Más concretamente, esta solución presenta dos ventajas importantes. En primer lugar, es de esperar que mejore el juicio de los médicos de atención primaria sobre la calificación de la contingencia causante del proceso. Así, al tener conocimiento de los riesgos laborales que pueden afectar al trabajador, el médico podría establecer conexiones con su actividad profesional, que, a falta de dicha información, pueden pasar desapercibidas. En segundo lugar, tener información objetiva y totalmente fiable sobre la actividad laboral que realiza el trabajador, permite valorar con más precisión la afectación de la dolencia que padece sobre su capacidad para realizar las tareas fundamentales que le corresponden. En otras palabras, la descripción del puesto de trabajo que se contiene en la historia clínica laboral puede ser mucho más específica y valiosa, en términos médicos, que la que se comunica oralmente por parte del trabajador. Esta última es la única referencia con la que cuentan en la actualidad los médicos y, no se olvide que, al ser el trabajador la única fuente disponible, sus manifestaciones pueden estar afectadas por el riesgo moral, si, por ejemplo, se exagera la dificultad física de algún quehacer o se describe una función más costosa como habitual u ordinaria cuando en realidad es circunstancial.

Tal vez la mayor dificultad que presenta la implantación de la historia clínica laboral única es que no es tanto una propuesta de *lege ferenda* como una propuesta de modificación de la gestión que se hace de la información sanitaria. Así, la fundamentación legal parece suficiente si el artículo 37.3.d RSP se complementa con el artículo 22.4 LPRL y el artículo 33.2.f de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en el que se contempla la necesidad de establecer mecanismos para la integración en los sistemas de información públicos del Sistema Nacional de Salud de la información generada por las actividades sanitarias desarrolladas por los servicios de prevención de riesgos laborales en relación con la salud de los trabajadores. Por lo tanto, la materialización de la historia clínica única requeriría la concertación de las autoridades sanitarias autonómicas con los servicios de prevención. Por descontado, también tendría su dificultad adoptar las garantías y las medidas técnicas de seguridad necesarias para proteger la intimidad de los trabajadores y el tratamiento adecuado de

sus datos médicos. Si bien, ninguna de las dos dificultades anteriores es insalvable, como así lo demuestran los resultados satisfactorios de los importantes esfuerzos que se han realizado en los últimos años para facilitar el intercambio digital y sistematizado de información entre los servicios públicos de salud y el INSS o las mutuas²⁶⁶.

2.2. El reconocimiento médico preventivo del trabajador tras una ausencia de larga duración

El análisis de los datos de absentismo con fines preventivos puede revelar también la necesidad de realizar un reconocimiento médico del trabajador. Así se desprende del artículo 37.3.b RSP, que, fundamentado igualmente en el artículo 22 LPRL, concreta en su enumeración de las funciones del personal sanitario del servicio de prevención cómo debe llevarse a cabo la vigilancia individual de la salud de los trabajadores. Este artículo establece que la salud de los trabajadores debe evaluarse en el momento de incorporarse a la empresa y seguir revisándose, después, periódicamente. Asimismo, especifica que debe realizarse una *“evaluación de la salud de los trabajadores que reanuden el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos de salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales y recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores”*.

Aunque no se indica expresamente, el precepto reproducido supone la obligación de someter a un reconocimiento médico a los trabajadores que han sufrido una incapacidad temporal prolongada en el momento en que reciben el alta médica y han de reincorporarse a su puesto de trabajo²⁶⁷. Por lo tanto, el absentismo aparece aquí, de nuevo, como un indicador de posibles problemas de salud laboral. Está en el espíritu de la norma el entendimiento de que existe la posibilidad de que el padecimiento de una enfermedad duradera pueda venir influido, en mayor o menor medida, por las condiciones de trabajo. Si dicha probabilidad se concreta, servirá para detectar la existencia de riesgos laborales que habrían pasado desapercibidos a la hora de realizar la evaluación inicial o la necesidad de corregir las medidas preventivas ineficaces que se habían adoptado para prevenir los que ya se conocieran²⁶⁸.

²⁶⁶ Vid., *in extenso*, CRESPI FERRIOL, M.: ‘Nuevas tecnologías y control público del fraude en la incapacidad temporal’, en AA.VV.: Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo), Coords., MONREAL BRINGSVAERD, E. J.; THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., Valencia, 2020, pp. 947 y ss.

²⁶⁷ También cabría incluir en el supuesto de hecho del art. 37.3.b RSP, el regreso de un trabajador que haya sido declarado en situación de incapacidad permanente parcial y el regreso por mejoría del trabajador cuando al declarar la incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez el órgano calificador hubiera considerado que la situación de incapacidad iba a ser *“previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo”* (art. 48.2 ET).

²⁶⁸ Vid., por ejemplo, los supuestos enjuiciados por la STSJ Madrid 19/03/2008 (Rec. núm. 4665/2007) o la STSJ Navarra 22/01/2010 (Rec. núm. 241/2009), en los que la realización de sendos reconocimientos sirve para poner de manifiesto la necesidad de adaptar las condiciones de trabajo en sentido preventivo.

La obligación empresarial que parece desprenderse de este precepto reglamentario plantea problemas atendiendo a su carácter obligatorio o voluntario para el trabajador que se reincorpora tras una baja de larga duración. Conforme al artículo 5 del Real Decreto 625/2014 de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (en adelante, Real Decreto 625/2014), el alta médica por incapacidad temporal la emite generalmente el facultativo correspondiente después de haber reconocido personalmente al trabajador. Es decir, el alta responde a una valoración especializada sobre la recuperación por el trabajador de su capacidad laboral que le permite afrontar los requerimientos de su trabajo en condiciones de seguridad. Por ende, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han interpretado que parecería innecesario que dicha evaluación deba reiterarse seguidamente, de forma imperativa, en el ámbito del servicio médico de prevención²⁶⁹.

Sin embargo, a mi modo de ver, hay que tener en cuenta que, por un lado, el reconocimiento médico previo al alta y, por otro, la evaluación de la salud previa a la reincorporación del trabajador, vienen a cumplir funciones distintas y, por ello, se enmarcan, respectivamente, en los campos de la medicina evaluadora y la medicina preventiva o laboral. Es decir, lo que valora el médico encargado de la gestión del proceso de incapacidad temporal que culmina con el alta médica es si el estado fisiológico del trabajador es compatible con el desarrollo de las funciones que le corresponden, por haberse producido una mejoría o haberse curado la patología que ocasionó la baja. En cambio, como se hace explícito en el RSP, el objetivo del reconocimiento de prevención es verificar si en la concurrencia de dicha patología han podido intervenir causas profesionales, con independencia de la determinación de contingencia que se hubiera realizado para el cobro de la prestación.

De todo ello se deduce que la regla general del artículo 22.1 LPRL debe interpretarse en el sentido de que, como todos los reconocimientos médicos de finalidad preventiva, este tipo de vigilancia de la salud es voluntaria para el trabajador. Con todo, el reconocimiento previo a la reincorporación del trabajador puede ser excepcionalmente obligatorio cuando sea necesario para comprobar (i) si su estado de salud entraña un peligro para otros trabajadores o terceros relacionados con la empresa o (ii) si la incapacidad temporal, aunque se haya calificado como derivada de contingencias comunes, tiene algún tipo de relación con riesgos profesionales. Para estudiar si concurre alguna de las posibilidades anteriores es necesario que los servicios de prevención cuenten con la información sobre el proceso de incapacidad temporal prevista en el artículo 37.3.d RSP. Así, el reconocimiento deberá configurarse como

²⁶⁹ Como se indica en la STSJ Asturias 9/11/2007 (Rec. núm. 2651/2007) y la STSJ Galicia 5/07/2019 (Rec. núm. 2595/2019) el reconocimiento médico no puede imponerse contra su voluntad si no se evidencia que su práctica es imprescindible para evaluar los efectos que tienen las condiciones de trabajo sobre su estado de salud.

voluntario, cuando, a la vista de tal información, pueda deducirse que las causas de la ausencia son clara, íntegra y exclusivamente de origen común²⁷⁰. En cambio, cuando se deduzca de dicha información algún elemento que haga sospechar de una posible conexión de la incapacidad temporal con los riesgos laborales, el reconocimiento, podría, a mi juicio, ser concebido como obligatorio.

El reconocimiento médico del artículo 37.3.b RSP también resulta útil para identificar y valorar los efectos de las secuelas psicofísicas que el proceso de incapacidad temporal haya podido dejar en el trabajador. Dichas circunstancias personales pueden suponer que el trabajador presente, de forma sobrevenida, una especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo, por lo que el empresario debe adoptar, desde el momento en que lo conoce, las medidas preventivas y de protección necesarias conforme al artículo 25.1 LPRL²⁷¹. Ello también es singularmente importante en materia de política antiabsentista (i) porque contribuirá a evitar un mayor deterioro de la salud del trabajador que pueda desembocar en nuevas ausencias laborales y (ii) porque lo que ocurre en la práctica es que, en ocasiones, en lugar de adoptarse medidas preventivas que deberían permitir a la persona seguir trabajando, se recurre automáticamente a la incapacidad temporal, asumiendo el sistema de Seguridad Social el coste de las carencias del sistema prevencionista²⁷². Es decir, cuando el trabajador, después de su reincorporación, no puede trabajar adecuadamente porque no se adoptan las medidas preventivas que serían necesarias, se ve abocado de nuevo a la incapacidad temporal.

Desafortunadamente, pese a la evidente utilidad de la norma, los datos aportados por la ESENER-2 sobre el nivel de cumplimiento los deberes preventivos de dimensión individual relacionados con el absentismo laboral tampoco son muy alentadores. En este caso, a la pregunta de si disponían de algún tipo de procedimiento destinado al apoyo de los trabajadores que se reincorporaran al trabajo después de una incapacidad temporal de larga duración, únicamente respondieron afirmativamente algo más de la mitad de las empresas españolas de más de 49 trabajadores. El hecho de que tantas empresas nieguen disponer de tal procedimiento lleva a pensar que, en muchas ocasiones, no se ofrece a los trabajadores la posibilidad de someterse al reconocimiento médico que puede ser necesario, vulnerando su derecho de protección (art. 14 LPRL). En este mismo sentido apunta otro estudio empírico español²⁷³ que muestra que, en relación con el total de reconocimientos médicos preventivos (incluyendo los iniciales,

²⁷⁰ PEDROSA ALQUÉZAR, S.: La vigilancia de la salud... cit., p. 95.

²⁷¹ Como se declara en las STSJ Cataluña 25/10/2013 (Rec. núm. 2782/2013) y STSJ Cataluña 6/11/2013 (Rec. núm. 7278/2012), no basta con la mera realización del reconocimiento, sino que es necesaria la posterior aplicación práctica de sus conclusiones de forma adecuada.

²⁷² MORENO SOLANA, A.: La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles, Valencia, 2010, p. 18 de la versión digital.

²⁷³ RODRÍGUEZ JAREÑO, M. C.; MOLINERO, E.; DE MONTSERRAT, J.; VALLÈS, A. y AYMERICH, M.: 'Do workers' health surveillance examinations fulfill their occupational preventive objective? Analysis of the medical practice of occupational physicians in Catalonia, Spain', *International Journal of Occupational Medicine and Environmental Health*, núm. 6, (2017), p. 840.

periódicos, post ocupacionales o a instancia de alguna de las partes), los realizados después de una ausencia de larga duración representan solo el 6'6 %.

Como conclusión, puede afirmarse que, si bien la legislación en materia de prevención de riesgos laborales acierta al conectar el absentismo y la posible existencia de riesgos laborales que deberían prevenirse, resulta ineficaz en gran medida, porque, con carácter general, carece de efectos prácticos. Ello merecería, cuanto menos, una revisión de la redacción dada al artículo 37.3.b RSP dirigida a reforzar su aplicación efectiva. A este respecto, el elemento que genera más dudas y cuya concreción podría ayudar a reforzar el cumplimiento del precepto y su control por parte de la Inspección de Trabajo o los tribunales de justicia es lo que deba considerarse "*una ausencia prolongada por motivos de salud*". Para orientar la interpretación de este concepto podría acudir al artículo 2.1.d Real Decreto 625/2014 que define el "*proceso de duración estimada larga*" como el que se prolonga durante sesenta y uno o más días naturales, aunque esta taxonomía se establece con un fin distinto como es el de ordenar el seguimiento y control de las incapacidades temporales.

A esta indeterminación jurídica se le suma la indeterminación técnica, porque tampoco existe en el ámbito médico preventivo un criterio científico único. Seguramente hubiera sido útil que el INSST estableciera un periodo que pudiera servir de guía, como organismo científico especializado de la Administración General del Estado y centro de referencia nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo. Aun así, se limita a constatar la ausencia de una definición legal de ausencia prolongada e indica que "*queda a criterio médico considerar el periodo más adecuado en función de su origen laboral o no, de las alteraciones presentadas, de las características personales y del puesto de trabajo en cuestión*"²⁷⁴. En este sentido, desde el ámbito sindical se propone considerar como ausencia prolongada la superior a seis meses²⁷⁵. Los países de nuestro entorno son algo más exigentes en este sentido y las visitas médicas de reingreso son obligatorias tras una ausencia de más de un mes en Francia, de un mes y medio en Bélgica, de dos meses en Italia y de tres meses en Rumanía²⁷⁶.

Mientras no se especifique a nivel normativo lo que debe entenderse por ausencia prolongada, una alternativa para promover la realización de reconocimientos médicos preventivos a la vuelta al trabajo es desarrollar el contenido de esta obligación empresarial en la negociación colectiva. Cabe pensar que ello favorecería también que los representantes de los trabajadores en materia de prevención pudieran reclamar su cumplimiento. Existen, sin embargo, pocos convenios colectivos que hagan referencia a

²⁷⁴ Nota Técnica de Prevención núm. 959, 'La vigilancia de la salud en la normativa de prevención de riesgos laborales', p. 5.

²⁷⁵ 'Guía de retorno al trabajo tras ausencia prolongada: Procedimiento de reincorporación al puesto de trabajo tras una baja médica de larga duración' publicada por Secretaría de Salud Laboral de UGT Castilla y León, p. 21.

²⁷⁶ OSHA: *Rehabilitation and return...* cit., pp. 27 y 30.

esta cuestión y las amplias divergencias que se dan entre ellos son una muestra más de las dudas que existen sobre la duración de las ausencias que hacen que la salud del trabajador sea merecedora de una revisión particular. Así, en algún caso, se consideran prolongadas las incapacidades temporales que superen los tres meses de duración²⁷⁷ y, en otro, solo se incluyen las ausencias que hayan durado más de un año natural²⁷⁸.

3. La prevención del absentismo en la negociación colectiva

Una de las principales ventajas que presenta la dimensión preventiva de las medidas antiabsentistas es una mayor predisposición y colaboración de los trabajadores y sus representantes cuando, al quedar excluido el factor fraude, no se genera una sensación de desconfianza ni de posible restricción de derechos que pueda enturbiar el diálogo social. Es más, los estudios internacionales coinciden en resaltar la importancia de involucrar a los representantes de los trabajadores en la adopción de las políticas de prevención del absentismo laboral que se lleven a cabo a nivel de empresa²⁷⁹. Para que los programas de prevención puedan ser exitosos, se requiere que los representantes de los trabajadores sean partícipes de la elaboración del diagnóstico del problema y la adopción e implantación de soluciones. No es suficiente, se indica²⁸⁰, con que limite su intervención al cumplimiento formal de los derechos de información y consulta. Ello contrasta con el discreto papel que juega la representación colectiva de los trabajadores respecto de la implantación de las políticas de contención del absentismo que se abordarán después, limitándose muchas veces a ejercer de observadores externos para supervisar únicamente la aplicación de la ley o de lo pactado con el empresario.

Por el consenso que genera entre los agentes sociales, esta estrategia aparece reflejada en la negociación colectiva española desde hace décadas, cosa que es de valorar, pero no sin advertir seguidamente que su mención retórica no tiene siempre, por sí misma, excesivos efectos prácticos. Como muestra puede verse el apartado b del Punto VIII del Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva de 5 de enero de 1980²⁸¹, que precedió la presentación del primer proyecto de Estatuto de los Trabajadores y en el que se indicaba que *“la mejora del absentismo requeriría la correcta organización de la medicina de empresa y de la Seguridad Social, junto con las adecuadas condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo, en orden a una efectiva protección de la salud física y mental de los trabajadores”*. Dicha declaración se concretaba en los objetivos de reducir la siniestralidad laboral, de que los representantes de los trabajadores fueran oídos a la hora de decidir sobre aspectos organizativos de la empresa con efectos sobre la salud de los trabajadores, de

²⁷⁷ Art. 91.4 Convenio colectivo - Personal laboral docente e investigador de la Universidad del País Vasco (BOPV 31/12/2010).

²⁷⁸ Art. 42 Convenio colectivo - Good & Fast Mallorca Levante (BO Illes Balears 7/12/2017).

²⁷⁹ Eurofound: *Preventing absenteeism...* cit., p. 27.

²⁸⁰ OMS: *Ambientes de Trabajo Saludables: un modelo para la acción*, Ginebra, 2010, p. 26.

²⁸¹ BOE 24/01/1980.

comprender las causas del absentismo y de tratarlas en las correspondientes comisiones mixtas que se previeran en los convenios colectivos.

Este hilo puede seguirse hasta la actualidad, en que la negociación colectiva sectorial sigue reconociendo ocasionalmente la vinculación del absentismo con la asistencia sanitaria prestada por los servicios médicos de empresa y de la Seguridad Social, las condiciones de seguridad e higiene, las condiciones de trabajo y el ambiente organizacional²⁸². Por ello, son también numerosos los convenios colectivos que crean comisiones de absentismo a las que encarga el análisis de las causas del problema²⁸³, así como la elaboración, en su caso, de informes y estudios al respecto²⁸⁴. Además, algunas comisiones de absentismo se ocupan de plantear medidas que puedan introducirse en las empresas, ya sea a través del cauce previsto para los acuerdos de la comisión paritaria (lo que permitirá su aplicación inmediata) o ya sea a través de su inclusión en el próximo convenio²⁸⁵. Dichas comisiones se presentan, en la práctica, adoptando configuraciones formales distintas, pero lo más habitual es que las conformen algunos representantes de los sindicatos y asociaciones empresariales presentes en la mesa negociadora del convenio colectivo o que se configuren como un órgano dependiente de la comisión paritaria del convenio.

A nivel de empresa, los análisis del absentismo médico que se hayan realizado en el marco de las actividades de vigilancia colectiva de la salud de los trabajadores, deben ser el punto de partida para cualquier mejora que pueda proponerse. A este respecto, reconoce el punto 6 del Capítulo IV del III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017²⁸⁶ que, para poder abordarlo, la empresa debe tener un conocimiento riguroso de su absentismo, porque *“cualquier solución requiere de un acertado diagnóstico compartido, así como el desarrollo de metodologías sencillas y adecuadas a la realidad”*. En este ámbito, algunos convenios colectivos de empresa también crean espacios específicos de discusión sobre el absentismo que suelen constituirse formalmente como organismos paritarios de funcionamiento autónomo²⁸⁷ en los que se integran, además de miembros de la dirección, representantes sindicales, representantes legales de los trabajadores o miembros del servicio médico de

²⁸² El art. 14 Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO Principado de Asturias 3/01/2019) es especialmente interesante por cuanto además fijar como objetivo la reducción de las causas que generan el absentismo se propone la *“Instrumentación de campañas de explicación sobre los efectos negativos que el absentismo tiene tanto para la empresa como para los trabajadores”*.

²⁸³ Vid., DA tercera Convenio Colectivo del sector de la Hostelería de la provincia de Santa Cruz de Tenerife (BO Santa Cruz de Tenerife 13/02/2019) o Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad (BOE 26/11/2020).

²⁸⁴ Vid., DA quinta Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Zaragoza (BO Zaragoza 26/02/2018).

²⁸⁵ Vid., DA tercera Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales (BO Comunidad de Madrid 23/03/2019) o art. 26 Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad (BOE 26/11/2020).

²⁸⁶ BOE 20/06/2015.

²⁸⁷ Anexo III Convenio colectivo del Grupo Vodafone España (BOE 9/02/2021).

empresa²⁸⁸. En cambio, desde mi punto de vista, atendiendo a su cometido, sería especialmente interesante su inserción en la estructura de la Comisión de Seguridad y Salud. A falta de dicho órgano, también sería bueno que fueran los delegados de prevención los que pudieran formar parte de las comisiones, aprovechando la flexibilidad permitida en este campo por la legislación²⁸⁹.

Pese a que las anteriores disposiciones convencionales han de valorarse positivamente, es necesario situarlas en su contexto para apreciar su modesta entidad. De entre los convenios que abordan específicamente el problema del absentismo laboral, solo un 23 % contiene acuerdos dirigidos a la mejora de la investigación del fenómeno y únicamente un 14 % contempla la creación de comisiones donde discutir sobre el mismo²⁹⁰. Por otra parte, además de su escasa dimensión cuantitativa, la posibilidad de realizar un análisis cualitativo de tales medidas se ve limitada por la escasez de datos que se tienen, en abstracto, sobre su funcionamiento y su efectividad en la práctica. Como se ha señalado²⁹¹, *“es muy difícil saber extramuros lo que se haya podido obtener con este tipo de fórmulas de buena voluntad”*, si se trata de compromisos meramente retóricos que después no se materializan o si tras su implantación efectiva se obtienen resultados tangibles. A nivel nacional, sí se conoce y es muy significativo que nunca llegara a ver la luz el observatorio del absentismo previsto en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva del año 2018²⁹². La creación de dicho observatorio fue acordada por los agentes sociales con el Gobierno de España para *“mejorar todas las situaciones de absentismo no deseado”* y debía constituirse en el plazo de seis meses.

Ante esta relativa trascendencia cuantitativa y cualitativa de las cláusulas negociales de estudio o prevención del absentismo laboral, cabría buscar formulaciones jurídicas propias de la autonomía colectiva que puedan alcanzar, en la práctica, una mayor efectividad. Así, de un lado, muchas de las previsiones convencionales sobre la materia se articulan de tal forma que no adquieren más que eficacia obligacional. Como alternativa preferible, cabría pensar en disposiciones con eficacia normativa en las que, por ejemplo, se comprometa un crédito económico determinado que destinar específicamente a las acciones acordadas por la empresa con los representantes de los trabajadores²⁹³. De otro lado, para garantizar que las medidas preventivas adquieran un

²⁸⁸ Art. 30 del Convenio Colectivo del Grupo Maxam (BOE 2/03/2021).

²⁸⁹ La LPRL admite implícitamente en su DA primera la posibilidad de que a través de la negociación colectiva puedan ampliarse las competencias de los órganos de representación colectiva de los trabajadores en materia de seguridad y salud.

²⁹⁰ Vid., GARCIA VIÑA, J.: ‘¿Como la negociación... cit., p. 319, exponiendo datos recabados en el año 2008 que pueden haber mejorado en la actualidad.

²⁹¹ GARCÍA NINET, J. I.: ‘El absentismo y su escaso intento de control en la negociación colectiva española 2014-2016’ en AA.VV., La incapacidad temporal en el trabajo: régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo, Barcelona, 2016, p. 108.

²⁹² BOE 18/07/2018.

²⁹³ En este sentido, el art. 36 del XX Convenio colectivo general de la industria química (BOE 19/07/2019) contiene, como los demás, referencias retóricas a la mejora del medio ambiente laboral, pero introduce una precisión interesante al comprometer una cantidad anual cuyo destino se decidirá anualmente con

mayor ámbito personal, podría resultar interesante plantear la concertación de acuerdos colectivos como los previstos en el artículo 83.3 ET en materia de absentismo laboral por parte de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal o de Comunidad Autónoma. Tal contexto resultaría idóneo para subsanar algunos de los defectos ya señalados de la legislación. Se podría, por ejemplo, ampliar y detallar el contenido de los deberes empresariales de información a los representantes de los trabajadores sobre el absentismo laboral o regular con mayor precisión el derecho de los trabajadores a ser sometidos a un reconocimiento médico de vigilancia de la salud después de una ausencia duradera.

III. LA PROTECCIÓN DE LA DIMENSIÓN EXTRALABORAL DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

Partiendo del reconocimiento de la importancia de establecer unas condiciones de trabajo adecuadas que no perjudiquen la salud del trabajador, no puede ignorarse que su bienestar viene también influido por condicionantes ajenos a lo laboral. Como ya se vio en su momento, por cada proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales se producen casi diez procesos derivados de contingencias comunes. Atendiendo a estas cifras, es claro que las políticas de prevención del absentismo deberían pasar también por prestar atención a la salud del trabajador desde una perspectiva holística e integradora, que vaya más allá de lo que implica la prevención de riesgos laborales, porque la mala salud por causas no laborales acaba perjudicando igualmente el trabajo. Por lo tanto, convendría intentar evitar dicho perjuicio, actuando *ex ante*, con la prevención de patologías de carácter extralaboral, para que no aparezcan o no produzcan efectos incapacitantes, y actuando también *ex post*, procurando dar un adecuado acompañamiento a los trabajadores que sufren cualquier problema de salud hacia una pronta curación.

1. Los programas de promoción de la salud de los trabajadores

Algunas autoras²⁹⁴ han venido considerando que el absentismo por causas comunes no puede ser abordado desde una perspectiva preventiva y han afirmado que los únicos daños en la salud de los trabajadores que el empresario o los servicios de prevención pueden pretender evitar son los que se derivan del trabajo, como marca la legislación en materia de prevención de riesgos laborales. Se entiende, por tanto, que, en el caso de las patologías o accidentes extralaborales, el riesgo, en tanto que común,

los representantes de los trabajadores. Tal montante se obtiene de las cantidades dejadas de abonar en concepto de mejoras voluntarias de la prestación por incapacidad temporal a los trabajadores que superen un determinado umbral de absentismo médico. De esta manera, se garantiza que la política antiabsentista tenga un enfoque integral, relacionando directamente las medidas de control y prevención.

²⁹⁴ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: 'El control del absentismo... cit., p. 376 y VICENTE PALACIO, A.: 'El sistema de seguridad social en el contexto de la nueva sociedad del riesgo', Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 58, (2013), p. 58.

está fuera del radio de acción del empresario. Según esta lógica, la única vía restante para abordar este tipo de absentismo sería a través del endurecimiento del control de la salud del trabajador y la mayor sanción de los posibles fraudes que se detecten. Esta postura, por otra parte, es plenamente coherente con un contexto normativo eminentemente centrado, hasta el momento, en reducir el absentismo por causas comunes desde la perspectiva principalmente represiva.

Sin embargo, a mi modo de ver, sí es posible tratar el absentismo por contingencias comunes desde una óptica preventiva o sanitaria, aunque a esta opción no se le haya dado hasta el momento el mismo protagonismo²⁹⁵. Siendo cierto que la empresa ni tiene ni puede aspirar a tener un control de los riesgos comunes equivalente al que debe asegurar sobre los riesgos profesionales, también lo es que ello no implica irremediablemente que no pueda proponerse ejercer una cierta influencia positiva sobre la dimensión extralaboral de la salud del empleado. Los riesgos comunes o los daños que generan también pueden ser mitigados desde el ámbito laboral, para mejorar la salud extralaboral de los trabajadores y minimizar sus ausencias médicas. Las políticas de control son una vía válida, efectiva y necesaria, pero no exclusiva, a la hora de abordar las ausencias comunes de los trabajadores, que, en su mayoría, se fundamentan en problemas reales de salud. Esta óptica ofrece una valiosísima oportunidad de incidir decisivamente en un grupo tan significativo de ausencias como son las incapacidades legítimas, sobre las que las políticas de contención del riesgo moral tienen efectos muy limitados porque están diseñadas para evitar las conductas fraudulentas.

2.1. Caracterización y naturaleza jurídica

El trabajo o el entorno laboral pueden tener efectos positivos sobre la salud del trabajador. Esta idea inspira las nociones de ‘empresa saludable’ o de ‘promoción de la salud’, que van un paso más allá de lo que representa la prevención de riesgos laborales, tratando de potenciar, a través o desde el trabajo, la mejora de la salud de los trabajadores. Así, según la definición de la Organización Mundial de la Salud²⁹⁶, un lugar de trabajo saludable es *“aquel en el que los trabajadores y el personal superior colaboran en la aplicación de un proceso de mejora continua para proteger y promover la salud, la seguridad y el bienestar de todos los trabajadores y la sostenibilidad del lugar de trabajo”*. Similarmente, la Red Europea para la Promoción de la Salud en el Trabajo se refiere a la promoción de la salud como *“una estrategia empresarial moderna que aspira a la prevención de los riesgos profesionales y a aumentar la capacidad individual de la población trabajadora para mantener su salud y calidad de vida”*²⁹⁷. Trasladado al lenguaje propio de nuestra disciplina, podría decirse que estas políticas buscan, además de la tradicional prevención de los riesgos laborales, la prevención de los riesgos

²⁹⁵ En el mismo sentido, Vid., JOVER RAMÍREZ, C.: ‘Incapacidad temporal... cit., p. 48.

²⁹⁶ OMS: *Ambientes de Trabajo Saludables...* cit., p. 11.

²⁹⁷ Declaración de Luxemburgo sobre la Promoción de la Salud en el trabajo en la Unión Europea, cuya última actualización data de abril del 2018.

comunes, como posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño en su salud no derivado de su trabajo.

Este tipo de políticas tienen su origen en las medidas tomadas a partir de los años setenta en algunas grandes empresas estadounidenses que buscaban incrementar su productividad a través de la mejora de la salud de los trabajadores y que posteriormente fueron imitadas en Europa, pasando a formar parte esencial de ciertos programas de prevención del absentismo laboral²⁹⁸. En efecto, se ha demostrado que los programas de mejora de la salud, cuando se aplican como complemento a una preexistente política de prevención de riesgos laborales de calidad, contribuyen significativamente a reducir el absentismo, los costes empresariales por incapacidad temporal y el presentismo laboral, mejorando, a la vez, el rendimiento de los trabajadores²⁹⁹. Aunque no sea este su objetivo directo, sus efectos se dejan notar incluso sobre el absentismo generado por los procesos de origen profesional, porque los hábitos de vida también influyen, en parte, en la producción de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales³⁰⁰ y, por lo tanto, su mejora puede repercutir en el incremento de los niveles de seguridad y salud laboral en la empresa.

En España, las políticas de promoción de la salud son incipientes, pero generan interés, por las buenas experiencias de las empresas que las han puesto en práctica, con notabilísimos efectos en términos de prevención del absentismo³⁰¹. Según los datos de la ESENER-3, un 36 % de las empresas españolas manifiestan que, con la intención de mejorar la salud de sus trabajadores, llevan a cabo actividades de prevención de las adicciones, un 32 % que procuran concienciar a los trabajadores sobre la importancia de llevar una alimentación saludable, un 30 % que promueven la realización de actividad física fuera del tiempo de trabajo y un 27 % que incentivan la realización de ejercicios para la espalda, estiramientos u otro tipo de actividad física en el trabajo³⁰². Desafortunadamente, cuando se desagregan los datos por tamaño de la empresa, se

²⁹⁸ Eurofound: Workplace health promotion in Europe, Luxemburgo, 1997, pp. 7 y 15.

²⁹⁹ OSHA: Motivation for employers... cit., p. 14.

³⁰⁰ Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, p. 16.

³⁰¹ Vid., con carácter general, el II Barómetro ERGASAT 'El bienestar en el trabajo ("well-being") y su influencia sobre el absentismo' del año 2010, p. 39, indicando que se encuentra una correlación directa entre las actividades empresariales de bienestar y los índices de absentismo. Más recientemente el informe de Foment del Treball 'La promoción de la salud en el trabajo: Resultados del estudio sobre las iniciativas y proyectos de promoción de la salud en el trabajo de las empresas', publicado en 2019, p. 58, señala que se aprecia una clara tendencia creciente en la promoción de la salud en España entre los años 2015 y 2019. Con carácter particular, puede verse también el Informe del Centro Internacional de Investigación de Organizaciones del IESE Business School de Mayo del 2013, pp. 34 y ss., sobre la implantación de este tipo de medidas en grandes empresas norteamericanas y españolas, en el que se describen sus positivas experiencias.

³⁰² MARQUÉS MARQUÉS, F.: 'La salud integral de los trabajadores: un reto para la sostenibilidad empresarial', Seguridad y Salud en el Trabajo, núm. 90, (2017), p. 3 de la versión digital, indica que, además de estas actividades, también son relativamente frecuentes las de control de la obesidad y de promoción de la salud mental.

abre de nuevo un abismo entre las grandes empresas y las pymes, llegando incluso a doblarse los porcentajes relativos a las primeras con respecto a los de las segundas.

En nuestro ordenamiento, el concepto jurídico de promoción de la salud aparece recogido, en términos generales, en el artículo 16.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, como aquel conjunto de *“acciones dirigidas a incrementar los conocimientos y capacidades de los individuos, así como a modificar las condiciones sociales, laborales, ambientales y económicas, con el fin de favorecer su impacto positivo en la salud individual y colectiva”*. Más concretamente, en el artículo 33.2 de la misma norma se indica que la promoción de la salud en el lugar de trabajo se materializa *“a través del fomento y desarrollo de entornos y hábitos de vida saludables”*. Además, la realización de dichas actividades dedicadas a la promoción *“con carácter general, de la salud integral de los trabajadores”* se encomienda a las autoridades sanitarias (art. 33.1.a), siempre en coordinación con empresarios y trabajadores que, a través de sus organizaciones representativas, participan en su desarrollo (art. 16.4).

En la práctica, los programas de promoción de la salud suelen abordarse, a nivel empresarial, en las estructuras formales propias de la prevención de riesgos laborales como, por ejemplo, los comités de salud laboral³⁰³. Este tratamiento integrado se considera positivo³⁰⁴, pero puede inducir a confusión. Por ello, en el plano jurídico, es conveniente subrayar la distinta naturaleza de ambos tipos de medidas. La prevención de riesgos laborales es una obligación jurídica del empresario (art. 14.1 LPRL) que se centra en la evitación o disminución de los riesgos derivados del trabajo (art. 4.1 LPRL). Este deber de protección que soporta el empresario se configura como un deber genérico, pero solo proyecta sus efectos imperativos sobre la dimensión laboral de la salud del trabajador³⁰⁵. En cambio, la promoción de la salud se aplica a la mitigación de factores comunes de riesgo ajenos a la actividad laboral del trabajador y, en consecuencia, también ajenos a la responsabilidad del empresario. Es decir, son determinantes que afectan a la salud del individuo, con independencia de su condición de trabajador, por estar relacionados con sus hábitos personales y actividades extralaborales³⁰⁶.

³⁰³ Eurofound: [Workplace health...](#) cit., p. 21.

³⁰⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: ‘Sobre la oportunidad de que la embriaguez y la toxicomanía dejen de ser consideradas causa legal de despido (desde la inseguridad jurídica hacia un enfoque preventivo-asistencial)’, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 35, (2013), p. 66.

³⁰⁵ Vid., explicando que el derecho subjetivo de los trabajadores a la protección de su salud es un *“derecho de carácter exclusivamente laboral”* y que, por tanto, uno de sus límites naturales es que las facultades que lo integran solo pueden ser ejercidas en relación con los riesgos profesionales, MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: *El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo*, Madrid, 2006, p. 294.

³⁰⁶ MUÑOZ RUIZ, A.: ‘Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales’, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, (2014), p. 1 de la versión digital.

Mientras que la elaboración y ejecución de planes de prevención de riesgos laborales es un deber general de obligado cumplimiento, los planes de promoción de la salud se caracterizan, ante todo, por la más estricta voluntariedad en su implantación, a modo de práctica de responsabilidad social empresarial³⁰⁷. Por ello, la falta de los primeros es sancionable por vía administrativa, e incluso penal, pero la falta de los segundos solo resulta exigible por vía negocial. En consecuencia, cuando un empresario adopta políticas de promoción de la salud lo hace, o bien por iniciativa propia en virtud del ejercicio regular de su facultad de dirección empresarial (art. 20.2 ET), o bien por una obligación derivada de un pacto con los representantes de los trabajadores adoptado en el libre ejercicio de su autonomía colectiva (art. 82.1 ET), pero nunca por obligación legal.

Por ejemplo, las medidas de prevención del tabaquismo se incluyen muy claramente en la promoción de la salud de los trabajadores. Esto se debe a que los efectos nocivos del tabaco ya no son, en principio, un riesgo laboral, en el sentido de que puedan generar un daño a la salud vinculado a la condición de trabajador como fumador pasivo, puesto que está prohibido fumar en los centros de trabajo públicos y privados³⁰⁸. Pero, por otra parte, gracias a los esfuerzos de las autoridades sanitarias, son conocidos los nocivos efectos que el tabaco tiene sobre la salud de los fumadores y, en lógica consecuencia, sobre sus índices de absentismo laboral³⁰⁹. Por ello, algunas empresas no dejan escapar la oportunidad de realizar, voluntariamente o como resultado de un compromiso libremente adquirido³¹⁰, actividades informativas y de apoyo a los trabajadores que decidan dejar de fumar, siendo esta una iniciativa para la que deben contar con apoyo institucional³¹¹.

Lo más habitual y lo más deseable, según las recomendaciones internacionales³¹², es que, tanto este tipo de medidas de prevención del absentismo médico, como los alicientes que vayan a servir para mejorar la implicación de los trabajadores, se acuerden en el marco de la negociación colectiva. De hecho, aunque no veta explícitamente la

³⁰⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Análisis de la problemática derivada del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral, Madrid, 2014, p. 26.

³⁰⁸ Art. 7.a Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

³⁰⁹ Vid., VAN DEN BORNE, I.; RAAIJMAKERS, T.; FLEITMANN, S. y PRINS, T.: 'Entornos laborales libres de humo de Tabaco: mejora de la salud y el bienestar de las personas en el trabajo', *Revista Española de Salud Pública*, núm. 1, (2003), p. 5, indicando que los trabajadores que fuman no solo se ausentan en mayor medida por contraer enfermedades coronarias o respiratorias, sino también por ser más susceptibles a la tos, los resfriados o la gripe.

³¹⁰ Vid., art. 43 Convenio Colectivo para el sector de Empresas Alquiladoras de Grúas Móviles Autopropulsadas (BO Cantabria 25/05/2018) o, refiriéndose también al alcoholismo y al consumo de otras drogas, DA quinta XV Convenio colectivo sectorial de Hostelería de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BO Illes Balears 12/07/2018).

³¹¹ Art. 6.4 Ley 9/1998, de 22 de julio, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias.

³¹² Eurofound: Workplace health promotion... cit., p. 36 o, igualmente, OMS: Ambientes de Trabajo Saludables... cit., p. 21.

iniciativa empresarial, la legislación se refiere a la promoción de la salud en el contexto laboral anudándola a la coordinación o pacto empresarial con los representantes de los trabajadores, tanto en el caso de la Ley 33/2011 como de otras disposiciones que se verán a continuación. Es más, la ley llega a condicionar a la concurrencia de un pacto de dicha naturaleza la posibilidad de que sujetos ajenos a la relación laboral, como son los servicios de prevención de riesgos laborales o las mutuas, puedan intervenir en la implementación de este tipo de políticas en la empresa. Si, en este sentido, los programas de promoción de la salud se implantan de forma unilateral, será obligatoria su consulta previa con los trabajadores, de acuerdo con el artículo 33.1.f LPRL, que prevé su participación ante cualquier acción empresarial con efectos sustanciales sobre su salud.

La participación de los trabajadores en los programas de mejora de la salud también es voluntaria, aunque haya quedado demostrado que contribuye indirectamente a la mejora de la productividad de la empresa (art. 5.e ET). Los estilos y hábitos de vida saludables que se promocionan por esta vía no están vinculados a la actividad profesional, sino que se circunscriben a la esfera personal, y, por ello, difícilmente pueden considerarse objeto del contrato de trabajo. Con todo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de junio de 2018³¹³, que es la primera en resolver un litigio relacionado con la materia, reconoce el interés que tienen este tipo de medidas para el empresario. Por ello, califica de coherente que la participación activa de los trabajadores en los programas de promoción de la salud pueda tener repercusiones en el ámbito contractual, al evaluarse, junto con otros criterios, a la hora de acceder a un complemento salarial relacionado con el bienestar laboral. Al respecto, afirma que, puesto que el éxito de este tipo de iniciativas no es posible sin la participación de los propios trabajadores, *“no resulta descabellado que la empresa valore el compromiso y adaptación de los trabajadores en su desempeño también desde la perspectiva de los objetivos del bienestar laboral, y no sólo netamente mercantilistas”*.

2.2. La articulación del apoyo necesario para su implantación efectiva

Al margen del ya referido papel que corresponde a los agentes sociales y a las autoridades sanitarias, la legislación también se refiere a las políticas de promoción de la salud a la hora de listar las funciones de los servicios de prevención de riesgos laborales y de las mutuas. El apoyo de dichas entidades es muy importante, sobre todo para las pequeñas y medianas empresas, que emprenden con menor frecuencia políticas de promoción de la salud en el trabajo, porque no suelen contar, por sí mismas, con el asesoramiento técnico, la experiencia y los medios necesarios para poder adoptarlas con éxito. Si bien, como se expone a continuación, en torno al régimen jurídico aplicable a ambas posibilidades se plantean inconvenientes que pueden obstaculizar su actuación en la práctica. Tal vez por ello un 43 % de las empresas que llevan a cabo programas de

³¹³ Rec. núm. 152/2017.

promoción de la salud lo hacen con recursos personales propios, mientras que un 21 % lo hace a través del personal del servicio de prevención y solo un 14 % con la ayuda de su mutua³¹⁴.

En cuanto a los servicios de prevención de riesgos laborales, la atribución de la función de promocionar la salud de los trabajadores se realiza en el artículo 3.1.e del Real Decreto 843/2011³¹⁵. Su artículo 3.3 precisa que *“el servicio de prevención podrá realizar programas preventivos no relacionados directamente con riesgos laborales cuando estos hayan sido acordados en la negociación colectiva”*. Con todo, este mismo precepto indica que *“El tiempo dedicado a estas actividades deberá contabilizarse de manera diferenciada al del resto de las actividades del servicio sanitario del servicio de prevención”*. Por lo tanto, como el Real Decreto 843/2011 fija en su artículo 4 unas ratios de tiempo mínimo de dedicación del personal sanitario a la actividad preventiva estrictamente considerada, solo podrían ocuparse de la promoción de la salud por el tiempo de trabajo que les reste. Es decir, en función de su tamaño y del número de trabajadores que deba atender, puede darse con facilidad el caso de que el servicio de prevención se vea legalmente privado de cualquier margen de actuación para dedicar recursos sanitarios a la promoción de la salud de los trabajadores. Este límite no puede valorarse negativamente, porque trata de preservar una dedicación suficiente del personal médico al que es su cometido principal, pero hay que reconocer que obstaculiza la realización de actividades de promoción de la salud de los trabajadores.

Por lo que se refiere a las mutuas, en la Disposición adicional cuarta del Real Decreto 1630/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la prestación de servicios sanitarios y de recuperación por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (en adelante, Real Decreto 1630/2011), se contemplaba que *“las mutuas podrán participar, en los términos y con el contenido que se establezcan en las disposiciones de aplicación y desarrollo”*, entre otros, en el asesoramiento y desarrollo de planes de *“reducción de los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, que hayan sido acordados entre las empresas y los representantes de los trabajadores en el marco de la negociación colectiva”*. Esta previsión podría considerarse ilegal, porque se trata de una disposición reglamentaria que trasciende la limitación que contiene el 82.3 LGSS de las actividades preventivas de las mutuas a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Subsidiariamente, también podría considerarse tácitamente derogada por el Real Decreto 860/2018, de 13 de julio, por el que se regulan las actividades preventivas de la acción protectora de la Seguridad Social a realizar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (en

³¹⁴ Informe de Foment del Treball ‘La promoción de la salud en el trabajo: Resultados del estudio sobre las iniciativas y proyectos de promoción de la salud en el trabajo de las empresas’, publicado en 2019, p. 26.

³¹⁵ Asimismo, en el Anexo VI, punto 3º.d del RSP se incluye la promoción de la salud como uno de los contenidos mínimos que debe estar presente en el programa de formación de los médicos del trabajo.

adelante, Real Decreto 860/2018), que, al desarrollar el mismo precepto legal, omite cualquier referencia a la prevención de las contingencias comunes. Sin embargo, en las resoluciones de aplicación de este último reglamento, a través de las que el ejecutivo aprueba la planificación anual de las actividades de prevención de las mutuas, sí se ha incluido algún ámbito de actuación que ha de considerarse inscrito en la promoción de la salud, como es, por ejemplo, el fomento de los hábitos saludables en el entorno laboral³¹⁶.

Estos problemas de técnica jurídica coinciden, además, con otro inconveniente, que es la falta de incentivos económicos encaminados específicamente a apoyar la adopción de medidas generales de promoción de la salud en la empresa, más allá del que suponen, de por sí, todos los perjuicios que genera el absentismo. Para su introducción hubiera podido ser útil, como punto de partida, la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (en adelante, Ley 35/2010) que, sin embargo, fue tácitamente derogada³¹⁷ antes de llegar a ser nunca efectiva, también por falta de desarrollo reglamentario. El precepto contenía una autorización a las mutuas para que pudieran destinar parte de los excedentes obtenidos de la gestión de la incapacidad temporal al establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias comunes de las empresas. La medida beneficiaría a las organizaciones que hubieran reducido los costes de dicha prestación *“como consecuencia de la aplicación de planes pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores”* que modificaran las condiciones de trabajo, flexibilizaran el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores afectados por enfermedad común y mejoraran el control del absentismo injustificado.

Dicha medida se inspiraba en la reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a la que pueden optar las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral³¹⁸, que viene siendo suspendida en los últimos

³¹⁶ Apartado Primero.6. de la Resolución de 28 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social por la que se establece el Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2019.

³¹⁷ Su derogación tácita se deriva de su falta de inclusión en el texto del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³¹⁸ Dicho sistema de incentivos se fundamenta en el art. 97.2 LGSS que permite *“incentivar en las empresas la adopción de medidas y procesos que contribuyan eficazmente a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social”* y el art. 146.3 LGSS que permite reducir la cuantía de los tipos de cotización por contingencias profesionales *“en el supuesto de empresas que se distingan por el empleo de medios eficaces de prevención”*. Se hace efectivo en la actualidad a través del procedimiento previsto por el Real Decreto 231/2017, de 10 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan disminuido de manera considerable la siniestralidad laboral, que regula los preceptos legales que se acaban de referir.

años³¹⁹, planteando su ampliación a las contingencias comunes. Es cierto que su redacción era mejorable, porque su articulación técnica era algo confusa³²⁰ y no se mencionaban expresamente las políticas de promoción de la salud de los trabajadores. Pero algo que hacía que fuera especialmente interesante, a mi modo de ver, era que introducía un elemento de lógica social en la prevención del absentismo, al reconocer la utilidad de las acciones de mejora de la salud pactadas con los representantes de los trabajadores en el ámbito de la empresa. Si bien, el aspecto que más llamó la atención de una parte de la doctrina fue la alusión al control del absentismo injustificado, cosa que los llevó a situarse en contra de tal novedad legislativa, por considerar que tras la misma se escondía la intención de reforzar la fiscalización ejercida por el empresario sobre los procesos de incapacidad temporal de los trabajadores, sin establecer ningún tipo de garantía para estos últimos³²¹.

Por lo demás, la incentivación económica de las actuaciones de promoción de la salud que puedan llevar a cabo las empresas adquiere mayor sentido, si cabe, porque su aplicación requiere una inversión privada de la que se acaban beneficiando los sistemas públicos de salud y Seguridad Social. Así, por ejemplo, una de las actuaciones más recomendadas son las campañas de vacunación contra la gripe, porque es una de las mayores causas estacionales de incapacidad temporal³²². Pues bien, dicha vacunación acaba provocando, más allá de la consecuente reducción del absentismo laboral en la empresa, una externalidad positiva sobre la sociedad en su conjunto³²³, porque contribuye a evitar la propagación de esta enfermedad a través de la consecución de una mayor inmunidad de grupo. En ausencia de incentivos económicos para las empresas, ya empiezan a consolidarse en nuestro país ciertos incentivos de carácter moral o simbólico, entre los que destacan los promovidos por el INSST, como son el acceso a la 'Red española para la Seguridad y Salud en el Trabajo' y el 'Reconocimiento a las buenas prácticas empresariales en promoción de la salud en el trabajo'.

³¹⁹ Vid., como más reciente, la disposición adicional centésima vigésima séptima de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

³²⁰ Vid., TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F.: 'Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: La opción por el control público, en AA.VV.: Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Dir. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Madrid, 2005, p. 237, valorando positivamente el espíritu de la medida por separarse de las medidas tradicionales de control del fraude, pese a señalar algunos defectos técnicos en los que incurría la misma.

³²¹ LÓPEZ INSUA, B.: 'Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal; el nuevo papel de las mutuas en la reforma legislativa en curso', Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 165, (2014), p. 23 de la versión digital y OLARTE ENCABO, S.: 'Control y gestión... cit., p. 15.

³²² Informe de Mutua Universal 'Medidas para la mejora del Absentismo', ejemplar fotocopiado, p. 5 o 'Cómo gestionar el absentismo en mi empresa: Guía de implantación y buenas prácticas' elaborada por la mutua ASEPEYO, p. 139.

³²³ Vid., OMS: Ambientes de Trabajo Saludables... cit., p. 20.

2. El refuerzo de la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores en incapacidad temporal por contingencias comunes

El apoyo a la recuperación médica del trabajador influye en las tasas de absentismo laboral porque reduce la duración media de los procesos por incapacidad temporal. Permitir la curación del trabajador es precisamente la finalidad de la incapacidad temporal y, por ello, la prestación de asistencia sanitaria es un requisito constitutivo de la misma, conforme al artículo 169.1.a LGSS. Por la misma razón, conforme al artículo 174.1 LGSS, el regreso a la empresa se produce, como regla general, *“por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual”*. Puesto que la mejora de la atención sanitaria es una política antiabsentista eficaz, se han ido consolidando, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, varias medidas dirigidas a favorecer la recuperación de los trabajadores afectados por patologías derivadas de contingencias comunes.

Evidentemente, debería ofrecerse al trabajador la mejor atención médica disponible, con independencia del origen de la contingencia causante de su dolencia. Si bien, en el caso de las contingencias profesionales, la atención sanitaria, igual que la gestión económica, corresponde generalmente a las mutuas, por lo que suele darse con prontitud y sin dificultades reseñables. Ello se explica, en parte, porque las mutuas sufren una menor presión asistencial y, sobre todo, porque tienen un fuerte incentivo para tratar a los trabajadores lo mejor y más rápido posible, puesto que abonan directamente la prestación que estos perciben mientras están ausentes. Es decir, tienen un interés económico directo en que los trabajadores se curen cuanto antes.

En cambio, en el caso de las contingencias comunes, la prestación sanitaria corresponde a los servicios públicos de salud, que no tienen un incentivo similar, porque la gestión económica de los procesos corresponde, o bien a las mutuas, o bien al INSS³²⁴. Dicho de otro modo, los problemas de gestión sanitaria o de exceso de demanda que puedan producirse en la sanidad pública, no generan un coste directo para las arcas autonómicas, pero sí ocasionan un gravamen adicional para las entidades gestoras y colaboradoras que asumen el pago de la prestación. De ahí que la asistencia sanitaria relativa a las contingencias comunes resulte más problemática y merezca una mayor atención desde la perspectiva de las políticas públicas antiabsentistas. Por ello se han articulado una serie de mecanismos que tienen en común permitir al INSS y a las mutuas influir o intervenir, para reforzarla, en la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores por la sanidad pública, porque están directamente interesados en su éxito terapéutico.

2.1. Los convenios de colaboración del INSS con las Comunidades Autónomas

Por lo que respecta al INSS, para evitar el perjuicio excesivo de las arcas de la Seguridad Social, se han adoptado acuerdos dirigidos a estimular la implicación de las Comunidades Autónomas en esta materia. Así, desde el año 1998, la entidad gestora ha

³²⁴ AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 47.

venido suscribiendo convenios generales de colaboración con las administraciones autonómicas³²⁵ a través de los cuales se promueve una mejor gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En dichos convenios se prevé un Plan de Actuación a realizar por los servicios públicos de salud y unos objetivos de racionalización del gasto que supone este subsidio. En función del grado de cumplimiento de los acuerdos, que es evaluado anualmente por una comisión mixta, el INSS transfiere a las Comunidades una asignación presupuestaria por la cantidad que se haya pactado en cada caso. De este modo, el INSS comparte con las entidades que dispensan las bajas y llevan a cabo su seguimiento ordinario parte de su interés económico en la utilización racional de los recursos que supone el abono de la prestación económica. A este respecto, cabe destacar que, últimamente, los fondos transferidos por el INSS ya no se canalizan en abstracto al sistema autonómico de salud³²⁶. Por el contrario, tienen una orientación finalista y deben destinarse obligatoriamente al control y gestión de la incapacidad temporal, incluyendo la modernización de los equipos informáticos, materiales y humanos y a la incentivación económica de los médicos.

Por un lado, en el Plan de Actuación se recogen distintas actividades a realizar por los servicios sanitarios autonómicos que tratan de solventar algunos de los problemas tradicionales que estos presentaban de cara a la gestión de la incapacidad temporal. Así, se incluyen, entre otras, la formación de los profesionales sanitarios en materia de incapacidades laborales o la fluidez de su coordinación con el INSS a través de medios digitales. Como novedad muy positiva, en los últimos convenios generales, se vienen incluyendo también actividades particulares dirigidas a mejorar el tratamiento de algunos de los trastornos incapacitantes más comunes entre la población activa, que en el pasado³²⁷ se venían pactando por separado mediante convenios específicos puntuales. Estas actividades incluyen la creación de Unidades Asistenciales Especializadas para el control de patologías musculoesqueléticas o de psiquiatría menor centrados en la atención precoz de los pacientes que hayan iniciado una incapacidad temporal por estas causas. También se contempla el nombramiento de Médicos Consultores Expertos en las mismas enfermedades que asistan telemáticamente a los médicos de atención primaria en sus valoraciones sobre la capacidad laboral de los trabajadores afectados.

Por otro lado, los objetivos de racionalización del gasto se disponen para evaluar los resultados obtenidos con la aplicación del Plan de Actuación. De este modo, también se retribuye económicamente, además del cumplimiento de las actividades pactadas, el

³²⁵ Vid., por ejemplo, la Resolución de 22 de febrero de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Aragón, para el control de la incapacidad temporal durante el período 2021-2022.

³²⁶ AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 23.

³²⁷ Vid., AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 23, 181 y ss., indicando su contenido y especificando que sus resultados no fueron especialmente positivos.

nivel de eficacia con el que hayan conseguido implantarse, medida en función de indicadores tales como el coste de la prestación por incapacidad temporal por afiliado y la prevalencia o la duración de las bajas reconocidas en el territorio de la Comunidad Autónoma. Además, se establecen también objetivos particulares para el seguimiento más riguroso de las incapacidades temporales de duración inferior a treinta días, por sus repercusiones sobre el sistema productivo. Para evaluar su cumplimiento se tiene en cuenta el número de procesos abiertos de esta naturaleza o el número de controles realizados sobre los mismos.

2.2. La colaboración de las mutuas en el tratamiento médico de los trabajadores

Por lo que respecta a las mutuas, es de destacar, en la misma línea, la atribución de competencias de asistencia sanitaria sobre procesos derivados de contingencias comunes. La función originaria de estas entidades había sido la cobertura de las contingencias profesionales sufridas por los trabajadores de sus empresas asociadas, incluida la prestación de asistencia sanitaria y la recuperación profesional. Si bien, dichas entidades experimentan a partir del año 1994 un proceso de notable ampliación de sus competencias hacia el ámbito de la gestión y control de los procesos derivados de contingencias comunes. Es en este marco en el que debe situarse la posibilidad que se les abre en 1997³²⁸ de intervenir en los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes cuya gestión económica les hayan atribuido las empresas realizando pruebas diagnósticas y proporcionando tratamiento médico o quirúrgico a los trabajadores.

La idea que reside detrás de esta medida es la siguiente. Las mutuas soportan el coste del subsidio por incapacidad de temporal por contingencias comunes cuando la empresa asociada se ha inclinado por dicha opción de aseguramiento, pero, igual que ocurre con el INSS, no tienen atribuida la gestión sanitaria de dichos procesos. Por lo tanto, estas entidades se ven económicamente perjudicadas por las disfunciones o retrasos de los servicios públicos de salud. Por ello, se les permite *“con la finalidad de evitar la prolongación innecesaria de los procesos”* que puedan realizar, por ellas mismas y con sus propios medios sanitarios, las actuaciones médicas necesarias o beneficiosas para el trabajador que se estén retrasando excesivamente en la sanidad pública (art. 82.4.d LGSS). En un primer momento, esta posibilidad se aplicaba solo a las incapacidades temporales que se prolongaban *“más de quince días a partir de la baja en el trabajo”* a causa de la no realización de *“actuaciones sanitarias de urgencia”*³²⁹. En cambio, estos dos requisitos deben entenderse hoy tácitamente derogados porque se

³²⁸ Real Decreto 576/1997, de 18 de abril, por el que se modifica el Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

³²⁹ Art. 82 Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

eliminan a la hora de incorporar esta facultad de las mutuas a la LGSS³³⁰. Por ende, las mutuas pueden actuar ya en la generalidad de procesos derivados de contingencias comunes, con independencia de su duración o del carácter urgente de la intervención.

Existe, de este modo, una vía rápida o preferente dentro del propio Sistema Público de Salud que ha de permitir, eludiendo las listas de espera, acelerar la curación de los trabajadores enfermos, creada en su momento y ampliada después con propósitos explícitamente antiabsentistas. Aunque acaso podría ser cuestionado desde la perspectiva de la ética clínica, desde una visión antiabsentista este aspecto merece una valoración positiva³³¹ puesto que, médicamente, es evidente que la llegada temprana del diagnóstico y la dispensación de un tratamiento adecuado en el tiempo y en la forma idónea es beneficiosa para la recuperación funcional del trabajador y mejora sus opciones de reincorporarse al trabajo con éxito³³². En este sentido, los procesos gestionados por las mutuas suelen registrar duraciones considerablemente inferiores a los gestionados por el INSS³³³. Ello se explica por la mayor prontitud con la que pueden actuar al disponer de los medios y la experiencia necesaria para tratar dolencias muy frecuentes, como son las de carácter traumatológico, así como por carecer de la presión asistencial que soportan los servicios públicos de salud³³⁴.

El artículo 82.4.d LGSS dispone que *“En ningún caso las pruebas y tratamientos [dispensados por las mutuas] supondrán la asunción de la prestación de asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes”*. Es decir, cuando actúan sobre contingencias comunes, las mutuas quedan subordinadas al criterio médico de los servicios públicos de salud, ya que esta facultad de colaboración no altera el reparto competencial. Por ello, se exige que las mutuas, antes de proceder a realizar intervenciones médicas, deban contar con la autorización del médico responsable del proceso en la sanidad pública. Este requisito ha sido objeto de crítica por parte del

³³⁰ La recomendación que da lugar a esta modificación se contiene en el Informe núm. 829 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre los procedimientos de contratación de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social aprobado el 26 de marzo de 2009, p. 93.

³³¹ Con la misma opinión, Vid., TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: ‘El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica’, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 59, (2005), p. 107.

³³² LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A. y VICENTE PARDO, J. M.: ‘Necesidad de políticas... cit.’, p. 396.

³³³ Vid., BENAVIDES, F. G. et. al.: ‘Evaluación de la gestión de los casos de incapacidad temporal por contingencia común de más de 15 días en Cataluña’, Gaceta Sanitaria, núm. 24, (2010), p. 16, mostrando que los casos gestionados por las mutuas finalizan más rápidamente que los gestionados por el INSS, tanto en régimen general como de autónomos, con independencia del sexo, la edad y la región sanitaria analizada. Además, los trabajadores cubiertos por las entidades colaboradoras tienen mayores probabilidades de regresar al trabajo. En cambio, con datos tomados en un mismo periodo para toda España, AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 120, no aprecia diferencia significativa alguna en la duración de las incapacidades temporales atribuible al ente gestor, sino que las explica por otras variables, como son las características de los trabajadores (más jóvenes y con mayor presencia de hombres, con mayor proporción de trabajadores autónomos) y de las empresas (pequeñas y medianas, con menor proporción de empleadores públicos) atendidos por las mutuas.

³³⁴ SANTOS GARCÍA, C. J.: ‘Factores de diversidad... cit.’, p. 1049.

Tribunal de Cuentas³³⁵, que lo considera económicamente ineficiente. Al respecto, se ha afirmado que la falta de respuesta del médico de cabecera o su negativa a que la mutua pueda diagnosticar o tratar al trabajador genera para esta entidad colaboradora un mayor gasto “*por causas ajenas a su gestión*”. Como solución a este problema, parecería adecuado marcar un plazo máximo de contestación por parte de los servicios de salud tras el cual se genere un silencio administrativo positivo a favor de la intervención de la mutua³³⁶.

Asimismo, también se exige que el trabajador preste su consentimiento para poder ser tratado por la entidad colaboradora. Si bien, desde el entorno de las mutuas, se ha propuesto, en clave *lege ferenda*, eliminar esta exigencia. Ello permitiría suspender la prestación económica por incapacidad temporal “*cuando el trabajador se niegue a que los servicios médicos de las mutuas puedan adelantar la realización de una determinada prueba diagnóstica o tratamiento rehabilitador, para la que se encuentra en lista de espera*”³³⁷. Esta modificación no estaría alejada de la idea que inspira el artículo 175.2 LGSS, en el que se indica que el derecho al subsidio por incapacidad temporal puede ser suspendido cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento médico que se le prescriba por parte del servicio público de salud. Por tanto, aunque no parece que este sea un problema especialmente frecuente en la práctica, por la falta de controversias judiciales al respecto, la idea merece una valoración positiva. Teniendo en cuenta que la incapacidad temporal sirve para proveer al trabajador del tiempo y la asistencia médica necesaria para recuperarse y poder volver al trabajo, no tiene mucho sentido permitir que este actúe en contra de dicha finalidad, negándose a ser tratado por la mutua.

Tras la intervención de la mutua, los resultados de las pruebas diagnósticas y los informes relativos a las intervenciones realizadas deben ponerse a disposición de los médicos de atención primaria o especializada del servicio público de salud responsables de cada proceso, a quienes sigue correspondiendo su gestión y control posterior. Por ello, las mutuas deben incorporar dichos datos a las plataformas informáticas articuladas para la transmisión de información entre entidades. Asimismo, en cuanto a la financiación de estas actividades, las mutuas deben asumir inicialmente su coste, pero, como se trata de actuaciones/obligaciones que les son ajenas³³⁸, serán

³³⁵ Informe núm. 1027 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre la gestión y control de la incapacidad temporal por las entidades del sistema de la Seguridad Social aprobado el 27 de marzo de 2014, p. 88.

³³⁶ La consideración del Tribunal de Cuentas fue tenida en cuenta por parte del ejecutivo, que en el borrador de Proyecto de Reglamento sobre colaboración en la gestión de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social publicado en enero del 2018 limitó el plazo del médico del servicio público para pronunciarse a cinco días, produciéndose, de lo contrario, un silencio administrativo positivo. Si bien, dicha norma no ha llegado a ser aprobada.

³³⁷ V Informe Adecco Absentismo, del año 2016, p. 199.

³³⁸ TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F.: ‘Poder de dirección... p. 240.

posteriormente resarcidas por los servicios autonómicos de salud, que son a quienes hubiera correspondido, en principio, su realización (art. 82.4.g LGSS).

Por último, se indica también que *“las pruebas diagnósticas y los tratamientos terapéuticos y rehabilitadores se realizarán principalmente en los centros asistenciales gestionados por las mutuas para dispensar la asistencia derivada de las contingencias profesionales”* (art. 82.4.d *in fine* LGSS). Con todo, también se autoriza que, con carácter subsidiario, dichas actividades puedan realizarse en centros concertados autorizados. Es decir, si la mutua que gestiona el proceso no cuenta con los medios propios adecuados para las actuaciones médicas requeridas, podrá acordar que las realicen otras mutuas con las que se hayan firmado convenios de colaboración o, solo en el caso de que puedan darse en términos económicamente más ventajosos que la opción anterior, clínicas privadas³³⁹. Teniendo en cuenta que esta última posibilidad supone la destinación de fondos públicos a la sanidad privada, el Tribunal de Cuentas ha detectado, en alguna ocasión, el incumplimiento de los requisitos legales y los objetivos de eficacia y racionalización del gasto público que se exigen para realizar este tipo de contratación³⁴⁰.

Con idéntico sentido que las mutuas, existe también alguna empresa que se compromete en la negociación colectiva a la dotación de fondos económicos destinados a adelantar, en el contexto de su acción social y a través de sus servicios médicos, el diagnóstico de los trabajadores que se encuentren en incapacidad temporal, en aquellos casos en los que la Seguridad Social presente demoras importantes en la realización de las pruebas necesarias o en que no proporcione en un tiempo prudencial la rehabilitación necesaria para su curación³⁴¹. Una previsión de este tipo, que no es habitual entre los convenios colectivos españoles, resulta indiscutiblemente positiva para la contención del absentismo, sobre todo porque se presta, según se indica, en plena coordinación con los médicos del servicio público de salud. Es cierto que puede ser prescindible en aquellas empresas que hayan optado por atribuir la gestión de los procesos derivados de contingencias comunes a una mutua, porque, como acaba de verse, esta entidad ya realiza actuaciones similares. Pero, en cambio, cabe esperar que resulte especialmente útil y efectiva en el caso contrario.

³³⁹ Respectivamente, arts. 6 y 11 del Real Decreto 1630/2011.

³⁴⁰ Informe núm. 1119 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre la gestión y el control efectuados por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en materia de asistencia sanitaria concertada por medios ajenos, aprobado el 26 de noviembre del 2015, p. 113.

³⁴¹ Art. 7 del II Convenio colectivo de Compañía Española de Petróleos, SA, para sus refinerías de San Roque (Cádiz), La Rábida (Huelva) y Santa Cruz de Tenerife (BOE 6/10/2020).

IV. LA FACILITACIÓN DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

Las dificultades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral pueden incrementar el absentismo. Ello se debe principalmente a que este es un aspecto que empeora, a la vez, la calidad de vida laboral y el riesgo moral que afecta a la incapacidad temporal. Así, por un lado, las tensiones psicológicas que se derivan del surgimiento de un conflicto entre el trabajo y la familia perjudican el nivel de satisfacción laboral de los trabajadores y su compromiso con la organización³⁴². Todo ello es susceptible de empeorar indirectamente su salud, bienestar y motivación laboral, generando un mayor número de ausencias por causas médicas con fundamento real. Por otro lado, si los trabajadores no tienen acceso a soluciones adecuadas que les permitan cuidar de sus familiares cercanos, puede aumentar el fraude que suscita la incapacidad temporal, en la medida que las necesidades de conciliación aumentan la demanda de tiempo libre³⁴³. Desde este doble punto de vista, las medidas antiabsentistas de mejora de la conciliación laboral y familiar se insertan principalmente en el marco de las políticas enfocadas a mejorar la salud y la calidad de vida de los trabajadores, pero también consideran la lógica económica de una prestación especialmente afectada por el riesgo moral.

En particular, cuando se alude a que las necesidades de conciliación acentúan el riesgo moral se hace referencia a que la incapacidad temporal permite obtener un resultado similar a los llamados derechos de conciliación de ausencia, sin tener que padecer sus desventajas salariales. Así, excepto en el caso de los permisos retribuidos del artículo 37.3 ET, los mecanismos tradicionales que permiten a los trabajadores disponer de mayor tiempo para atender a sus familiares, como la excedencia del artículo 46.3 ET o a la reducción de jornada del artículo 37.6 ET, suponen una renuncia total o parcial a la remuneración habitual. En cambio, la incapacidad temporal ofrece un acceso alternativo al tiempo libre que necesitan los trabajadores, sin provocarles una pérdida tan significativa de sus ingresos. Esto es lo que hace tan atractiva esta prestación de Seguridad Social como vía de escape fraudulenta ante las dificultades de conciliación a corto y medio plazo, especialmente para las economías familiares más precarias³⁴⁴.

³⁴² En este sentido Vid., Eurofound: Striking a balance: Reconciling work and life in the EU, Luxemburgo, 2018, p. 56; BLANCO FERNÁNDEZ, S.; VELASCO RODRÍGUEZ, J. y GONZÁLEZ PAIS, C.: 'Despidos disciplinarios por fraude en incapacidades temporales ¿Qué simulamos y por qué?', Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 406, (2017), p. 118 o MORÁN ROA, S.: 'La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de la jornada: una herramienta para la igualdad de género y la productividad', Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 431, (2019), p. 209.

³⁴³ Vid., SUÁREZ, M. J. y MUÑIZ, C.: 'Unobserved heterogeneity... cit., p. 1147.

³⁴⁴ Lo señala el 'Documento sobre revisión del Pacto de Toledo' de 29 de enero del 2010, p. 35, elaborado por el Gobierno como aportación a los trabajos de dicha Comisión Parlamentaria, al indicar que "*en algunos casos la incapacidad temporal es el refugio que buscan, a veces desesperadamente, familiares que necesitan una ayuda pública para dedicarse al cuidado de seres queridos que padecen graves dolencias*" o, de modo semejante, el 'Estudio sobre el cuidado de menores con enfermedad grave: una

Lo anterior permite leer en clave antiabsentista, por ejemplo, la reforma del 2011 destinada a facilitar el cuidado por parte de los progenitores de sus hijos afectados por cáncer u otra enfermedad grave³⁴⁵. Dicha reforma da lugar a una figura que permite al padre o madre, cuando ambos trabajen, reducir su jornada de trabajo, al menos en un 50 %, para poder atender a los menores que requieren cuidado directo, continuo y permanente durante su hospitalización y tratamiento (art. 37.6 ET). Pero, a la vez, –y aquí es donde reside el punto más innovador– se compensa parcialmente la pérdida de ingresos que implica dicha reducción de jornada a través de una prestación de Seguridad Social (arts. 190 a 192 LGSS). De este modo se evita que a los problemas de salud del menor se les anuden posibles dificultades económicas de su unidad familiar. Esta configuración bicéfala contribuye a prevenir que los padres se vean abocados a la solicitud de una incapacidad temporal que sería indebida. Además, presenta dos ventajas adicionales como son (i) permitir que la ausencia del trabajador durante la jornada de trabajo sea parcial y no total y (ii) tener un conocimiento certero de la verdadera causa de la ausencia del trabajador y, en consecuencia, proporcionar un mayor apoyo y ejercer un mejor control, tanto institucional como empresarial.

Teniendo en cuenta el actual envejecimiento de la población y la importante incidencia que las patologías graves tienen sobre las personas de avanzada edad, seguramente habrá que plantearse en algún momento la aplicación de una medida similar al cuidado de los ascendientes de los trabajadores³⁴⁶. Este es un aspecto que no ha sido suficientemente estudiado todavía, pero ya existen algunos estados europeos de nuestro entorno, como Polonia, Holanda, Finlandia o Suecia donde se prevén derechos de ausencia similares, sufragados por fondos públicos, para la atención a familiares enfermos³⁴⁷. Con todo, sabiendo que los derechos de ausencia deberían ser idealmente subsidiados para que no indujeran al fraude en la incapacidad temporal, es evidente que, por razones de viabilidad financiera, una medida de esta naturaleza debería limitarse a supuestos excepcionales de especial gravedad. Cabe pensar que es por este tipo de motivos presupuestarios que la prestación para el cuidado de menores con cáncer tiene un carácter tan restringido y solo se aplica a niños que sufran alguna

propuesta normativa’ de la Fundación Mujer, Familia y Trabajo de 17 de diciembre de 2010, p. 26, en el que se afirma que existen problemas de conciliación que merecerían un tratamiento diferenciado y una protección especial, pero que, en cambio, aparecen enmascarados bajo diagnósticos de depresión.

³⁴⁵ En el mismo sentido, Vid., PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: ‘Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave’, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 1, (2011), p. 7.

³⁴⁶ Vid., en el mismo sentido, VILLALBA SÁNCHEZ, A.: ‘Los derechos de los trabajadores con personas de edad avanzada a su cargo. Una aproximación al cuidado de personas de edad avanzada desde el Derecho del Trabajo español’, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 195, (2017), p. 29.

³⁴⁷ Eurofound: Sustainable work... cit., p. 59.

de las enfermedades recogidas en un listado cerrado establecido reglamentariamente³⁴⁸.

Por lo demás, es evidente que, desde la perspectiva del presente trabajo, no sería razonable plantear únicamente la sustitución del absentismo médico fraudulento por absentismo legítimo por motivos de conciliación. La ausencia del trabajador puede ser indispensable en supuestos muy determinados en que la necesidad de conciliación requiera ineludiblemente una mayor disponibilidad de tiempo libre. Sin embargo, en el resto de casos, siempre resultaría preferible adaptar los aspectos organizativos del trabajo, flexibilizando la forma de prestación, la jornada o el horario para que el trabajador pueda compatibilizar el cumplimiento de sus quehaceres laborales con las tareas de cuidados. Por ello, reconocer a los empleados una mayor autonomía laboral también puede evitar que se vean en la tesitura de optar por solicitar una incapacidad temporal que sería fraudulenta³⁴⁹.

Los dos principales instrumentos de conciliación para el cuidado de hijos o familiares desvalidos han sido en nuestro ordenamiento jurídico la reducción de jornada del artículo 37.6 ET y la excedencia del artículo 46.3 ET. Ambas fórmulas conllevan, respectivamente, el abandono parcial y total de la actividad profesional, y, por lo tanto, traen asociados algunos de los ya referidos inconvenientes del absentismo laboral para las dos partes del contrato de trabajo. De un lado, la empresa sufre los perjuicios organizativos derivados de la necesidad de reorganización o sustitución del trabajador y, de otro, el trabajador (o, más frecuentemente, trabajadora) se ve alejado del mercado laboral en general y ve damnificada su trayectoria profesional en particular³⁵⁰. Por estos motivos, a los que se suman otros no menos importantes relacionados con la igualdad de género, la doctrina científica actual coincide en que los derechos de ausencia, retribuidos o no, deberían perder protagonismo en favor de los llamados derechos de presencia³⁵¹.

En esta línea, se recomienda a las empresas que, para prevenir el absentismo, permitan fórmulas de adaptación del trabajo que no supongan necesariamente una disminución del tiempo de trabajo pactado o faciliten a sus trabajadores el acceso a

³⁴⁸ Art. 2 del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

³⁴⁹ En este sentido, se reconoce en el 'Documento sobre revisión del Pacto de Toledo' de 29 de enero del 2010, p. 35, que, si no se aborda adecuadamente, la demanda de flexibilidad en el tiempo de trabajo puede derivarse como efecto perverso hacia la incapacidad temporal.

³⁵⁰ MORÁN ROA, S.: 'La conciliación... cit., p. 195.

³⁵¹ Vid., LAHERA FORTEZA, J.: 'Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar', Documentación Laboral, núm. 100, (2014), p. 49; JURADO SEGOVIA, A.: 'Introducción', en AA.VV., Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación, Dirs. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E., Madrid, 2020, p. 208; IGARTÚA MIRÓ, M. T.: Ordenación flexible... cit., p. 240 o VILLALBA SÁNCHEZ, A.: 'Los derechos de los trabajadores... cit., p. 24.

servicios profesionales de cuidados³⁵². La flexibilización del tiempo de trabajo, por ejemplo, ha sido relacionada, en múltiples ocasiones, con un descenso en las ausencias laborales de la plantilla (especialmente las de corta duración³⁵³), además de mejorar los niveles individuales de productividad, concentración y motivación³⁵⁴. Por otra parte, aunque no existe todavía ninguna evidencia científica equiparable a las anteriores, algunas autoras laboristas sugieren que la pérdida del control sobre el tiempo personal de los trabajadores puede derivar en presentismo laboral³⁵⁵, por lo que la flexibilización del tiempo de trabajo podría suponer también un instrumento para prevenir también este otro fenómeno³⁵⁶. En cuanto a la forma de prestación laboral, el teletrabajo también puede facilitar la conciliación y mejorar la salud y la productividad de los trabajadores, especialmente si tiene carácter ocasional y es combinado con trabajo presencial³⁵⁷. Sin embargo, el teletrabajo también conlleva el riesgo de favorecer el presentismo de los trabajadores, que son más susceptibles de trabajar enfermos cuando pueden hacerlo desde casa, cosa que perjudica su productividad y su recuperación, pudiendo tener efectos perniciosos sobre la salud a largo plazo³⁵⁸.

En este sentido apunta la reciente reforma del artículo 34.8 ET³⁵⁹, que otorga a los trabajadores con hijos menores de doce años el derecho de solicitar la adaptación razonable y proporcionada de la duración o distribución de su jornada de trabajo, así como de su forma de prestación, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Aunque también permitiría negociar variaciones cuantitativas en el tiempo de trabajo, se trata de un precepto que se inserta en la lógica de satisfacer las necesidades conciliadoras sin tener que recurrir a la ausencia parcial o total del trabajador, mitigando los obstáculos retributivos y de reintegración o promoción laboral que plantean las instituciones clásicas en esta materia³⁶⁰. El contenido material de los cambios a los que puede dar lugar este derecho es deliberadamente amplio, incluyendo, por ejemplo, la prestación del trabajo a distancia, la adaptación del horario diario, horquillas flexibles de entrada y salida, cambios o permutas de turno, bolsas de horas individuales en las que se integren las horas de descanso obligatorio por horas

³⁵² Informe de Mutua Universal 'Medidas para la mejora del Absentismo', ejemplar fotocopiado, p. 6, "*facilitación de horarios flexibles, bolsas de horas, días sin cole, guarderías en centro de trabajo...*" o en 'Cómo gestionar el absentismo en mi empresa: Guía de implantación y buenas prácticas' elaborada por la mutua ASEPEYO, p. 68.

³⁵³ LUSINYAN, L. y BONATO, L.: 'Work absence... cit.', p. 492.

³⁵⁴ BEAUREGARD, T. A. y HENRY, L. C.: 'Making the link between work-life balance practices and organizational performance', *Human Resource Management Review*, núm. 19, (2009), p. 15.

³⁵⁵ BALLESTER PASTOR, M. A.: 'La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo', *Revista de Derecho Social*, núm. 62, (2013), p. 54.

³⁵⁶ IGARTÚA MIRÓ, M. T.: *Ordenación flexible...* cit., p. 302.

³⁵⁷ Eurofound y ILO: *Working anytime anywhere: The effects on the world of work*, Luxemburgo, 2017, p. 53.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 30.

³⁵⁹ Operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

³⁶⁰ JURADO SEGOVIA, A.: 'Introducción'... cit., p. 208.

extraordinarias o prolongaciones de jornada³⁶¹. Como principal hándicap, este derecho “a solicitar” fórmulas de flexibilidad laboral presenta, por su indeterminación legal sobre las circunstancias que deben dar lugar a su concesión, una tendencia excesiva hacia la judicialización³⁶². Si bien, viene formalmente reforzado por el mandato europeo de establecer un sistema de protección frente al despido de los trabajadores que soliciten o disfruten de fórmulas de trabajo flexible³⁶³.

Los estudios empíricos sobre absentismo señalan que las formas de flexibilización del trabajo tienen mejores resultados si benefician a todos los trabajadores y no solo a aquellos con responsabilidades familiares (que son los únicos que estarían incluidos en el ámbito subjetivo de los derechos legales de conciliación), porque reflejan un mayor compromiso empresarial con las medidas a adoptar y evitan despertar recelos entre compañeros³⁶⁴. Por ello, cuando el modelo productivo de la empresa lo permita, es recomendable la instauración generalizada de las formas de trabajo flexible, más allá del ejercicio individual del derecho del artículo 34.8 ET. Ciertamente, la vía natural para la regulación de este aspecto es la negociación colectiva, que ya cuenta con cierta tradición al respecto³⁶⁵. En su defecto, la empresa puede instaurar unilateralmente sistemas de flexibilización horaria que permitan al trabajador individual modular voluntariamente, por ejemplo, la duración de los descansos o el momento de inicio y finalización de su jornada. Según el Tribunal Supremo³⁶⁶, este tipo de ofrecimiento no requiere generalmente la aplicación de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41.1.b ET porque no afecta al “núcleo esencial” del régimen aplicable al tiempo de trabajo.

Actualmente un 69 % de los trabajadores españoles trabaja con un horario fijo de entrada y salida, bastante por encima de la media europea, que se sitúa en un 61 %³⁶⁷. Con todo, a un 68 % de los trabajadores les resulta fácil conseguir una o dos horas libres

³⁶¹ THIBAUT ARANDA, J.: ‘Naturaleza y alcance del derecho’ en AA.VV., Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación, Dirs. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E., Madrid, 2020, p. 226.

³⁶² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: ‘Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)’, Labos, Revista de Derecho del Trabajo y protección social, núm. 2, (2021), p. 13.

³⁶³ Vid., MONREAL BRINGSVEARD, E.: ‘El derecho a la desconexión digital’, Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo), Dirs., MONREAL BRINGSVAERD, E.; THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., Valencia, 2020, p. 632, indicando que la posterior aprobación de la Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, obliga a los estados a adoptar las medidas necesarias para prohibir el despido de un trabajador por haber ejercitado el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible.

³⁶⁴ BEAUREGARD, T. A. y HENRY, L. C.: ‘Making the link... cit., p. 13.

³⁶⁵ Vid., IGARTÚA MIRÓ, M. T.: Ordenación flexible... cit. p. 287.

³⁶⁶ STS 17/12/2004 (Rec. núm. 42/2004).

³⁶⁷ OSHA: ESENER 3. Acceso directo al panel de control interactivo vía <https://visualisation.osha.europa.eu/esener#!/en/survey/datavisualisation/2019> (Fecha de consulta: 19/06/2020).

durante la jornada laboral para atender asuntos personales o familiares. En cuanto a la posibilidad de adaptar el horario de trabajo a las necesidades de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, en un 66 % de los casos este viene establecido por la empresa, sin posibilidad de cambios por parte del trabajador. Estas cifras son coherentes con las recogidas en la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo en la que los trabajadores cubiertos por convenios colectivos que contemplan la adaptación de la jornada como medida de conciliación se vienen situando desde 2015 entre el 29 y el 37 %. A tenor de estos indicadores, la impresión es que la capacidad de los trabajadores para autogestionar, con cierto margen, su tiempo de trabajo no está todo lo generalizada que sería deseable. Algo similar ocurre con la posibilidad de teletrabajar, al menos varios días a la semana. A este respecto, nuestro país también se sitúa por debajo de la media europea, tanto antes de la crisis sanitaria (12 % de trabajadores frente al 15 % de la UE) como durante la misma en primavera de 2021 (39 % de trabajadores frente al 42 de la UE)³⁶⁸.

³⁶⁸ Eurofound: Working during covid. Acceso directo al panel de control interactivo vía <https://www.eurofound.europa.eu/data/covid-19/working-teleworking> (Fecha de consulta 4/11/2021).

CAPÍTULO TERCERO:

LA DESINCENTIVACIÓN ECONÓMICA DEL ABSENTISMO POR INCAPACIDAD TEMPORAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En función de la teoría del riesgo moral, el comportamiento de los trabajadores ante la incapacidad temporal viene influido por lo rentable que les resulte su ausencia en términos económicos y por la facilidad con la que puedan acceder a la baja o mantenerse en ella. Por ende, las políticas enfocadas a la mitigación del riesgo moral van destinadas a incidir sobre dichos factores, modulando los incentivos económicos que se desprenden de la configuración jurídica de la incapacidad temporal y reforzando los controles sobre la misma. Como ya se había advertido, estas medidas resultan más polémicas que las anteriores desde un punto de vista social, porque representan el ejercicio de una mayor presión sobre el trabajador, ya sea a nivel económico o de fiscalización de su salud y comportamiento³⁶⁹. En relación con la clasificación de las ausencias establecida en el presente trabajo, este tipo de medidas deberían resultar eficaces para abordar (i) las ausencias debidas a dolencias de relativa gravedad en las que el componente motivacional del trabajador tiene una influencia relevante y (ii) las ausencias fraudulentas. En cambio, deberían quedar fuera de su alcance las ausencias provocadas por patologías indudablemente incapacitantes, que tienen como única causa el deterioro de la salud del trabajador. Es decir, sería conveniente intentar que estas estrategias no revirtieran en un mayor presentismo de los trabajadores.

Este género de políticas han sido las que han centrado históricamente la actuación del legislador y los agentes sociales a la hora de tratar el problema del absentismo laboral. Desde su perspectiva se han ideado la inmensa mayoría de reformas normativas en materia de incapacidad temporal y se han configurado el grueso de disposiciones convencionales sobre la materia. De hecho, se ha señalado que la iniciativa normativa en torno a la incapacidad temporal se ha venido caracterizando por una naturaleza ambivalente, a caballo entre la degradación de la protección social y el incremento del control³⁷⁰. Como se verá, el legislador se centró primero en la desincentivación económica directa de las ausencias, cuando en 1980 redujo la cuantía de la prestación, y en la desincentivación indirecta de la incapacidad temporal a través de la presión sobre los empresarios, cuando en 1992 se les hizo asumir parte de su coste. De ahí en adelante

³⁶⁹ Vid., como ejemplo reciente, además de algunas argumentaciones doctrinales que se irán citando en el presente Capítulo, la posición sindical que se recoge en el Informe de CCOO 'El absentismo laboral', publicado en diciembre de 2019, p. 11 calificando de inadmisibles los controles a los que están sujetos los trabajadores en incapacidad temporal y p. 24 sobre las medidas de desincentivación económica de la ausencia.

³⁷⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: 'El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (i)', Relaciones laborales, núm. 12, (2011), p. 4 de la versión digital.

las reformas se centraron en las medidas de control, que supondrían una ampliación progresiva de las competencias de las mutuas y el INSS, iniciada en 1994 y 1997, respectivamente. En consecuencia, sin querer minusvalorar la importancia de las políticas enfocadas a la mejora de la salud de los trabajadores, este estudio debe atenerse a la realidad jurídica que le viene dada y, por ello, gran parte del análisis se dedica a las medidas de desincentivación económica y fiscalización del absentismo.

La primera de las estrategias que se utiliza para reducir el riesgo moral, desde su planteamiento teórico en el seno del sector asegurador, es establecer incentivos económicos que guíen el comportamiento del agente o asegurado. La premisa de esta teoría económica es que, en una situación en la que el asegurador se encuentra en desventaja informativa, porque no tiene un conocimiento exacto del daño producido, el asegurado puede tener motivos para fingirlo o magnificarlo, si entiende que le beneficia. Por ello, a través de los estímulos económicos, se busca que el asegurado se incline por evitar el riesgo o reducir su impacto, haciendo coincidir su mejor interés con el del asegurador. Aplicando lo anterior a la incapacidad temporal, si esta no le afecta patrimonialmente, el trabajador puede tender a ausentarse más de lo que sea necesario en relación con su estado de salud. Por ello, se trata de hacer que la ausencia le repercuta económicamente, evitando que el fraude le resulte atractivo, por rentable. De ahí la ya referida idea, sostenida y demostrada por la doctrina económica que se ha ocupado de estudiar el absentismo, de que, cuanto más cara le resulta la ausencia al trabajador, más se lo piensa a la hora de decidir ausentarse y más se preocupará de no alargar su ausencia más de lo necesario.

La rentabilidad total de la ausencia viene determinada por sus repercusiones económicas directas e indirectas sobre el trabajador, una clasificación que orientará sistemáticamente el análisis jurídico de las figuras sobre las que se erige. Las repercusiones directas son conocidas por el trabajador a la hora de adoptar su decisión de acudir o no a trabajar y se desprenden automáticamente de su presencia o ausencia en el trabajo. Por lo tanto, pueden calcularse fácilmente deduciendo de los ingresos salariales que percibiría normalmente conforme a su contrato (incluidos los componentes variables, que también pueden depender de las tasas de absentismo laboral), el total de la renta sustitutiva que percibiría en caso de ausentarse, compuesta por el subsidio de Seguridad Social y, en su caso, mejoras voluntarias. En este campo, corresponderá centrarse tanto en los aspectos de la prestación social y las mejoras voluntarias que puedan auspiciar comportamientos estratégicos de los trabajadores, como en los mecanismos jurídicos establecidos o que convendría establecer para evitarlo. También se tendrán en cuenta los complementos salariales utilizados para premiar a los trabajadores que presenten un bajo nivel de absentismo.

Por el contrario, las consecuencias económicas indirectas de la ausencia se refieren eminentemente al riesgo incierto pero probable para el trabajador de perder el

empleo. La extinción del contrato de trabajo constituye un coste económico para la mayoría de trabajadores, en la medida en que el salario es su principal fuente de ingresos y la prestación por desempleo (que percibirán de cumplir los requisitos correspondientes y de no encontrar al instante un nuevo trabajo) siempre es inferior. En este caso, la materialización del coste no es inmediata, porque depende de la decisión de la empleadora, que vendrá modulada por factores externos, como lo costoso que el absentismo le resulte a la organización y el régimen jurídico aplicable al despido de los trabajadores que se encuentran en incapacidad temporal o que acumulan un cierto índice de ausencias al trabajo. Además, las repercusiones indirectas de la ausencia tampoco pueden cuantificarse con carácter general y previo, ya que difieren en función de distintas variables, como, por ejemplo, lo difícil que pueda resultarle al trabajador volver a ser contratado, en función de la coyuntura del mercado de trabajo.

II. LAS REPERCUSIONES DIRECTAS DE LA AUSENCIA: EL SISTEMA LEGAL Y CONVENCIONAL DE INCENTIVOS ECONÓMICOS VINCULADOS A LA INCAPACIDAD TEMPORAL

En abstracto, los incentivos económicos directamente destinados a reducir el riesgo moral en cualquier ámbito pueden ser de dos tipos: negativos o positivos. Los primeros implican una sanción por no cumplir el objetivo de quien incentiva, y los segundos llevan aparejado un beneficio para el incentivado que se percibirá si este actúa en la dirección marcada³⁷¹. Siguiendo el modelo de las medidas adoptadas en el sector asegurador para contener el riesgo moral, un incentivo negativo sería, por ejemplo, establecer la obligación de pagar una cantidad fija o un porcentaje de los gastos a modo de sanción económica cada vez que el asegurado declara un siniestro. En cambio, un incentivo positivo típico del mismo ámbito sería, por ejemplo, premiar a aquellos conductores que no han dado partes durante un determinado periodo de tiempo con una rebaja en la prima debida³⁷². En este segundo caso, no es que la consumación del riesgo genere un gasto directo, pero sí supone perder la oportunidad de acceder a una ventaja económica, por lo que el patrimonio potencial del asegurado se vería igualmente perjudicado.

Cuando se traslada la anterior clasificación al ámbito de las políticas públicas y privadas frente al absentismo laboral, se observa que ambas tipologías de incentivos económicos han sido incorporadas, de diverso modo, a las distintas fuentes normativas del Derecho del Trabajo. Así, a nivel legislativo se han utilizado únicamente incentivos negativos, reduciendo la protección económica prestada a los trabajadores durante su ausencia para disuadirles de iniciarla o prolongarla artificialmente. Lo que se hace es,

³⁷¹ PÉREZ DEL PRADO, D.: Intensidad, duración y tutela de la prestación por desempleo: Los efectos económicos de la protección frente al paro, Madrid, 2014, p. 277.

³⁷² PÉREZ DEL PRADO, D.: 'La incapacidad... cit., p. 1161.

por tanto, dejar parte del riesgo asegurado (ausencia) sin cubrir, de forma que su coste tenga que ser asumido parcialmente por el agente (trabajador), en lugar de ser transmitido en su integridad al asegurador (empresario y Seguridad Social). A nivel convencional, en cambio, se detectan tanto incentivos negativos, generados a través de la configuración antiabsentista de las mejoras voluntarias, como incentivos positivos, en forma de complementos salariales que buscan recompensar la presencia de los empleados en el centro de trabajo.

1. Medidas adoptadas a nivel legislativo: La configuración cuantitativa de la prestación por incapacidad temporal y sus límites

La teoría del riesgo moral ha tenido un papel determinante en la configuración histórica de la regulación de la prestación por incapacidad temporal en los estados europeos, influyendo de forma determinante en las decisiones legislativas sobre su dimensión cuantitativa. La muestra más clara de ello, en nuestro país, es que las principales medidas de desincentivación económica adoptadas respecto de la prestación por incapacidad temporal que se describen a continuación se centran en los procesos derivados de contingencias comunes, que son los más sensibles a posibles intentos de manipulación, e ignoran los procesos derivados de contingencias profesionales. Otra muestra de que las decisiones sobre la dimensión cuantitativa del subsidio están inspiradas por la teoría del riesgo moral es que los desincentivos económicos dirigidos a trabajadores y empresarios se centran en el periodo inicial de la ausencia, cuando el proceso no ha sido sometido a más controles que su declaración por el médico de atención primaria.

En primer lugar, destaca la introducción, ya desde la propia Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, de un periodo de espera por el que se retrasa el nacimiento del derecho al subsidio para la protección de las contingencias comunes hasta el cuarto día de baja. Dicho periodo de desprotección, en cambio, no se aplica a los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso el subsidio se abona desde el día siguiente a la baja, que corre a cargo del empresario (art. 173.1 LGSS). Esta separación temporal entre el devenir de la contingencia causante y el devengo del derecho al subsidio es un recurso que ha sido utilizado por más de la mitad de países europeos en el diseño de sus prestaciones por incapacidad temporal, con plazos que oscilan entre uno y siete días a partir del momento de la baja³⁷³. De este modo se consigue que, si el trabajador decide ausentarse sin concurrir los requisitos de la incapacidad temporal, tenga que hacerlo, al menos, a su propio cargo, sin que el coste sea transferido, ni al empresario, ni al sistema de protección³⁷⁴. El periodo de espera se aplica a todas las ausencias, con independencia de su duración³⁷⁵, por lo que

³⁷³ European Commission: *Sick pay...* cit., p. 14.

³⁷⁴ PÉREZ DEL PRADO, D.: 'La incapacidad...' cit., p. 1164.

³⁷⁵ TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal: régimen jurídico y negociación colectiva*, Madrid, 1996, p. 35. Dichos autores proponen, para remediarlo, que el periodo de

desincentiva cualquier baja por incapacidad temporal. Aun así, sus efectos disuasorios son más notables en las ausencias de hasta tres días, durante las que la pérdida patrimonial será total.

Esta medida ha sido sometida a dos críticas. La primera es que se trata de una solución injusta porque, con la voluntad de disuadir los comportamientos deshonestos, se acaba perjudicando al conjunto mayoritario de trabajadores que padecen dolencias verdaderas³⁷⁶. Además, el periodo de espera puede perjudicar en mayor medida a los trabajadores con rentas más bajas y menor capacidad de ahorro³⁷⁷, que tienen menos margen para hacer frente a imprevistos económicos. Pese a todo, lo cierto es que la razón de ser de esta medida obedece precisamente a la práctica imposibilidad apriorística de distinguir las incapacidades temporales verdaderas de las fraudulentas. La segunda crítica, por otra parte, cuestiona el verdadero objetivo del periodo de espera, afirmándose que, más que una medida eficaz contra el absentismo laboral, se trata de una medida de índole financiero, adoptada por la Administración para contener sus propios gastos³⁷⁸. Aun así, hoy en día es el empresario el que se beneficia de tal recorte en la prestación, ya que le corresponde su abono hasta el decimoquinto día de baja.

En segundo lugar, la previsión legislativa con mayor incidencia sobre la configuración de los incentivos económicos que se desprenden de la incapacidad temporal fue el artículo único del Real Decreto 53/1980, de 11 de enero por el que se modifica el artículo segundo del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, respecto a la prestación de incapacidad laboral transitoria. Se establece en el mismo que la cuantía de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes es, durante el periodo comprendido entre el cuarto y el vigésimo día de baja, del 60 % de la base reguladora correspondiente. Por tanto, se produce una reducción, durante tal periodo, de la cuantía de la prestación, que hasta entonces había sido del 75 % a lo largo de todo el transcurso del proceso. Así, se genera una nueva diferenciación de trato respecto de las incapacidades derivadas de contingencias profesionales, que se mantienen desde el primer día con una cobertura del 75 %. Como se señala en la propia exposición de motivos de la norma, su objetivo era mitigar la repercusión que para la

espera solo juegue en los procesos incapacitantes de corta duración y superado un determinado periodo de tiempo se retrotraigan los efectos económicos al inicio de la situación de incapacidad. Con todo, a mi modo de ver, dicha medida podría generar un nuevo incentivo económico perverso, que llevara a los trabajadores a intentar alargar sus ausencias hasta los cuatro días para recuperar lo perdido durante los tres primeros.

³⁷⁶ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 145 y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: 'El control de las bajas...' cit., p. 4.

³⁷⁷ MUÑOZ MOLINA, J.: La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social, Cizur Menor, 2005, p. 169.

³⁷⁸ FERNÁNDEZ PRATS, C.: La protección... cit., p. 169.

economía nacional tenía el uso desviado de la prestación por incapacidad temporal, intentando corregir dicha conducta y reducir así el nivel de absentismo.

Al respecto, un estudio empírico longitudinal realizado sobre datos de nuestro país³⁷⁹ sugiere que la medida puede estar siendo efectiva, al observar que las incapacidades temporales de menos de dieciséis días suelen ser, de media, ligeramente más breves cuando se derivan de contingencias comunes que cuando se derivan de contingencias profesionales. Tal diferencia se atribuye a la menor compensación económica que se percibe al principio de las incapacidades temporales por causas comunes, por lo que los trabajadores se verían incentivados a limitar la extensión temporal de su baja. Es decir, los trabajadores con dolencias menores derivadas de contingencias profesionales tardarían comparativamente más en volver al trabajo porque su protección económica es mayor. Esta conclusión se ve respaldada, además, por el hecho de que la tendencia se invierte en el caso de las incapacidades temporales de mayor gravedad. Es decir, las incapacidades temporales por contingencias comunes que superan los dieciséis días presentan una duración media superior a las derivadas de contingencias profesionales.

La doctrina critica que esta medida perjudica a los trabajadores que hacen un buen uso de la protección social pública³⁸⁰. Y también, en este sentido, cabe manifestar que la fijación temporal de la cuantía de la prestación al 60 % de la base de cotización podría estar friccionando con el artículo 12 de la Carta Social Europea, por el que se obliga a los estados miembros del Consejo de Europa a mantener un nivel de protección satisfactorio de los sistemas de Seguridad Social, de acuerdo con la interpretación auténtica que realiza de dicho precepto el Comité Europeo de los Derechos Sociales. Dicho órgano ha manifestado en distintas ocasiones³⁸¹ que considera insuficiente la cuantía del subsidio en esta fase, llegándola a calificar de “*manifiestamente inadecuada*”³⁸², por no garantizar que los interesados perciban en todo caso un nivel de ingresos de protección social que nunca caiga por debajo del umbral de pobreza. Como se verá a continuación, es cierto que, en no pocas ocasiones, los trabajadores tienen reconocido por convenio colectivo el derecho a que la empresa mejore el subsidio, por lo que, en la práctica, pueden recibir una cuantía superior. Con todo, este hecho no sirve para cuestionar los argumentos del Comité, porque el régimen público de Seguridad Social debe ser suficiente por sí mismo, también por mandato constitucional.

Estas objeciones del Comité Europeo de los Derechos Sociales están invitando a plantear una revisión normativa de este extremo. En este sentido, podría revertirse la

³⁷⁹ BENAVIDES, F. G. et. al.: ‘Does return to work occur earlier after work-related sick leave episodes than after non-work-related sick leave episodes? A retrospective cohort study in Spain’, *Occupational & Environmental Medicine*, núm. 66, (2009), p. 67.

³⁸⁰ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 119.

³⁸¹ Vid., en último lugar, las Conclusiones XXI-2 (2017) publicadas en enero del 2018, p. 188.

³⁸² Conclusiones XX-2 (2013), publicadas en noviembre de 2014, p. 20.

medida, volviéndose a elevar el tipo de la prestación al 75 %, respecto del cual el Comité no ha mostrado nunca ninguna objeción. Si bien, también existen otras opciones que permiten, a nivel jurídico, mantener con carácter general el desincentivo a las ausencias cortas por contingencias comunes, garantizando, al mismo tiempo, un nivel de protección adecuado a los trabajadores más vulnerables. Para ello, podría pensarse, por ejemplo, en el establecimiento de un complemento por mínimos, al estilo de los previstos para otras prestaciones contributivas de nuestro sistema de Seguridad Social. De tal modo, la cuantía de la prestación podría seguir siendo del 60 % con carácter general, pero se aseguraría la provisión de un suelo básico de protección en el caso de aquellas personas en que tal porcentaje fuera insuficiente, por tener salarios más bajos. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, si se mantuviera el actual 173.1 LGSS, el coste económico de esta medida recaería principalmente sobre el empresario (que está a cargo de la prestación de los días cuarto a decimoquinto de baja).

El anterior constituye un buen ejemplo de que la teoría del riesgo moral no deja de ser una formulación teórica económica, que puede guiar hasta cierto punto la regulación de la incapacidad temporal, pero que, llevada al extremo, toparía con importantes límites jurídicos. Esta teoría responde a una lógica puramente mercantilista, pensada para equilibrar las relaciones contractuales de seguro entre sujetos privados. La traslación sin miramientos al ámbito del mercado de trabajo de la idea de que una menor cobertura equivale a un menor riesgo de aprovechamiento por parte de los trabajadores conduciría a la completa desnaturalización del sistema público de protección social. No en vano, este es el sustrato argumentativo sobre el que ciertos economistas³⁸³ proponen la completa desregulación del subsidio por incapacidad temporal, como única vía para reducir, en los sistemas europeos, los costes que el absentismo tiene para las empresas.

A este tipo de propuestas cabe oponerles el mandato del artículo 41 de la Constitución Española, que obliga a mantener un nivel de protección suficiente para los ciudadanos que se encuentren en una situación de necesidad, en este caso por padecer un accidente o enfermedad. En este sentido, el derecho a la Seguridad Social, en cuanto derecho de ciudadanía social, comporta un grado importante de desmercantilización de las prestaciones sociales³⁸⁴, cuyo obligado mantenimiento por los poderes públicos supone necesariamente su sometimiento al interés general, más allá del meramente presupuestario. Además, la incapacidad temporal cumple una importante función de contribución a la justicia social, en tanto que amortigua los efectos que las desigualdades socioeconómicas tienen sobre el derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE. Como ya se ha expuesto, los trabajadores con peores condiciones laborales son los que

³⁸³ TREBLE, J. y BARMBY, T.: *Worker Absenteeism and sick pay*, Nueva York, 2011, p. 190.

³⁸⁴ MORENEO PÉREZ, J. L.: 'La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"', Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 19, (1995), p. 28.

sufren peores niveles de bienestar físico y/o mental, por lo que son los que más necesitan y los que más se benefician de la asistencia económica y sanitaria que proporciona dicha prestación.

Lo anterior no quiere decir que no haya que detectar y remediar las conductas fraudulentas que puedan verse favorecidas por la configuración legal de la incapacidad temporal. Evidentemente, debe buscarse la máxima eficacia y racionalización de la prestación, pero las medidas que quieran tomarse deben ser proporcionadas y representar un sacrificio mínimo de la protección social, que no vaya más allá de lo estrictamente necesario. Por ejemplo, debe valorarse positivamente, a mi modo de ver, que ni el periodo de espera de tres días ni el periodo inicial de reducción de la cuantía de la prestación al 60 % sean de aplicación a las recaídas³⁸⁵. Esto evita que los trabajadores con discapacidades o enfermedades crónicas se vean sujetos a un gravamen excesivo por el hecho de pasar por tales periodos de menor protección cada vez que inician un nuevo proceso de incapacidad vinculado a una misma dolencia³⁸⁶.

Por otra parte, desde un punto de vista estrictamente pragmático, cabe entender que la garantía constitucional de mantenimiento de una prestación suficiente para la protección de la incapacidad temporal resulta globalmente positiva, también en términos económicos. Por ejemplo, el reconocimiento del derecho a cobrar una prestación durante la incapacidad temporal permite esperar un menor presentismo laboral, por lo que el nivel de gasto en dicha prestación se relaciona, en el contexto europeo, con buenos niveles de productividad laboral por hora trabajada³⁸⁷. De hecho, se trata de una prestación garantizada por ley en todos los países más prósperos del mundo (la única excepción antes de la pandemia era Estados Unidos) que no provoca tampoco, en términos macroeconómicos generales, mayores tasas de paro o pérdidas de competitividad³⁸⁸.

Es más, la reciente crisis sanitaria provocada por el Covid-19 ha puesto de manifiesto la intensa vinculación que existe entre el desempeño económico y la salud pública, para cuyo mantenimiento se ha demostrado clave la incapacidad temporal. De hecho, una de las primeras medidas laborales aprobadas en España y en otros países de nuestro entorno³⁸⁹ en respuesta a dicha crisis fue reforzar la prestación económica por

³⁸⁵ TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: La incapacidad temporal... cit., p. 38.

³⁸⁶ Aun así, esta consideración unitaria de los procesos derivados de una misma enfermedad es un aspecto que también puede perjudicarlos, en tanto que se alcanzará antes el límite máximo de duración de la prestación.

³⁸⁷ SCHEIL-ADLUNG, X. y SANDNER, L.: 'Paid sick leave: Incidence, patterns and expenditure in times of crises', ESS Paper, núm. 27, (2010), p. 18.

³⁸⁸ HEYMANN, J.; RHO, H. J.; SCHMITT, J.; EARLE, A.: 'Ensuring a Healthy and Productive Workforce: Comparing the Generosity of Paid Sick Day and Sick Leave Policies in 22 Countries', en AA. VV., The financial and economic crises and their impact on health and social wellbeing, Coords. NAVARRO, V. y MUNTANER, C., Nueva York, 2014, p. 170 y 171.

³⁸⁹ En esta misma dirección, en la Nota de informativa CES emitida en el marco del observatorio COVID-19 'Prestaciones por enfermedad y protección social', de 31 de marzo, traducida y publicada por CCOO,

incapacidad temporal dispensada a los trabajadores temporalmente aislados por estar en cuarentena preventiva o por contagio del virus. En nuestro país, en concreto, este fortalecimiento de la prestación se llevó a cabo equiparando jurídicamente, a efectos económicos, las incapacidades temporales por aislamiento o contagio por coronavirus al accidente de trabajo³⁹⁰. Como resultado, estos procesos pasan a considerarse *ex lege* como derivados de una contingencia profesional, con independencia de que exista o no una conexión causal con la prestación laboral³⁹¹. De este modo se ha conseguido (i) ampliar el ámbito subjetivo de aplicación del subsidio, al operar el alta presunta en el sistema y no exigirse periodo de carencia y (ii) mejorar su contenido económico porque no se aplica ni el periodo inicial de espera de tres días ni el periodo intermedio de cuantía reducida al 60 %, de forma que el trabajador cobra el 75 % de la base reguladora de su salario desde el día siguiente a la baja médica.

El precepto que regula esta equiparación indica que se trata de una medida que tiene “*carácter excepcional*” y la exposición de motivos que encabeza la norma expresa que se adopta con la intención de “*proteger la salud pública*”. Es decir, la aplicación de la protección reforzada con la que cuentan las contingencias profesionales a las incapacidades temporales relacionadas con el virus obedece a la finalidad de facilitar el cumplimiento de las medidas de aislamiento, para tutelar, a través de una situación de necesidad individual, el interés colectivo de prevenir contagios³⁹². Por tanto, se evita que las dificultades económicas en las que se encuentran muchas familias fueren a los empleados a trabajar cuando no deberían y, con ello, que transmitan el virus a otros trabajadores o a terceros. Ello es coherente con la evidencia científica, ya referida, de que una protección social débil facilita la propagación de enfermedades infectocontagiosas. Se revierte así el camino de recortes recorrido en el campo de las contingencias comunes para prevenir el absentismo laboral y se vuelve a una protección más generosa para contrarrestar el mal mayor que representa presentismo laboral en una crisis sanitaria.

Al margen del periodo de espera o la cuantía de la prestación, otros rasgos que influyen también, aunque en menor medida, en la rentabilidad económica directa de la ausencia para el trabajador son el periodo de carencia de la prestación y su duración máxima. Con respecto al periodo de carencia del subsidio por incapacidad temporal, se exige en el artículo 172 LGSS que el trabajador haya cotizado, como mínimo, ciento

p. 3, se recogen medidas similares de urgencia adoptadas por varios gobiernos europeos respecto de la prestación por incapacidad temporal, entre las que se incluyen, la eliminación del periodo de espera de un día y la ampliación del periodo de autocertificación de la enfermedad en el caso de Suecia, la reducción del periodo de espera de un día y la mejora de la cuantía de la prestación en la primera fase de la baja en Letonia y la eliminación de los periodos de espera en Estonia y Portugal, de 3 y 30 días respectivamente.

³⁹⁰ Artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

³⁹¹ ARAGÓN GÓMEZ, C.: ‘El COVID-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social’, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 4, (2020), p. 4 de la versión digital.

³⁹² *Ibid.*, p. 6.

ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante. La diferencia con las medidas anteriores recae en que dicho requisito se aplica a la enfermedad común, pero no “*en caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional*”³⁹³. Con respecto a la duración máxima de la incapacidad temporal, puesto que posteriormente será objeto de tratamiento, basta indicar que la regla general queda fijada en el artículo 169.1.a LGSS en trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta cuando se presume que el trabajador puede curarse durante los mismos. El sentido en el que pueden influir ambos límites sobre las motivaciones de los trabajadores es claro, puesto que cabría esperar que sean menos propensos a ausentarse cuando no cumplan el periodo mínimo de cotización y que tiendan a reincorporarse al trabajo conforme vaya acercándose el fin del periodo protegido.

2. Medidas adoptadas en la negociación colectiva o unilateralmente por los empresarios

Sobre la estructura de incentivos marcada a nivel legal para los trabajadores, opera una segunda capa, que es la prevista normalmente a través de la negociación colectiva y más anecdóticamente por acuerdos individuales o por iniciativa unilateral del empresario. En este marco, pueden distinguirse dos instrumentos principales utilizados por los agentes sociales para operar en el margen que les deja libre la legislación. Por un lado, a través de las mejoras voluntarias al subsidio por incapacidad temporal, se cubren parte de los huecos en la protección legal descritos en el apartado anterior, aminorando los incentivos negativos que se habían trazado a través de los recortes del subsidio. Y, por otro, a través de los complementos salariales vinculados a la asistencia de los trabajadores a la empresa se procura recompensar su dedicación para incentivar positivamente su presencia en el trabajo. Es cierto que, partiendo de una concepción purista de la teoría del riesgo moral, lo primero parecería completamente irracional y lo segundo un gasto innecesario para las empresas, si se respetara la estructura legal de incentivos económicos negativos. Sin embargo, más allá de los postulados de dicha teoría económica, semejantes tipologías de previsiones contempladas en acuerdos colectivos encuentran, a mi juicio, una explicación razonable en el intento de modular la relación entre el absentismo y el presentismo de la forma más eficiente posible.

De acuerdo con el régimen legal que acaba de estudiarse, los trabajadores sufren, durante la incapacidad temporal por contingencias comunes, una pérdida de ingresos que pasa del 40 % al 25 % a lo largo del proceso, obviando los tres días del periodo de espera, en los que el menoscabo es del 100 %. Este perjuicio económico funciona como un incentivo para que los trabajadores acudan a trabajar y eviten ausentarse fraudulentamente, cuando se encuentran bien o sufren problemas leves de salud. Pero, a la vez, se da la consecuencia no deseada de que, por la misma vía, se incentiva también

³⁹³ Tal elección del legislador causa cierta extrañeza por su incoherencia con la configuración general de la prestación, puesto que los accidentes por causas comunes se equiparan aquí, sin motivo aparente, a las contingencias profesionales.

que los trabajadores enfermos continúen trabajando o se reincorporen antes de tiempo, cosa que puede llegar a ser tan dañina para la organización como lo es el absentismo laboral. Este último es un factor cuyos perjuicios se ignoran completamente al aplicar la teoría del riesgo moral a la incapacidad temporal, que se dirige exclusivamente a reducir el fraude, sin contemplar que se pueden estar reduciendo igualmente determinadas ausencias que son legítimas y necesarias. Ello es así porque determinados trabajadores tienen dificultades para asumir el coste económico que se deriva de estas bajas por incapacidad común³⁹⁴.

Cuando se incluyen en la ecuación, además de las derivadas del absentismo, los costes asociados al presentismo laboral, se adquiere una mejor idea de la complejidad real del problema y se sofistican las propuestas de los economistas. En concreto, varios estudios que han optado por dicha línea de investigación han llegado, mediante el modelado matemático, a la conclusión coincidente de que el equilibrio óptimo entre ausencias y presencias de los trabajadores se conseguiría (i) evitando el exceso de incentivos negativos asociados a la ausencia y (ii) previendo simultáneamente incentivos positivos para la asistencia al centro de trabajo³⁹⁵. Desde esta perspectiva, se defiende que la compatibilidad entre los anteriores incentivos reduce las posibilidades de que, por un lado, el trabajador se incline hacia el fraude si su ausencia no tiene ningún coste, y, por otro, la productividad de la empresa se vea perjudicada por la presencia de trabajadores enfermos. Por ello, se considera razonable que los empleadores tiendan a mejorar la protección mínima legal, como de hecho ocurre muy frecuentemente, no solo en España, sino también en otros países europeos como Suecia, Holanda, Francia, Alemania o Reino Unido.

La traslación al ámbito jurídico de la solución anterior podría encontrar acomodo en las dos figuras que centran sucesivamente la atención del presente epígrafe. Así, si están bien diseñadas, las mejoras voluntarias a la incapacidad temporal pueden servir para evitar que los trabajadores enfermos acudan a trabajar para no perder una parte importante de sus ingresos, sin neutralizar completamente los desincentivos legales dirigidos a prevenir el absentismo fraudulento. Paralelamente, los complementos salariales vinculados a la asistencia contribuirían idealmente a motivar a los trabajadores sanos o prácticamente recuperados a acudir a trabajar, haciendo que esta opción sea siempre pecuniariamente más atractiva que la solicitud de la baja o el alargamiento de

³⁹⁴ Como ya se ha señalado, este era el tercer motivo más citado por los trabajadores presentistas españoles a la hora de justificar su comportamiento en NAVARRO, A.; SALAS-NICOLÁS, S.; MONCADA, S.; LLORENS, C. y MOLINERO-RUIZ, E.: 'Prevalence... cit., pp. 3 a 6. Similarmente, para el Reino Unido, puede verse BAKER-McCLEARN, D.; GREASLEY, K.; DALE, J. y GRIFFITH, F.: 'Absence management... cit., p. 319.

³⁹⁵ CHATTERJI, M. y TILLEY, C. J.: 'Sickness, absenteeism... cit., p. 685. Obteniendo resultados que van en la misma línea, Vid., BROWN, S. y SESSIONS, J. G.: 'Absenteeism, Presenteeism and Shirking', *Economic Issues*, núm. 9, (2004), p. 20 o, tratando la cuestión de forma más tangencial, PICHLER, S. y ZIEBARTH, N.: 'The pros and cons of sick pay... cit., p. 27.

la incapacidad temporal. Las próximas páginas se dedican precisamente a analizar estas figuras jurídicas y a averiguar si, en la práctica, cumplen estas funciones.

2.1. Las mejoras voluntarias a la prestación de incapacidad temporal

La Constitución establece en su artículo 41, después de referirse a la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social, que “*La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”. Con ello se abre la puerta a la iniciativa privada en el ámbito de la protección social, permitiendo la mejora voluntaria de la modalidad contributiva de la acción protectora del sistema de Seguridad Social. En su desarrollo, indica el artículo 239.1 LGSS, que “*las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General*”. Es decir, las empresas pueden asumir el compromiso, en virtud de un convenio, un contrato de trabajo o una decisión unilateral, de incrementar la acción protectora que la Seguridad Social contributiva dispensa a sus empleados³⁹⁶. En particular, por lo que aquí más interesa, cualquier empresario puede, en virtud de la autonomía colectiva o individual, aumentar cuantitativamente el subsidio legal por incapacidad temporal de sus trabajadores, costeándolo a su exclusivo cargo³⁹⁷.

Por otra parte, el artículo 82.3.d ET se refiere a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social como una de las materias que pueden ser objeto de descuelgue del convenio colectivo aplicable, si concurren causas justificadas. De este modo, la propia Ley está reconociendo implícitamente que la fuente natural del derecho de los trabajadores a ver incrementadas sus prestaciones públicas es la negociación colectiva, por mucho que dichas mejoras también pueden ser objeto de pacto en el contrato individual de trabajo o de compromiso empresarial unilateral. Es más, en el propio artículo 43.2 LGSS el legislador se preocupa de aclarar que las mejoras voluntarias serán el único aspecto de la Seguridad Social que podrá ser objeto de “*contratación colectiva*”. Sea cual fuere la fuente de la que emanan, y pese a la completa libertad de las empresas para establecerlas o pactarlas, de acuerdo con el mismo precepto, una vez que nace el derecho del trabajador, su cumplimiento se convierte en obligatorio y vinculante hasta que se modifique por las vías correspondientes.

La incapacidad temporal no es solo la prestación más mejorada por los convenios colectivos de nuestro país, sino que dicha práctica cuenta, además, con una larga tradición histórica. Precisamente por ello, su intersección con los ajustes producidos a nivel legislativo en la dimensión cuantitativa de la incapacidad temporal con la finalidad de reducir el absentismo ha dado lugar a una situación paradójica³⁹⁸. De un lado, dichas

³⁹⁶ ROQUETA BUJ, R.: ‘Las mejoras voluntarias a la Seguridad Social’, Actualidad Laboral, núm. 12, (2010), p. 1396.

³⁹⁷ STC 28/05/2015 (Rec. núm. 2063/2012), Fundamento Jurídico 11.

³⁹⁸ GARCÍA ORTEGA, J.: ‘Mejoras voluntarias a la incapacidad temporal. El papel de la negociación colectiva en la mejora de la protección por incapacidad temporal’ en AA.VV.: Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017, p. 127.

medidas legislativas han ido dejando a su paso varios vacíos de protección ante los que cabría esperar la previsión de mejoras voluntarias que, por su propia naturaleza, vienen llamadas a ser utilizadas en aquellos espacios en los que la cobertura pública es más débil. Pero, de otro lado, al tratarse de recortes específicamente previstos para desincentivar económicamente el absentismo laboral, su mejora puede acabar amortiguándolos y privándolos de eficacia a la hora de conseguir el objetivo previsto por el legislador. Precisamente por esto último, las mejoras voluntarias a la incapacidad temporal han sido motivo de crítica doctrinal³⁹⁹ y de conraindicación tanto por parte de la patronal⁴⁰⁰ como por el entorno de las mutuas⁴⁰¹.

Pese a ello, los complementos privados a la prestación por incapacidad temporal han demostrado contar con una gran capacidad de resiliencia. De hecho, sorprendió especialmente su mantenimiento tras el traslado a las empresas del coste de directo de la prestación por contingencias comunes del día cuarto a decimoquinto de baja por el artículo 6 del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes. Este importe, que hasta entonces había sido sufragado por el sistema de Seguridad Social, tuvo que ser asumido por las empresas sin una reducción en las cuotas correspondientes, incrementándose notablemente la carga financiera por cada proceso de más de tres días. Por lo tanto, aunque en la exposición de motivos de la norma se indicaba que el cambio no implicaba *“una modificación del nivel de protección de los trabajadores”*, lo esperable hubiera sido que los empresarios centrasen sus esfuerzos negociales en suprimir o reducir las mejoras voluntarias vinculadas a la incapacidad temporal y que, indirectamente, los trabajadores vieran mermada su cobertura, en términos generales. En cambio, el análisis global de los convenios colectivos negociados en los dos años posteriores a su entrada en vigor desmiente dicha hipótesis, al constatarse que las mejoras voluntarias a la prestación por contingencias comunes no se vieron mayoritariamente perjudicadas⁴⁰².

A nivel particular, sin embargo, sí consta que múltiples empresas optaron por inaplicar las mejoras voluntarias, del cuarto al decimoquinto día de baja, al entender que se había producido un cambio sustancial de las circunstancias en las que se habían pactado u otorgado unilateralmente. Esta práctica fue consistentemente avalada por el

³⁹⁹ Vid., ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: ‘La incapacidad temporal: lo esencial de su inacabable reforma’ en AA.VV., *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo*, Coords. CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., Valencia, 2010, pp. 5 a 14, quien considera que las mejoras voluntarias en este terreno constituyen una carga de profundidad en la lucha contra el absentismo o MERCADER UGUINA, J.: ‘La fábula del paciente... cit.’, p. 22 quien las califica como un elemento disfuncional del actual modelo que favorece resultados perversos.

⁴⁰⁰ Vid., la Circular de la CEOE para la negociación colectiva del año 2015, p. 17, en la que se recomendaba, entre otros criterios para reducir el absentismo, tratar de *“evitar el establecimiento de complementos de la prestación pública por ITCC o, en su caso, suprimirlos o tratar de reducirlos”*.

⁴⁰¹ V Informe Adecco absentismo, del año 2016, p. 201.

⁴⁰² TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 196.

Tribunal Supremo en una serie de sentencias⁴⁰³ iniciada por dos resoluciones de 4 de julio de 1994⁴⁰⁴ en las que se permitía a las empresas prescindir del pago del complemento, una vez que debían costear directamente parte del subsidio público. Así, se consideró aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, entendiendo que “había desaparecido el presupuesto básico de la mejora estipulada en el convenio como condicionante tenido en cuenta al tiempo de su concesión, de suerte que tal mejora sólo completaba una obligación principal de pago por la Seguridad Social”⁴⁰⁵. Tal vez por el temor a que en el futuro se planteen reformas que amplíen las obligaciones de los empresarios y a que se produzca un eventual cambio de rumbo de la jurisprudencia (que estuvo sujeta, en su momento, a críticas doctrinales⁴⁰⁶), en algunos convenios actuales⁴⁰⁷ se condiciona el mantenimiento de las mejoras voluntarias a la subsistencia del mismo nivel de responsabilidad empresarial bajo el que se acordaron.

Las anteriores consideraciones permiten apreciar la peculiar relación ley-convenio que rige en materia de cuantificación de la protección económica global que van a percibir los trabajadores en situación de incapacidad temporal, no tanto desde un punto de vista normativo, como desde un punto de vista material. Con independencia de la importancia de las decisiones institucionales, la negociación colectiva se ha demostrado clave en la compensación o reconfiguración autónoma del reparto triangular de los costes del absentismo entre Estado, empresa y trabajador previamente diseñado en la Ley. Seguramente por la importancia que le dan los sindicatos, por encima de otros aspectos negociales, la tradición de mejorar voluntariamente esta prestación se ha mantenido, no solo en España, sino en otros países europeos. Tan es así que, por ejemplo, en Holanda, donde los recortes en la prestación también se han visto generalmente compensados por incrementos en las mejoras voluntarias, el Estado se ha llegado a plantear, sin éxito, limitar la autonomía colectiva en esta materia para garantizar la efectividad de los incentivos económicos negativos establecidos a través de la cuantificación oficial de la prestación, encontrando una fuerte oposición de los agentes sociales⁴⁰⁸.

⁴⁰³ STS 27/02/1995 (Rec. núm. 2522/1993), STS 26/04/1995 (Rec. núm. 1426/1994), STS 26/03/1996 (Rec. núm. 2109/1995) y (Rec. núm. 3294/1997).

⁴⁰⁴ Rec. núm. 3103/1993 y Rec. núm. 3339/1993.

⁴⁰⁵ STS 27/02/1995 (Rec. núm. 2522/1993).

⁴⁰⁶ Vid., ARADILLA MARQUÉS, M. J.: ‘La incapacidad temporal: complementos de empresa y cláusula *rebus sic stantibus*’ en AA.VV.: La incapacidad temporal, Coord. OJEDA AVILÉS, A., Madrid, 1996, pp. 175 a 179 y BENITO-BURTÓN OCHOA, J. C.: ‘La incapacidad temporal y las mejoras voluntarias: Supresión o mantenimiento tras el Real Decreto Ley 5/1992’, en AA.VV.: La incapacidad temporal, Coord. OJEDA AVILÉS, A., Madrid, 1996, p. 185, ambos considerando que la traslación de la cláusula *rebus sic stantibus* desde el ámbito civil se había realizado con ligereza, sin tener en cuenta el propósito inicial de la norma ni valorar la verdadera capacidad económica de la empresa para seguir asumiendo el coste de la mejora.

⁴⁰⁷ Vid., como muestra el art. 33 del IV Convenio colectivo del grupo VIPS (BOE 14/08/2020).

⁴⁰⁸ YERKES, M. A.: Transforming the Dutch welfare state: Social risks and corporatist reform, Bristol, 2011, p. 61.

En nuestro país, la opción de limitar legalmente la autonomía colectiva para mejorar la incapacidad temporal no se ha planteado con carácter general. Si bien, cabe pensar que sería jurídicamente viable, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la limitación del derecho a la negociación colectiva en materia de máximos salariales en el sector público, que también podría trasladarse al sector privado⁴⁰⁹. De hecho, ya se ha reconocido, en particular, la legitimidad constitucional de que la legislación básica relativa al personal de las administraciones públicas pueda restringir o alterar, por motivos económicos justificados, el contenido de la negociación colectiva en relación con los complementos a esta prestación⁴¹⁰. A mi modo de ver, la libertad negocial de los agentes sociales no tiene por qué verse como un problema, si se comprende que, al margen de que pueda invalidar parcialmente los desincentivos a las ausencias laborales previstos a nivel legal, comporta la posibilidad de generar otros incentivos económicos distintos. Dichos incentivos de creación negocial, surgidos de la configuración jurídica que se dé a las mejoras voluntarias, pueden tener, además, una mayor flexibilidad y capacidad para adaptarse a las circunstancias de cada sector de actividad o empresa, e, incluso, de cada tipo de proceso de incapacidad temporal en función de sus particularidades.

2.1.1. La configuración e interpretación de las mejoras voluntarias desde la perspectiva antiabsentista

No le falta razón a quien considera desaconsejable ofrecer una compensación equivalente al 100 % del salario cuando el trabajador se ausenta por una enfermedad o accidente, especialmente si se deriva de contingencias comunes. Es evidente que un trabajador que disfruta de tal cobertura extrasalarial tiene menos razones para no ausentarse o para no alargar su ausencia, al menos a corto plazo, sin considerar las consecuencias indirectas que le puede traer su absentismo a largo plazo. De hecho, las recomendaciones principales dirigidas a que el establecimiento de mejoras voluntarias no facilite el absentismo vienen referidas a que convendría mantener el periodo de espera legal y, sobre todo, no proveer nunca un nivel de ingresos que se aproxime en exceso al salario que percibe habitualmente el trabajador⁴¹¹.

Por ello, desde una perspectiva antiabsentista, no tendrían cabida las mejoras voluntarias a la prestación de incapacidad temporal, si se conciben como una institución destinada a ofrecer siempre la máxima protección económica al trabajador, para que reciba lo mismo que si se encontrara trabajando. En este sentido, hay quien las ha definido, en términos generales, como un *“conjunto plural de técnicas protectoras de naturaleza privada y carácter voluntario que, complementando o suplementando los regímenes públicos de Seguridad Social, tratan de garantizar a sus beneficiarios la más*

⁴⁰⁹ MONREAL BRINGSVAERD, E.: *La jornada de trabajo: la relación ley/convenio colectivo*, Palma, 2005, p. 48.

⁴¹⁰ STC 28/05/2015 (Rec. núm. 2063/2012).

⁴¹¹ CHATTERJI, M. y TILLEY, C. J.: ‘Sickness, absenteeism... cit., p. 685.

*elevada tasa de sustitución de rentas en activo*⁴¹². O, similarmente, se ha reflejado en alguna resolución judicial que *“la finalidad de una mejora voluntaria de prestación de seguridad social por IT es mantener la capacidad adquisitiva del trabajador, para que no se vea perjudicado por la situación de incapacidad protegida”*⁴¹³. Pareciera, conforme a tales afirmaciones, que el único recorrido posible de las mejoras voluntaria es la extensión maximalista de la renta de sustitución, hasta su equiparación con la renta salarial sustituida.

Con todo, las mejoras voluntarias son libres y se basan en una lógica contractual, de forma que la acción tutelar que dispensan descansa en la autonomía de la voluntad de los agentes sociales. Ello comporta su separación del régimen público de Seguridad Social y la posibilidad de adoptar enfoques que no se orienten necesariamente hacia la mera consecución de los ideales de cobertura no alcanzados por el Sistema. Resulta posible, por tanto, plantear una visión de las mejoras voluntarias a la incapacidad temporal alternativa a la anterior, no sujeta exclusivamente a los propósitos objetivos del sistema de Seguridad Social y vinculada, en su lugar, a la aproximación subjetiva que deberían adoptar los agentes sociales, centrada en perseguir la máxima eficiencia posible en la asiduidad de los empleados al trabajo⁴¹⁴. Es más, si, como se ha comprobado, el propio legislador incluye mecanismos de evidente vocación antiabsentista en la configuración legal del subsidio público, qué duda cabe de que los representantes de los empresarios y trabajadores pueden dotar a las mejoras voluntarias de una dimensión que exceda la mera cobertura de contingencias del artículo 2.2 LGSS.

Al ser de naturaleza privada, las mejoras voluntarias no se rigen por las normas reguladoras de la prestación por incapacidad temporal más que de forma supletoria y exclusivamente respecto de aquellos aspectos sobre los que las partes no se hayan pronunciado en el acuerdo colectivo⁴¹⁵. Los negociadores pueden decidir, por tanto, sobre los requisitos que condicionan el nacimiento del derecho⁴¹⁶, su extensión, su suspensión y extinción⁴¹⁷, sin estar sujetos a más restricciones que las que impone el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores⁴¹⁸. Por ello, desde esta

⁴¹² GARCÍA BECEDAS, G.: ‘La Seguridad Social Complementaria en España’, III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 1993, p. 20.

⁴¹³ Vid., por ejemplo, la STSJ Canarias 28/03/2017 (Rec. núm. 13/2017).

⁴¹⁴ En un sentido similar, Vid., ROMERO BURILLO, A. M.: ‘Absentismo laboral y retribución del trabajador’, Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 53, (2013), p. 17 de la versión digital, indicando que la práctica comercial pone de manifiesto la viabilidad de las mejoras voluntarias como mecanismo eficiente para incidir en el absentismo laboral, aunque se trate de *“un aspecto en principio tan alejado de los fines de las mismas”*.

⁴¹⁵ STS 17/03/1997 (Rec. núm. 2817/1996), STS 20/03/1997 (Rec. núm.2730/1996) y STS 5/06/1997 (Rec. núm. 4675/1996).

⁴¹⁶ ROQUETA BUJ, R.: ‘Las mejoras voluntarias... cit., p. 1403.

⁴¹⁷ GARCÍA ORTEGA, J.: ‘Mejoras voluntarias... cit., p. 127.

⁴¹⁸ Por ejemplo, como se indica en la STSJ Navarra 31/07/2000 (Rec. núm. 290/2000) no puede condicionarse el cobro de la mejora voluntaria a la no superación de un periodo determinado de

perspectiva, las críticas genéricas al establecimiento de mejoras voluntarias pueden estar olvidando que la mejora total e incondicional de la prestación por incapacidad temporal no es la regla general imperante en la actualidad (al menos en el sector privado), ni es la única forma de mejorar el régimen público de la prestación por incapacidad temporal.

Entiendo que la figura de la mejora voluntaria es lo suficientemente maleable y dinámica como para contribuir a equilibrar las asistencias y ausencias de los empleados al trabajo⁴¹⁹. De hecho, este es un campo especialmente abonado para la experimentación, pues la libertad para configurar la protección social complementaria que se confiera a los trabajadores es inmensa. El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017⁴²⁰, en disposiciones que deben entenderse prorrogadas por el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020⁴²¹, apunta en esta misma dirección, por un lado, al ofrecer una valoración positiva de la previsión social complementaria (punto 4º del Capítulo III) y, por otro, al recomendar la racionalización de los complementos a la incapacidad temporal por contingencias comunes incluyendo criterios dirigidos a reducir los índices de absentismo (punto 5º del Capítulo IV). Se trata, con todo, de un acuerdo con eficacia meramente obligacional, que tal vez sería recomendable trasladar a disposiciones convencionales con eficacia normativa que marcaran directrices generales de carácter vinculante en esta materia.

Poniendo en práctica semejante grado de libertad, existen múltiples muestras en la negociación colectiva actual de fórmulas a través de las que puede conciliarse la mayor protección económica de los trabajadores con la atención a los peligros derivados del riesgo moral. De hecho, los parámetros utilizados por dicha teoría económica permiten distinguir, entre la rica casuística que se ha suscitado en la práctica, dos tipologías principales de estrategias negociales (compatibles entre sí) por las que se intenta que las mejoras de las que se benefician los trabajadores tengan los mínimos efectos nocivos en su comportamiento. La primera es concentrar la mayor intensidad de cobertura en aquellas situaciones donde la asimetría informativa es menos desfavorable para la empresa y, por tanto, se tiene un mejor grado de certeza sobre la incapacidad del trabajador. La segunda consiste en condicionar y limitar el acceso o la preservación de dicha protección en función del nivel previo de ausencias para orientar la actuación del trabajador en aquellas situaciones en que la asimetría informativa es

absentismo para el que se computen las horas del crédito mensual de los representantes de los trabajadores, porque se lesionaría la libertad sindical.

⁴¹⁹ En el mismo sentido, Vid., JOVER RAMÍREZ, C.: 'Incapacidad temporal... cit., p. 60 o MORÓN PRIETO, R.: 'Las mejoras voluntarias de la prestación por incapacidad temporal: ¿incentivo de o contra el absentismo?', *Quantor social*, núm. 12, (2010), p. 9.

⁴²⁰ (BOE 15/06/2015).

⁴²¹ (BOE 18/06/2018). Se indica en su punto primero que "el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 se proroga en sus propios términos, salvo en aquellos contenidos que se opongán a lo suscrito en el IV Acuerdo y hasta la finalización de este último".

mayor. A ambas cabe sumarles, claro está, la ya referida táctica de retrasar en el tiempo el nacimiento del derecho a la mejora, igual que se hace a nivel legal con el subsidio⁴²², cuyas ventajas no es necesario reproducir.

2.1.1.1. La mayor protección de las ausencias dotadas de especial credibilidad

La situación de asimetría informativa que se produce entre las partes del contrato de trabajo en torno a la incapacidad temporal no es igual de pronunciada en todos los casos. En algunos supuestos, existen ‘señales’⁴²³ indicativas que, de forma indirecta, proporcionan, a través de datos objetivos, una fiabilidad adicional a algunos procesos de incapacidad temporal, permitiendo ajustar el tratamiento que se les deba dar. Sin duda, la señal más utilizada en la práctica de la negociación colectiva es la calificación del proceso como derivado de contingencias profesionales. Así, se entiende que la mejora de su régimen legal no es, *a priori*, susceptible de generar un incentivo que vaya a dar lugar a un mayor absentismo, porque las posibilidades de que un trabajador pueda fingir una dolencia derivada de un accidente de trabajo o enfermedad profesional son más reducidas. Además, la mejora de la protección de las contingencias profesionales no supone una carga económica excesiva para la empresa, en la medida en que se trata de procesos menos frecuentes y menos costosos, al ser la entidad gestora o la mutua la que asume íntegramente el importe de la prestación pública desde el primer día⁴²⁴.

Como consecuencia de lo anterior, si bien la mejora voluntaria es muy común para la incapacidad temporal en general, es más frecuente en el caso de los procesos derivados de contingencias profesionales. Según los datos de 2020⁴²⁵, un 79 % de convenios complementan las incapacidades derivadas de contingencias profesionales, frente a un 74 % que mejoran las derivadas de contingencias comunes. Además, cuando se mejoran ambas clases de incapacidades temporales, lo más habitual es que se contemple una protección más generosa para las primeras, tanto cuantitativa como cualitativamente, al estilo del camino marcado por el legislador. Esta especial protección de las contingencias profesionales se traduce, por consiguiente, en una cobertura más intensa, a través del cobro de un porcentaje mayor de la retribución del trabajador, del

⁴²² Como ejemplifica SERRANO ARGÜELLO, N.: ‘El tratamiento de las incapacidades laborales en la negociación colectiva’, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 16, (2008), p. 8 de la versión digital, existen múltiples convenios en los que no solo se respeta el periodo legal de tres días, sino que la mejora llega a retrasarse hasta quince o veinte días desde el inicio de la incapacidad.

⁴²³ Vid., MACHO STADLER, I. y PÉREZ CASTRILLO, D.: Introducción a la economía... cit., pp. 68 y 217, exponiendo que, en economía de la información, las señales son piezas de información que permiten al agente desprenderse de parte de la ventaja informativa que ostenta frente al principal cuando ello le beneficia. A su vez, estas señales interesan también al principal, puesto que se situará en una situación más equilibrada, desapareciendo el riesgo moral.

⁴²⁴ En el mismo sentido, SERRANO ARGÜELLO, N.: ‘El tratamiento de las incapacidades...’ cit., p. 10.

⁴²⁵ Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

cómputo de más conceptos salariales para el cálculo de su cuantía o de una duración más extensa del derecho⁴²⁶.

Más concretamente, algunos convenios se refieren únicamente a los accidentes de trabajo, ignorando las enfermedades profesionales⁴²⁷, posiblemente por imprecisión técnica, más que por un diseño deliberado basado en parámetros antiabsentistas. Desde la perspectiva de la contención del riesgo moral, no parece existir ninguna razón para distinguirlos, porque ambas contingencias se producen bajo la dirección organizativa del empresario⁴²⁸ y los procedimientos de declaración y control que les otorgan una mayor certeza son similares⁴²⁹. Si bien, este es un buen ejemplo para ilustrar acerca de que la interpretación jurisprudencial de las mejoras voluntarias se rige, en primer lugar, por criterios gramaticales y, solo subsidiariamente, por consideraciones teleológicas. Así lo imponen los artículos 3.1 y 1281 del Código Civil, a los que hay que acudir en busca de criterios interpretativos, debido a la naturaleza híbrida, normativa y contractual, de los convenios colectivos⁴³⁰. En consecuencia, los tribunales⁴³¹ se niegan a extender por analogía la protección privilegiada que se haya previsto para los accidentes de trabajo a las incapacidades derivadas de enfermedades profesionales, si el convenio colectivo no las menciona expresamente.

También es habitual ofrecer un mejor tratamiento económico de la ausencia cuando, por las características de la propia enfermedad o por el tipo de asistencia sanitaria que esta requiere, el deterioro del estado de salud del trabajador, cualquiera que sea la contingencia de la que trae causa, está fuera de toda duda razonable. Son clásicas, a este respecto, las previsiones en las que se utilizan como señales, dispensándoseles un tratamiento particular, las dolencias incapacitantes que precisan de una intervención quirúrgica o un ingreso hospitalario⁴³². Aquí, más que aumentar el riesgo de fraude, lo que se está haciendo, de nuevo, es otorgar una protección generosa

⁴²⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'Cláusulas de vanguardia en la negociación colectiva de empresa con respecto a las mejoras voluntarias de los subsidios de la Seguridad Social', en AA.VV.: Cláusulas de Vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual, Dirs. MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., Valladolid, 2015, p. 503.

⁴²⁷ Vid., TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: La incapacidad temporal... cit., p. 115 o SERRANO ARGÜELLO, N.: 'El tratamiento de las incapacidades...' cit., p. 4.

⁴²⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido... cit., p. 190.

⁴²⁹ De hecho, como expone GÓMEZ SALADO, M. A.: El absentismo laboral... cit., pp. 130 y 131, la proximidad entre ambos conceptos llevó a la doctrina mayoritaria a entender, por ejemplo, que, aunque el despido por absentismo del artículo 52.d ET no excluyera expresamente del cómputo de los índices de absentismo las ausencias por enfermedades profesionales, estas debían equipararse a los accidentes de trabajo.

⁴³⁰ STS 13/10/2004 (Rec. núm. 171/2003).

⁴³¹ STSJ País Vasco 1/12/2009 (Rec. núm. 2537/2009) y STSJ Madrid 26/02/2013 (Rec. núm. 3560/2012).

⁴³² Vid., TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: La incapacidad temporal!... cit., p. 117; GALA DURÁN, C. et. al.: Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Madrid, 2007, p. 119; SERRANO ARGÜELLO, N.: 'El tratamiento de las incapacidades...' cit., p. 7; ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'Cláusulas de vanguardia...' cit., p. 503 y BALAGUER PETROVA, S.: 'Modulación actual del complemento de IT por contingencias comunes en la negociación colectiva', Revista de Información Laboral, núm. 8, (2015), p. 1 de la versión digital.

a las ausencias relacionadas con el absentismo que se ha calificado como positivo o inevitable. Se trata de trabajadores que, claramente, no pueden cumplir con sus obligaciones laborales, por lo que resulta innecesario que se les apliquen incentivos económicos negativos.

Esta técnica es válida, pero solo en la medida en que se utilicen indicios indirectos para deducir la especial verosimilitud de la incapacidad. De un lado, pretender tener un conocimiento concreto de la causa médica de la ausencia puede vulnerar el derecho a la privacidad de los trabajadores. Por ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos consideró desproporcionado exigir a los trabajadores, junto al parte de baja, un informe clínico en el que se especificara su diagnóstico para cuantificar la mejora que les correspondería cobrar⁴³³. Aunque la finalidad de otorgar una protección adicional a los trabajadores que sufrieran enfermedades más graves podía ser legítima, los medios escogidos para perseguirla no eran adecuados, en la medida en que los datos relativos al diagnóstico de los trabajadores son considerados los más íntimos de cuantos se engloban en la categoría de datos sensibles relativos a la salud⁴³⁴. De otro lado, si, como se propuso alternativamente⁴³⁵, se le pide al mismo médico que expide el parte de baja o confirmación que se manifieste genéricamente sobre la entidad de la afectación patológica, entonces la intimidad del trabajador no queda al descubierto, pero no cabría esperar razonablemente que dicha valoración aporte una mayor certeza sobre la realidad de la incapacidad temporal.

Para todas las ocasiones en las que el nivel de certeza sobre la enfermedad no es alto, conviene vincular siempre la continuidad del derecho al cobro de la mejora voluntaria a la superación de los controles arbitrados a través del artículo 20.4 ET⁴³⁶. Ello es importante porque, como se verá más adelante, se requiere de un pacto o previsión unilateral expresa para que la empresa pueda penalizar económicamente, con carácter inmediato, los procesos por incapacidad temporal que los médicos de su confianza consideren materialmente injustificados. Asimismo, también es conveniente, y frecuente, condicionar la percepción de la mejora voluntaria a la entrega tempestiva de los partes de baja y confirmación, para reforzar la capacidad de la empresa de llevar un adecuado control formal de las incapacidades. Este último es, de nuevo, un aspecto a cuya redacción convencional hay que prestar especial atención, puesto que se ha interpretado de forma considerablemente laxa por parte de los tribunales. Se ha estimado, por ejemplo, que, aunque el pago de la mejora se haga depender de la

⁴³³ Resolución R/02555/2014 del procedimiento Nº AP/00034/2014.

⁴³⁴ CRESPI FERRIOL, M.: 'El tratamiento de los datos personales relativos a la salud de los trabajadores', *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, (2019), p. 290.

⁴³⁵ Informe 0186/2013 del Gabinete Jurídico de la AEPD.

⁴³⁶ En este sentido apunta también GARCÍA ORTEGA, J.: 'Mejoras voluntarias... cit.', p. 140.

entrega del parte de baja, dicha entrega no puede entenderse limitada al plazo legal de tres días, si no se especifica en el convenio colectivo⁴³⁷.

2.1.1.2. La vinculación de las mejoras a los niveles de absentismo individual o colectivo

La segunda estrategia encaminada a contener el riesgo moral que se detecta en la negociación colectiva de las mejoras voluntarias es el establecimiento de restricciones directamente relacionadas con un nivel individual o colectivo de absentismo. Esto es habitual, sobre todo, en el caso de los procesos derivados de contingencias comunes, en que la negociación colectiva suele vincular el nacimiento del derecho, su cuantía y/o su duración, al índice de ausencias previas de los trabajadores⁴³⁸. Por ejemplo, puede condicionarse el derecho a la mejora a que el trabajador no haya excedido un número absoluto de días de ausencia o iniciado una determinada cantidad de procesos en un periodo anual de referencia. O, similarmente, se prevé en ocasiones que la generosidad de la mejora se vea reducida de superarse un cierto índice individual de absentismo. También existen convenios que optan por la suspensión global del derecho a la mejora voluntaria cuando se supere un determinado nivel de absentismo colectivo, a partir del cual el gravamen que debe soportar la empresa se entiende excesivo. Incluso pueden encontrarse textos convencionales en los que el establecimiento de los umbrales se combina con la estrategia anterior, disponiéndose, por ejemplo, que se excluyan del cómputo de las tasas marcadas las ausencias debidas a un accidente de trabajo⁴³⁹.

Esta estrategia es positiva desde el punto de vista económico, porque mejora la protección de los trabajadores y consigue crear un nuevo incentivo negativo para minimizar sus ausencias. Es esperable que los trabajadores que pretendan utilizar la incapacidad temporal con fines fraudulentos o que padezcan molestias de carácter relativo, puedan verse disuadidos de ausentarse de su trabajo, sabiendo que ello puede comportar que, en caso de necesidad real, habrán perdido la oportunidad de percibir una mayor protección. Como se anticipó, si bien es cierto que las mejoras voluntarias pueden neutralizar algunos de los incentivos económicos que se desprenden del diseño legal de la prestación, también son igualmente susceptibles, si están bien ideadas, de orientar el comportamiento de los trabajadores en un sentido racionalizador de sus ausencias. Además, como solo se penalizan las ausencias que están por encima de cierto nivel, se deja margen para la protección de los problemas de salud legítimos que entran dentro de la normalidad, cosa que puede contribuir a prevenir el presentismo.

⁴³⁷ STSJ Navarra 4/06/2010 (Rec. núm. 150/2010).

⁴³⁸ Vid., como muestra, los múltiples ejemplos recogidos por ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'Cláusulas de vanguardia... cit., pp. 515 y ss. o ROMERO BURILLO, A. M.: 'Absentismo laboral... cit., p. 17 y ss.

⁴³⁹ Vid., por ejemplo, el supuesto de hecho enjuiciado por la STSJ Navarra 19/12/2007 (Rec. núm. 263/2007).

Esta técnica es especialmente interesante porque supone indirectamente la fijación de un objetivo óptimo de asiduidad al trabajo⁴⁴⁰ al que previsiblemente tenderá a ajustarse el comportamiento global de los trabajadores. Además, en la medida en que el umbral de absentismo esperable u ordinario depende en parte de las características y condiciones laborales de cada sector o empresa, difícilmente puede estar en el horizonte de las políticas de carácter legislativo. Por este mismo motivo, puede resultar preferible pactar las mejoras voluntarias a nivel de empresa⁴⁴¹. De tal modo, el objetivo óptimo de absentismo podrá ajustarse con mayor precisión a otros factores que pueden no ser homogéneos en el sector, ya que dependen de las características propias de la plantilla de cada organización, como, por ejemplo, su tamaño, la edad y la antigüedad media de los trabajadores o los niveles de contratación temporal⁴⁴². Con todo, los datos muestran que, tradicionalmente, las mejoras voluntarias suelen contemplarse con mayor frecuencia en los convenios de ámbito sectorial que en los de empresa⁴⁴³.

Por otra parte, a la hora de marcar los niveles de absentismo que condicionan la percepción de las mejoras, aunque no es lo más habitual, parece que sería conveniente optar por un índice que no dependiera únicamente del número de días de ausencia, sino que tuviera también en cuenta el número de procesos iniciados. Ello se debe a que la intermitencia de las ausencias resulta especialmente costosa para las empresas, por la disrupción que supone a nivel de gestión de recursos humanos y por el pago de la prestación en cada inicio de un nuevo proceso hasta el decimoquinto día, si no se trata de una recaída. Además, puede revelar una mayor probabilidad de uso abusivo. Así, por ejemplo, en el Reino Unido es relativamente habitual, en el campo de la gestión de recursos humanos, el uso del llamado factor Bradford⁴⁴⁴, que se obtiene como resultado de multiplicar dos veces el número de bajas por el número total de días de ausencia, de modo que, por ejemplo, dos procesos de quince días ($2 \times 2 \times 15 = 60$) se penalizan más que un solo proceso de treinta ($1 \times 1 \times 30 = 30$), porque resultan más gravosos.

Respecto de la conveniencia de que los umbrales de absentismo que condicionan la percepción de la mejora se establezcan a nivel individual o colectivo⁴⁴⁵, existen argumentos contradictorios en ambos sentidos. De un lado, quienes se muestran a favor

⁴⁴⁰ TREBLE, J y BARMBY, T.: *Worker Absenteeism...* cit., p. 187.

⁴⁴¹ En el mismo sentido, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: 'El control del absentismo...' cit., p. 374.

⁴⁴² Esta adecuación puede plantearse incluso dentro de la misma empresa. Por ejemplo, el art. 28 del V Convenio Colectivo del Grupo Maxam (BOE 2/03/2021) fija umbrales de absentismo distintos para la percepción de las mejoras voluntarias en cada uno de sus seis centros de trabajo, admitiendo índices de ausencia más altos en las fábricas que en las oficinas centrales.

⁴⁴³ Datos de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Por ejemplo, de acuerdo con los datos relativos al año 2018, un 71 % de convenios prevén la mejora de la incapacidad temporal por contingencias comunes, frente a un 76 % de los convenios de sector. Si bien, hasta llegar al año 2020, dichas cifras se han acercado, hasta quedarse en el 74 y el 75 %, respectivamente.

⁴⁴⁴ Institute for Employment Studies: *Managing sickness...* cit., p. 27.

⁴⁴⁵ Según el I Informe Adecco sobre absentismo, del año 2012, p. 92, lo más común a nivel sectorial es la utilización de la tasa colectiva de absentismo.

de las mejoras condicionadas por el índice grupal, entienden que los trabajadores tendrán motivos para controlarse unos a otros y denunciar cualquier práctica desleal de un compañero, porque les perjudicaría directamente⁴⁴⁶. En este escenario, los empresarios pueden verse liberados de una parte de los costes que tendrían que invertir en el control de las ausencias fraudulentas si consiguen que parte de dichas tareas las realicen los propios trabajadores, entre los que se fomentarán las dinámicas de presión de grupo hacia los que incurran en ausencias indebidas⁴⁴⁷.

De otro lado, se afirma también que usar como referencia la tasa de absentismo individual resulta más adecuado que acudir a la colectiva porque esta última puede suponer la pérdida del buen clima laboral y la desmotivación individual de trabajadores cumplidores⁴⁴⁸. Es decir, si al trabajador le perjudica un factor que es ajeno a su control, como el número de ausencias de sus compañeros, puede sentir que carece de sentido trabajar más que los demás y contagiarse con mayor facilidad del mal comportamiento de su entorno laboral. O, a la inversa, si el comportamiento general es adecuado, los defraudadores pueden parapetarse en la baja tasa de absentismo colectivo para ausentarse sin padecer consecuencias individuales⁴⁴⁹. Además, el establecimiento de parámetros colectivos puede acentuar las dinámicas procíclicas que caracterizan las fluctuaciones del absentismo laboral. Así, cada trabajador estaría incentivado a trabajar y no ausentarse cuando los índices globales estén por debajo del umbral marcado, pero no en un momento en el que se esté por encima y, por tanto, el derecho a la mejora voluntaria se encuentre suspendido⁴⁵⁰.

Asumiendo que ambas opciones acarrearán algún inconveniente, en mi opinión, la utilidad de optar por uno u otro método dependerá del sistema organizativo concreto que esté presente en la empresa. Cuando sea importante el trabajo en equipo de las distintas unidades, los objetivos colectivos pueden ser una buena herramienta para contribuir a evitar las disfunciones causadas por algún trabajador concreto. En cambio, cuando se desarrollen tareas eminentemente individuales, es preferible que los beneficios percibidos por cada trabajador dependan de su propio comportamiento, para acentuar la sensación de que este será determinante y de que no se verá perjudicado por factores ajenos a su control. En condiciones en las que dicha distinción organizativa no sea clara, también puede resultar positiva la combinación de ambos parámetros⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ TODOLÍ SIGNES, A.: Salarios y productividad: un análisis jurídico-económico de los complementos salariales vinculados con la productividad empresarial, Valencia, 2015, p. 159.

⁴⁴⁷ ROMÁN, F. J.: 'An analysis of changes to a team-based incentive plan and its effects on productivity, product quality and absenteeism', *Accounting, Organization and Society*, núm. 34, (2009), p. 614.

⁴⁴⁸ ROMERO BURILLO, A. M.: 'Absentismo laboral... cit.', p. 12.

⁴⁴⁹ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: 'El control del absentismo... cit.', p. 385.

⁴⁵⁰ TREBLE, J y BARMBY, T.: *Worker Absenteeism...* cit., p. 186.

⁴⁵¹ Vid., este sentido, respecto de los complementos salariales, ROMERO BURILLO, A. M.: 'Absentismo laboral... cit.', p. 12.

Sobre la interpretación jurídica de las cláusulas convencionales que establecen este tipo de mejoras voluntarias dependientes de las tasas de absentismo, habrá que tener en cuenta que la Ley contiene una previsión favorable al mantenimiento del derecho cuando indica en el artículo 239 *in fine* LGSS que, una vez pactado este derecho “no podrá ser anulado o disminuido si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”. Ahora bien, desde el momento en que se fija convencionalmente una condición habilitante para la percepción de la mejora, la interpretación imperante vuelve a ser la gramatical⁴⁵². También interesa destacar que, cuando la letra del acuerdo no es todo lo transparente que debería, los tribunales acostumbran a tener en cuenta la orientación antiabsentista de esta estrategia de configuración de los complementos extrasalariales y atienden al objetivo perseguido por las partes. Es decir, la interpretación jurisprudencial no suele perjudicar su efectividad en la práctica, aunque se trata de disposiciones convencionales que necesariamente alcanzan una complejidad considerable, al introducir requisitos y parámetros cuantitativos de los que depende la mejora.

Como muestra, cuando la condición para percibir la mejora es no haber incurrido en ninguna incapacidad temporal durante el año anterior a la baja, no importa que el nuevo proceso constituya una recaída en otro anterior⁴⁵³. Ello se debe a que, aunque esta sí sea una circunstancia relevante desde el punto de vista de la prestación de Seguridad Social, es claro que lo que persigue el convenio es evitar la reiteración excesiva de cualquier tipo de ausencia, se derive o no de una misma patología. Similarmente, si la percepción depende del “*absentismo anual*” debe tomarse como periodo de referencia el que comprenda los trescientos sesenta y cinco días anteriores a la baja y no solo la parte ya transcurrida del calendario, desde el inicio del mes de enero correspondiente⁴⁵⁴. De lo contrario, dicha condición suspensiva negativa carecería de eficacia sobre las bajas dispensadas en los primeros meses del año, sin que exista ninguna razón que justifique esa diferencia respecto de los que se producen posteriormente. O, por último, cuando la mejora depende del índice colectivo de absentismo de una unidad productiva en la que se integra una persona que la tiene garantizada incondicionalmente, no deberían tenerse en cuenta sus ausencias, al

⁴⁵² Como muestra, en la STSJ Cataluña 15/11/2019 (Rec. núm. 4929/2019), ante un caso en que la percepción de la mejora depende de la no superación de un cierto índice de absentismo, sin aclarar cómo debe computarse, pero haciendo mención expresa al “*sistema de cálculo de la empresa*”, se confirma la validez del método que venía utilizando tradicionalmente la compañía y se descarta la posición pretendidamente finalista de los trabajadores alegando que “*si establecimiento de la mejora pretende gratificar las faltas de asistencia al trabajo y, en concreto, que los trabajadores no falten de forma injustificada al trabajo, lo lógico sería excluir del cómputo aquellas ausencias justificadas y ajenas a la voluntad de los trabajadores*”.

⁴⁵³ STSJ Aragón 11/11/2009 (Rec. núm. 761/2009).

⁴⁵⁴ STSJ Navarra 19/12/2007 (Rec. núm. 263/2007).

tratarse la condición suspensiva de “*un estímulo o incentivo, tendente a evitar tal absentismo*”⁴⁵⁵ que no tendrá ningún efecto sobre dicho trabajador⁴⁵⁶.

2.1.2. El proceso histórico de racionalización de las mejoras voluntarias. Su desarrollo en el sector privado y en el empleo público

2.1.2.1. Evolución general

Los agentes sociales españoles han sido siempre conscientes de los efectos que los complementos al subsidio de incapacidad temporal pueden tener sobre el uso de dicha prestación. Así, por ejemplo, el Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva de 5 de enero de 1980⁴⁵⁷ (punto VIII.B.6) disponía que, a efectos de la negociación sobre absentismo, se tendría como criterio básico, entre otros, la renegociación de las mejoras voluntarias a cargo del empresario, buscando su adecuada aplicación “*para cubrir efectivas necesidades de los trabajadores enfermos y evitar asignaciones que fomenten situaciones fraudulentas*”. Con todo, dicho objetivo, exactamente coincidente con el que aquí se propone, no siempre encontró un reflejo directo en la práctica de la negociación colectiva. Los múltiples análisis cuantitativos que sobre esta materia se han realizado en España muestran normalmente una imagen estática de la situación en cada momento, pero su puesta en relación refleja de forma clara que, aunque las estrategias de racionalización de las mejoras voluntarias podían no ser inicialmente muy comunes, se han ido popularizando con el transcurso del tiempo.

A principios de los años noventa se revelaba que en torno al 70 % de los convenios colectivos publicados contenían disposiciones dedicadas a la mejora de la incapacidad temporal y que lo hegemónico era encontrarse con preceptos que garantizaban la percepción de un nivel de ingresos equivalente al 100 % de la base de cotización o del salario anterior a la baja, sin establecer distinciones en función de la contingencia de origen⁴⁵⁸. En cambio, cuando se analizan los acuerdos publicados durante el año 2006, ya son “*pocos*” los que establecen un nivel de protección que alcanza el 100 % de la base de cotización o de la retribución real del trabajador y se detecta que sobre el 65 % de los convenios establecen un régimen diferenciado de la prestación complementaria en razón a su origen⁴⁵⁹. Además, en el primer caso⁴⁶⁰ se afirmaba que los convenios que vinculaban cualquiera de los parámetros jurídicos de la mejora a los niveles de absentismo eran “*prácticamente insignificantes en el contexto global*”. Por contra, en el

⁴⁵⁵ STSJ País Vasco 20/02/2001 (Rec. núm. 2969/2000).

⁴⁵⁶ Obsérvese, a este respecto, que cuando se habla de una interpretación antiabsentista no quiere hacerse referencia a la utilización de argumentos subjetivistas que se inclinen siempre a favor de la empresa, sino, fundamentalmente, que sean coherentes con el sentido del pacto al que llegan los negociadores.

⁴⁵⁷ BOE 24/01/1980.

⁴⁵⁸ TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal...* cit., pp. 95 y ss.

⁴⁵⁹ GALA DURÁN, C. et. al.: *Las mejoras voluntarias...* cit., p. 114 y ss.

⁴⁶⁰ TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 196.

segundo⁴⁶¹ ya se indicaba que “no era extraño” encontrar este tipo de previsiones, apreciándose “una notable tendencia” al respecto. En el mismo sentido, también por el año 2007 se coincide en indicar que “una importante porción” de los convenios colectivos de empresa ya no llega a complementar hasta el 100 % del salario las incapacidades temporales por contingencias comunes y que el condicionamiento del derecho a la mejora a las tasas de absentismo es una práctica “bastante reiterada” en la negociación colectiva⁴⁶².

Confirmando la línea anterior, al revisar los convenios de empresa de los años 2013 y 2014, se constata que la crisis económica dio al traste con la costumbre de completar el subsidio hasta el 100 % para las contingencias comunes y se concluye que la mención a la voluntad de limitar el absentismo laboral en este tipo de cláusulas convencionales ya es “altamente recurrente”⁴⁶³. Cuando se avanza hasta el examen de los convenios colectivos sectoriales y de empresa publicados en el año 2016⁴⁶⁴ sorprende la afirmación de que el porcentaje más habitual de la mejora es del 100 %, lo que podría implicar cierto retroceso al socaire de la recuperación económica, aunque ello no significa que sea la opción mayoritaria. Por lo demás, incluso en el caso de que se ofrezca una protección tan generosa, rara vez es de forma incondicional, pues en el mismo estudio se destaca igualmente la importante presencia de técnicas antiabsentistas, como la protección especial a las hospitalizaciones, el establecimiento de requisitos adicionales de acceso a las mejoras, según el número de bajas acumuladas por cada trabajador o el índice de absentismo en la empresa, y la modulación de su cuantía o duración, en función del mismo criterio⁴⁶⁵.

También acudiéndose a un análisis de corte más casuístico o cualitativo, es posible apreciar un mismo proceso histórico de sofisticación de las cláusulas convencionales, por el que se establecen diversos mecanismos encaminados a intentar modular el comportamiento de los trabajadores, introduciendo requisitos más estrictos para el acceso a la mejora o reduciendo su cuantía de forma estratégica cuando se supera determinado número de ausencias. Por ejemplo, los trabajadores de la ONCE venían teniendo tradicionalmente derecho a que la empresa les complementara la prestación por incapacidad temporal hasta llegar a una cuantía equivalente al 100 % de su salario habitual⁴⁶⁶. Dicho derecho se modificó en el año 2005⁴⁶⁷, estableciéndose un período de espera para la percepción del complemento de treinta y un días, que se condicionó, además, a la no superación de una determinada tasa colectiva de absentismo por

⁴⁶¹ GALA DURÁN, C. et. al.: Las mejoras voluntarias... cit., p. 130.

⁴⁶² SERRANO ARGÜELLO, N.: ‘El tratamiento de las incapacidades...’ cit., pp. 4 y 9.

⁴⁶³ BALAGUER PETROVA, S.: ‘Modulación actual...’ cit., p. 8.

⁴⁶⁴ GARCÍA ORTEGA, J.: ‘Mejoras voluntarias...’ cit., pp. 146 y 147.

⁴⁶⁵ En esta misma línea y en la misma época puede verse también ARAGÓN GÓMEZ, C.: ‘Cláusulas de vanguardia...’ cit., pp. 516 y ss.

⁴⁶⁶ Vid., art. 74 XII Convenio Colectivo de la empresa ONCE y su Personal (BOE 4/04/2003).

⁴⁶⁷ Vid., art. 74 XIII Convenio Colectivo de la empresa ONCE y su personal (BOE 25/10/2005).

contingencias comunes. A nivel sectorial, puede observarse un proceso similar; como muestra, en el ámbito de las agencias viajes, donde también se complementaba el subsidio hasta la cuantía correspondiente al 100 % del salario real⁴⁶⁸. Razonablemente, el devengo de dicho complemento se supeditó en el año 1999⁴⁶⁹ a la no superación de una determinada tasa de absentismo laboral individual en el año anterior a la baja y, por añadidura, en 2016⁴⁷⁰ se redujo su cuantía en un 50 % durante los tres primeros días de ausencia.

2.1.2.2. Tratamiento normativo en el marco del sector público

Por otra parte, es de destacar que la complementación de la prestación económica por incapacidad temporal de los trabajadores de las administraciones públicas, al margen de estar presente en la negociación colectiva, también ha sido objeto de atención por parte del legislador. Partiendo de una situación en la que se venían reconociendo generalmente complementos muy generosos⁴⁷¹, por medio del artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, se limitó la posibilidad de complementar el subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de los trabajadores del sector público. Así, se establecieron como topes máximos de compensación un 50 % de la cuantía de la retribución habitual durante los tres primeros días y un 75 % del cuarto al vigésimo día de baja. Por tanto, únicamente era posible mejorar la cuantía de la prestación hasta llegar al 100 % del salario después del vigesimoprimer día de baja y en algunas situaciones excepcionales de especial gravedad.

La limitación de las mejoras voluntarias se justificó por la extraordinaria y urgente necesidad, confirmada por el Tribunal Constitucional⁴⁷², de racionalizar el gasto en personal de la Administración en un contexto de grave déficit público. En este sentido, siendo claro que la finalidad principal era el alivio presupuestario, se intuía también cierta intención antiabsentista en la configuración del precepto. De hecho, la exposición de motivos de dicha norma instaba a los organismos del sector público a adoptar "*medidas para reducir el absentismo de su personal*". Esta vocación antiabsentista se aprecia en el propio artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012, que incluyó una excepción por la cual los topes que establecía a la mejora del subsidio no se aplicaban a incapacidades temporales dotadas de mayor credibilidad, como las que requirieran de intervención quirúrgica o ingreso hospitalario, así como las derivadas de contingencias

⁴⁶⁸ Vid., art. 32 Convenio de Agencias de Viajes (BOE 1/03/1996).

⁴⁶⁹ Vid., art. 33 Convenio de Agencias de Viajes (BOE 19/10/1999).

⁴⁷⁰ Vid., art. 48 Convenio de ámbito estatal para el sector de las Agencias de Viajes (BOE 21/11/2016).

⁴⁷¹ El artículo 21.1 del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado garantizaba a los trabajadores públicos incluidos en su ámbito de aplicación la percepción de una retribución equivalente a su salario íntegro, como mínimo, durante los seis primeros meses de incapacidad temporal.

⁴⁷² STC 30/04/2015 (Rec. núm. 5736/2012).

profesionales, que se podían fijar libremente en cada Administración, hasta alcanzar el 100 % de la retribución ordinaria.

Pese a ser mayoritariamente adoptada por las Administraciones con estricta sujeción a los límites máximos posibles⁴⁷³, la restricción legislativa tuvo, a corto plazo, un drástico efecto en la incidencia de la incapacidad temporal entre los trabajadores públicos: el número de bajas cayó a la mitad hasta igualarse con el del sector privado⁴⁷⁴. En efecto, la reforma tuvo un claro resultado desincentivador de las ausencias cortas por contingencias comunes que revirtió en una disminución del 10 % del total de días de absentismo de los trabajadores públicos⁴⁷⁵. Con todo, este ejemplo sirve para ilustrar que la reducción del nivel de protección económica no siempre va automáticamente ligada a una disminución del gasto. A medio plazo, la medida tuvo un efecto perverso por el que los procesos por incapacidad temporal descendieron en incidencia, pero estuvieron cerca de duplicar su duración, lo que comportó, a la postre, un ascenso del coste público en la prestación económica por encima del registrado con anterioridad su introducción⁴⁷⁶. Este fracaso se atribuye a que, a partir de los veinte días de baja, la prestación pudiera complementarse hasta llegar al 100 % de la retribución anterior, por lo que su alargamiento no estaba desincentivado. Asimismo, otras consecuencias adversas fueron que aumentaron las recaídas y que parte de las bajas por trastornos musculoesqueléticos que antes se calificaban como de origen común se desplazaron a la incapacidad temporal por contingencias profesionales (a la que tampoco se habían aplicado desincentivos)⁴⁷⁷.

La moderada reducción forzosa de las mejoras voluntarias en el sector público llegó a su fin con la Disposición Adicional 54 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, que, elevando a rango legal el II Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo⁴⁷⁸, volvió a facultar a cada Administración Pública para “*determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones a percibir por el personal a su servicio o al de los organismos y entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal*”. Dicha norma menciona expresamente -pareciera que lo hace casi a modo de sugerencia- la posibilidad de establecer un complemento retributivo desde el primer día de incapacidad temporal que, sumado a la prestación, “*alcance hasta un máximo del cien por cien de sus retribuciones fijas del mes de inicio de la incapacidad temporal*”. La única restricción que se introduce, si puede considerarse como tal, es la obligación de que “*Los supuestos de*

⁴⁷³ GALA DURÁN, C.: ‘Las políticas de acción social en la Administración Local’, Seminari sobre relacions col·lectives, noviembre del 2013, p. 4.

⁴⁷⁴ SANTOS GARCÍA, C. J.: ‘Factores de diversidad... cit., p. 1040.

⁴⁷⁵ MARIE, O. y VALL CASTELLO, J.: ‘If Sick-leave becomes more costly, will I go back to work? Could it be too soon?’, IEB Working Paper, núm. 39, (2020), p. 16.

⁴⁷⁶ SANTOS GARCÍA, C. J.: ‘Factores de diversidad... cit., p. 1040.

⁴⁷⁷ MARIE, O. y VALL CASTELLO, J.: ‘If Sick-leave... cit., p. 20.

⁴⁷⁸ Resolución de 22 de marzo de 2018 de la Secretaría de Estado de Función Pública.

incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales, así como los que afecten a la mujer gestante, deberán tener necesariamente el trato más favorable de los acordados por la Administración respectiva". Pues bien, después de la aprobación de tal regulación básica, las aguas volvieron a su cauce y las disposiciones totalmente carentes de cualquier pretensión racionalizadora no tardaron en reaparecer⁴⁷⁹.

2.1.2.3. Valoración personal

De lo anterior se deriva que, en el sector privado, las mejoras voluntarias a la incapacidad temporal han sufrido una evolución notable. En efecto, han adquirido una complejidad que refleja la conciencia de sus redactores sobre el perjuicio que pueden generar desde el punto de vista del riesgo moral. Existe, en este sentido, una clara tendencia por la que el diseño de las mejoras ha sido progresivamente depositario de una inteligencia y meticulosidad cada vez mayor por parte de los negociadores. Así, se suelen adoptar mecanismos que, evitando que los trabajadores se vean siempre excesivamente perjudicados por su enfermedad o accidente, procuran centrar la protección adicional en aquellas incapacidades temporales que son menos susceptibles de abuso, modulando, de distinto modo, las mejoras correspondientes al resto de las ausencias para contribuir a ajustarlas a los niveles de absentismo que sean esperables o se consideren óptimas en cada empresa o sector.

En cambio, no ocurre lo mismo con las mejoras voluntarias en el ámbito del sector público, cuya evolución no es resultado de un proceso de reflexión colectiva bien asentado, sino de la crisis de las finanzas públicas y de la necesidad de recortar gastos. Lo anterior pudo conducir a la comisión de los errores ya señalados en su restricción legal y, sobre todo, al reciente retroceso que las ha devuelto, en general, al punto inicial de cobertura total e incondicional del riesgo en que más contribuyen al riesgo moral. En este sentido, es claro que la falta de políticas de desincentivación económica de la ausencia en la Administración favorece los elevados niveles de absentismo laboral de los empleados públicos⁴⁸⁰. Es cierto que el encorsetamiento legislativo de las mejoras voluntarias se concibió, desde un primer momento, como una medida temporal de urgencia que obedecía a circunstancias coyunturales, por lo que cabía esperar su derogación⁴⁸¹. Sin embargo, también lo es que el criterio de eficiencia que debe regir el

⁴⁷⁹ Vid., por ejemplo, el Real Decreto 956/2018, de 27 de julio, por el que se aprueba y publica el Acuerdo adoptado por la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado el 23 de julio de 2018 en el que se acuerda, en virtud de la reconocida eliminación de *"las restricciones existentes hasta ese momento"*, garantizar *"la percepción del cien por cien de las retribuciones ordinarias correspondientes al mes de inicio de la incapacidad temporal"*. Igualmente, pueden verse, en idéntico sentido, la Ley del Principado de Asturias 13/2018, de 21 de diciembre, de modificación de la Ley del principado de Asturias 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la Función Pública, sobre el régimen retributivo en la situación de incapacidad temporal o el Decreto-Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 3/2018, de 30 de agosto, por el que se habilita el incremento de las retribuciones y se eliminan las limitaciones para el abono del 100 % en las situaciones de incapacidad temporal del personal al servicio del sector público.

⁴⁸⁰ ORTIZ ALEJO, Y.: *Factores psicosociales...* cit., p. 250.

⁴⁸¹ En contra de esta impresión, Vid., GALA DURÁN, C.: *'Las políticas de acción...* cit., p. 6.

gasto de los recursos públicos (art. 31.2 CE) no es de aplicación exclusiva a los periodos de crisis económica, por lo que, con o sin restricciones normativas, la falta de mecanismos de racionalización de los complementos extrasalariales aquí tratados debe ser valorada negativamente.

2.2. Los complementos salariales relacionados con la asistencia al trabajo

Con menor tradición que las mejoras voluntarias, pero dotados cada vez de mayor protagonismo, aparecen en la negociación colectiva complementos salariales que, para reducir el absentismo laboral, incentivan pecuniariamente la asistencia al trabajo⁴⁸². Muestra de ello es que la proporción de convenios colectivos firmados entre los años 2003 y 2007 que los incluían se mantenía en el 24 %, mientras que de los años 2012 a 2020 oscila entre el 26 y el 31 %⁴⁸³. En efecto, los incentivos inversamente vinculados a la duración y la frecuencia de las ausencias de los trabajadores son una recomendación común cuando se elaboran pautas de actuación frente al absentismo⁴⁸⁴. A resultados de lo anterior, el establecimiento de complementos salariales dirigidos a fomentar económicamente la presencia de los trabajadores se identifica como la más frecuente de todas las medidas convencionales explícitamente dirigidas a reducir el absentismo laboral⁴⁸⁵, cuando no se incluyen en dicha categoría las mejoras voluntarias.

Este tipo de políticas retributivas ha demostrado ser efectivo para reducir el absentismo laboral. Así, por ejemplo, ha podido comprobarse que el absentismo desciende entre aquellos trabajadores que pueden optar a un plus salarial en caso de no presentar faltas al trabajo durante un cierto periodo de tiempo, habiéndose comprobado también que el absentismo repunta cuando los mismos trabajadores pierden tal oportunidad⁴⁸⁶. También ha podido verse que el absentismo desciende cuando se aumenta la importancia relativa del plus de asistencia dentro de la retribución global del trabajador⁴⁸⁷. Esto indica que la cuantía del complemento no debería ser la misma para toda la plantilla, sino que debería incrementarse por niveles salariales, ya que los trabajadores con mejores sueldos solo se verán correctamente estimulados por mayores compensaciones⁴⁸⁸.

⁴⁸² LLOMPART BENNÀSSAR, M.: El salario: concepto, estructura y cuantía, Madrid, 2007, p. 473.

⁴⁸³ Datos de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo elaborada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

⁴⁸⁴ Informe de Mutua Universal 'Medidas para la mejora del Absentismo', ejemplar fotocopiado, p. 6.

⁴⁸⁵ GARCIA VIÑA, J.: '¿Cómo la negociación... cit., p. 319.

⁴⁸⁶ Vid., HASSINK, W. y KONING, P.: 'Do Financial Bonuses Reduce Employee Absenteeism – Evidence from a Lottery', *Industrial and Labor Relations Review*, núm. 3, (2002), p. 341, exponiendo los efectos de la implantación de un sistema de bonus mensual en una empresa holandesa al que podían optar aquellos trabajadores que no se hubieran ausentado del trabajo en un periodo de tres meses.

⁴⁸⁷ ROMÁN, F. J.: 'An analysis of changes... cit., p. 597.

⁴⁸⁸ TODOLÍ SIGNES, A.: 'Salario y negociación colectiva: últimas tendencias', en AA.VV.: Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva, Dirs. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Madrid, 2015, p. 356.

Como se ha visto, para los economistas, los incentivos positivos son perfectamente compatibles con los negativos y pueden ser útiles para potenciarlos y complementarlos. Cuando serán más necesarios estos estímulos positivos será respecto de aquellos trabajadores que no se ven afectados previamente por incentivos negativos. Ello sucede en aquellas empresas obligadas por los convenios colectivos sectoriales a abonar mejoras voluntarias a la incapacidad temporal que, por su entidad, anulen o acerquen a la irrelevancia los recortes en el subsidio diseñados a nivel legislativo para disuadir las ausencias. Ante situaciones en que la suma de la prestación y las mejoras se acerque a la retribución ordinaria, los complementos salariales vinculados al absentismo adquieren una importancia particular, porque son la única vía legal de la que dispone la empresa para incidir directamente en lo rentable que les resulte su ausencia a los trabajadores. Recuérdese, a este respecto, que las mejoras voluntarias no se encuentran incluidas entre las materias a las que el artículo 84.2 ET otorga prioridad aplicativa al convenio de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior. Por lo tanto, aunque se negociara un convenio colectivo a nivel de empresa, no se podría alterar lo dispuesto en el convenio colectivo de ámbito superior respecto de los complementos a las prestaciones de Seguridad Social.

Igual que ocurre en el caso de las mejoras voluntarias al subsidio por incapacidad temporal, existe un amplio margen de actuación a la hora de configurar los complementos salariales, que ha dado lugar a un conjunto heterogéneo de formulaciones⁴⁸⁹. Pues bien, en la actualidad, las cláusulas más habituales son las que dan derecho a la percepción de una cantidad fija, que solo se devenga en caso de no superarse un determinado nivel de absentismo individual o colectivo en un periodo temporal previamente fijado. Con menor frecuencia, también pueden dar lugar a la percepción de una cantidad variable en función del número de días de trabajo efectivo. Las anteriores fórmulas deben distinguirse de las que se centran únicamente en incentivar la puntualidad de los trabajadores y, por tanto, se devengan de manera incondicionada por su mera asistencia tempestiva al puesto de trabajo⁴⁹⁰. Esta última tipología de complementos queda descartada del presente estudio porque, aunque puedan referirse al absentismo en la denominación que se les da, carecen de vinculación con el mismo conforme a lo que aquí se entiende como tal.

Asimismo, otra semejanza que presentan los pluses de asistencia con las mejoras voluntarias es que, gracias a dicha libertad negocial, se reproducen en este ámbito estrategias semejantes a las ya descritas. Así, por ejemplo, en la configuración de este tipo de complementos también se utilizan como señales indicativas de la mayor confiabilidad de la ausencia el origen profesional de la incapacidad temporal o la

⁴⁸⁹ Vid., como muestra, los múltiples ejemplos recogidos por ROMERO BURILLO, A. M.: 'Absentismo laboral... cit., p. 8 y ss.

⁴⁹⁰ NIETO ROJAS, P.: 'La incidencia de los complementos salariales en la reducción del absentismo: su recepción en la negociación colectiva, Revista de Información laboral, núm. 5, (2016), p. 5.

hospitalización del trabajador⁴⁹¹. Ello implica que, en ocasiones, estas ausencias tampoco se computan como tales a la hora de determinar la superación o no del umbral de absentismo permitido para devengar el complemento.

2.2.1. Calificación jurídica y virtualidad como instrumento antiabsentista

Atendiendo a las tres categorías de complementos salariales establecidas en el artículo 26.3 ET, los pluses de desincentivación del absentismo se consideran complementos por trabajo realizado o vinculados a la actividad laboral⁴⁹². Dentro de dicha categoría, los pluses de actividad, asistencia o asiduidad, se han calificado como complementos salariales por calidad o cantidad de trabajo⁴⁹³ por cuanto se entiende que las inasistencias disminuyen el valor cualitativo y cuantitativo de la prestación laboral⁴⁹⁴. Si bien, también se ha destacado que su percepción no requiere una especial implicación de los trabajadores, sino que es suficiente con el cumplimiento ordinario de su deber laboral de realizar las tareas propias de su puesto de trabajo⁴⁹⁵. Es decir, lo que se retribuye es el cumplimiento de la jornada prevista, sin que se pretenda la obtención de un rendimiento extraordinario, ni siquiera la prestación de un mayor tiempo de trabajo, a diferencia de lo que ocurre con otros complementos con los que comparte categorización, como los devengados por la realización de horas extras o por la disponibilidad para realizar trabajos extraordinarios⁴⁹⁶. Además, este complemento opera sin perjuicio de la falta de devengo del salario durante los días de ausencias injustificadas al trabajo y del poder disciplinario del empresario, que le permite sancionarlas en función de su gravedad.

A raíz de lo anterior, se ha afirmado que la asistencia al trabajo no puede diferenciarse de la causa genérica por la que todo trabajador percibe su salario base, que es la de prestar sus servicios durante la integridad del tiempo pactado con el empresario, por lo que la imputación de la cuantía del plus a dicha partida sería técnicamente más adecuada⁴⁹⁷. Si bien, como es sabido, dejando al margen las faltas formalmente injustificadas, que tienen un carácter residual, existe todo un abanico de derechos o vicisitudes que permiten al empleado no llegar a trabajar durante todo el tiempo al que se había comprometido inicialmente, con independencia de que su ejercicio pueda dar lugar o no, según el caso, a la deducción del salario base

⁴⁹¹ Da buena muestra de ello ROMERO BURILLO, A. M.: 'Absentismo laboral... cit., pp. 9 a 11.

⁴⁹² STS 29/11/2018 (Rec. núm. 167/2017).

⁴⁹³ Vid., Decreto 2380/1973, de 17 de agosto, sobre ordenación del salario y, posteriormente, STS 19/10/1994 (Rec. núm. 1162/1993).

⁴⁹⁴ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El salario...* cit., p. 474.

⁴⁹⁵ NIETO ROJAS, P.: 'La incidencia de los complementos... cit., p. 5; ROMERO BURILLO, A. M.: 'Absentismo laboral... cit., p. 7 y BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: 'El control del absentismo... cit., p. 395.

⁴⁹⁶ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El salario...* cit., p. 448, indica que los conceptos retributivos citados conforman el subtipo de complementos por calidad o cantidad de trabajo relacionados con el tiempo trabajado.

⁴⁹⁷ Vid., MOLERO MARAÑÓN, M. L.: 'Estructura y cuantía de la retribución del trabajo' en AA.VV.: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Coords. GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍN VALVERDE, A., Granada, 2005, p. 879.

correspondiente. En consecuencia, las faltas justificadas que interrumpen la prestación laboral nunca son jurídicamente descartables de entrada, de modo que adquiere cierto sentido reconocer aquellas ocasiones en que no concurren. Ello evidencia, además, el carácter instrumental del complemento, que es una característica de la que carece el salario base⁴⁹⁸.

El problema jurídico que se acaba de referir, por otra parte, es especialmente interesante, porque pone de manifiesto una grave flaqueza de los pluses de absentismo, desde el punto de vista de su virtualidad práctica. En efecto, dichos pluses, en su concepción clásica, tienen como objetivo único y exclusivo fomentar la asistencia continuada de los empleados a su trabajo. Cabe deducir, por ende, que su instauración se fundamenta en la idea de que la mera asiduidad al trabajo garantiza, por sí misma, la preservación del rendimiento empresarial. No obstante, esta noción ya ha sido rebatida en el presente trabajo, por ser contraria a la investigación empírica en materia de presentismo laboral, que demuestra que, en ciertas circunstancias, la presencia del trabajador en la empresa no solo no genera la utilidad esperada, sino que, además, puede perjudicar la productividad del conjunto de la organización. Así, aunque la asistencia es un requisito previo para la productividad, no es un desencadenante automático de la misma⁴⁹⁹. Por lo tanto, dicha asistencia puede ser un objetivo instrumental, pero no debería ser el fin último de una política retributiva.

Lo anterior no implica necesariamente que la tasa individual o colectiva de absentismo tenga que convertirse necesariamente en un elemento irrelevante a nivel salarial, pero sí supone, al menos, que su valoración debe inscribirse en un marco más amplio, considerándose como uno de los múltiples elementos que contribuyen a determinar la productividad de la empresa. En esta línea, ya existen fórmulas que, en lugar de compensar la mera presencia en el puesto de trabajo, tienen en cuenta la asistencia, pero para retribuir, en realidad, o bien la consecución de objetivos, o bien la obtención de determinados resultados empresariales⁵⁰⁰. Así, por ejemplo, el grado de absentismo laboral de cada trabajador o el de una determinada unidad productiva es un indicador objetivo y medible que puede considerarse junto con otros parámetros típicamente incluidos en los complementos por rendimiento o por evaluación del desempeño, como serían la mejora de la producción individual o la contribución a la mejora de los procesos productivos. Otra opción que merecería una consideración positiva sería el reconocimiento de un complemento por situación o resultados de la empresa a aquellos trabajadores que no se ausenten frecuentemente de su puesto de trabajo. Esta es una condición que debe hacerse explícita, porque, de lo contrario, el

⁴⁹⁸ LLOMPART BENNÀSSAR, M.: *El salario...* cit., p. 386.

⁴⁹⁹ Coincidiendo con este diagnóstico, aunque no en la forma de abordarlo, Vid., MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: *‘Que lo urgente...’* cit., p. 143.

⁵⁰⁰ Vid., ROMERO BURILLO, A. M.: *‘Absentismo laboral...’* cit., pp. 7, 12 y ss.; NIETO ROJAS, P.: *‘La incidencia de los complementos...’* cit., p. 4 y BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: *‘El control del absentismo...’* cit., p. 398.

complemento deberá abonarse a todos los trabajadores, incluidos los que, por no acudir a trabajar regularmente, no habrán contribuido significativamente a la consecución de los buenos resultados empresariales⁵⁰¹.

Cuando la asiduidad al trabajo se pone en conexión con determinados objetivos productivos, se transmite el mensaje de que lo que interesa no es la mera presencia del trabajador, sino una presencia productiva, contrapuesta al presentismo laboral. De este modo, se evita incentivar directamente la presencia improductiva y se reduce el riesgo de que acudan a trabajar empleados enfermos, conscientes de que no están en condiciones de prestar sus servicios adecuadamente, pero movidos por la voluntad de tener derecho al cobro del complemento en cuestión. Ello permitirá también contrarrestar una de las críticas materiales que se habían planteado en contra de los pluses de asistencia, por quienes consideraban que podían tener consecuencias dañinas sobre la salud de los trabajadores⁵⁰².

Yendo más allá, incluso aunque para el devengo de los anteriores complementos no se tenga en cuenta el absentismo, cabe esperar que, puesto que este perjudica la productividad individual y/o empresarial, incentivar la consecución de objetivos aumentará la responsabilidad de los trabajadores provocando indirectamente una disminución de las ausencias⁵⁰³. Así parecen acreditarlo los análisis empíricos, que refuerzan la noción de que estas medidas retributivas no serían menos útiles, en cuanto a su eficacia para reducir el absentismo, que los pluses de asistencia en su versión más básica. Como muestra, en un estudio⁵⁰⁴ realizado sobre una muestra de un centenar de firmas francesas de distintos sectores se describe que las que retribuían a sus trabajadores en función de los beneficios de la empresa, ya fuera pecuniariamente o a través de la participación en sus acciones, presentaban ratios significativamente inferiores de ausencias al trabajo. En el mismo sentido, se ha comprobado que las empresas británicas que ofrecen complementos vinculados al rendimiento individual o grupal presentan tasas de absentismo que se sitúan un 16 % por debajo de la media⁵⁰⁵.

Por añadidura, la retribución ligada a la productividad, tenga o no en cuenta las tasas de absentismo, presenta otro beneficio adicional frente a los complementos por asistencia. Estos últimos cumplen la función de influir en las motivaciones internas de los trabajadores para disminuir las ausencias injustificadas o fraudulentas⁵⁰⁶, pero no

⁵⁰¹ NIETO ROJAS, P.: 'La incidencia de los complementos... cit., p. 10.

⁵⁰² Vid., en el ámbito doctrinal, haciéndose eco de dichas críticas, MERCADER UGUINA, J. R.: Modernas tendencias... cit., p. 163.

⁵⁰³ TODOLÍ SIGNES, A.: Salarios y productividad... cit., p. 158.

⁵⁰⁴ BROWN, S.; FAKHFAK, F. y SESSIONS, J.: 'Absenteeism and Profit Sharing: An Empirical Analysis Based on French Panel Data, 1981-1991', *Industrial and Labor Relations Review*, núm. 52, (1998), p. 19.

⁵⁰⁵ KONSTANTINOS, P. y THEODOROPOULOS, N.: 'Performance Pay as an Incentive for Lower Absence Rates in Britain', *MPRA Paper* núm. 18238, (2009), p. 18.

⁵⁰⁶ NIETO ROJAS, P.: 'La incidencia de los complementos... cit., p. 4.

afectan a las ausencias médicas verdaderas, ajenas a la voluntad del empleado⁵⁰⁷. En cambio, retribuir el desempeño del trabajador o su contribución al buen funcionamiento de la empresa mejora también el bienestar laboral de los empleados⁵⁰⁸. Es decir, cuando, además de la presencia, se compensa el rendimiento, se suscita un mayor compromiso y una mayor satisfacción laboral entre los trabajadores. Ello permite afirmar que este tipo de complementos tienen la potencialidad secundaria, complementaria a la de reducir el riesgo moral, de prevenir problemas de salud que pudieran dar lugar a ausencias médicas legítimas vinculadas a la consumación de riesgos psicosociales. Por lo tanto, en este campo se abriría también la posibilidad de conseguir, por vía indirecta, objetivos que van en la línea de los que se marcan las políticas enfocadas a la mejora de la calidad de vida laboral y la salud de los trabajadores.

2.2.2. Limitaciones jurídicas a su libre disposición

Los pluses de asistencia pueden colisionar con distintos derechos fundamentales como el derecho de huelga, la libertad sindical o la no discriminación por razón de sexo. Por ello, pese a la libertad contractual de la que se parte *a priori*, este choque ha venido dando lugar a la fijación, por vía jurisprudencial, de constricciones jurídicas de diversa naturaleza. De estas pautas jurisprudenciales resulta, en la práctica, un catálogo de tipologías de ausencias laborales que no pueden ser tenidas en cuenta a la hora de privar al trabajador del plus por asistencia. Es decir, de su análisis puede extraerse, *a contrario sensu*, una noción de lo que puede entenderse por absentismo laboral a efectos retributivos.

Un primer aspecto problemático de estos complementos venía referido a la posibilidad de computar como absentismo las ausencias de los trabajadores por huelga legal. Según el Tribunal Constitucional⁵⁰⁹ tal práctica es lícita mientras el complemento salarial no encubra una prima antihuelga, entendida como una gratificación “*directa y únicamente conectada al ejercicio del derecho de huelga*”, que se pierde por el mero hecho de ejercerla. En el caso de que el complemento esté correctamente diseñado, “*el número de ausencias por huelga se diluye en el cómputo global de ausencias como una causa más, sin que tenga una especial repercusión*”, por lo que no la penaliza especialmente. Es decir, para que el complemento individual cumpla una verdadera función de desincentivo de las ausencias laborales, es necesario que se incluyan también otro tipo de ausencias, como las bajas por enfermedad o accidente.

El anterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional fue matizado o precisado posteriormente por el Tribunal Supremo, al considerar que, para que puedan computarse las ausencias debidas a la huelga, el convenio colectivo tiene que preverlo expresamente⁵¹⁰. Así, teniendo en cuenta que este tipo de ausencias obedecen al

⁵⁰⁷ BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: ‘El control del absentismo... cit., p. 388.

⁵⁰⁸ Eurofound: *Working conditions...* cit., p. 51.

⁵⁰⁹ STC 14/06/1993 (Rec. núm. 968/1990).

⁵¹⁰ STS 19/04/2004 (Rec. núm. 36/2003) y STS 26/04/2004 (Rec. núm. 96/2003).

ejercicio de un derecho fundamental reconocido en el artículo 28.2 CE, se argumenta que el silencio de las disposiciones convencionales sobre su repercusión en tal complemento retributivo no puede interpretarse en el sentido de que se entiendan implícitamente equiparadas al resto de faltas al trabajo. Por su parte, los Tribunales Superiores de Justicia⁵¹¹ también han trasladado dicha idea a los complementos salariales que tienen origen en una decisión unilateral de la empresa. En estos casos, se exige que, en el momento de implantarse el complemento, se aplique la misma transparencia, debiéndose anunciar que podrá verse afectado por la concurrencia de una huelga legal.

En relación con la preservación de la libertad sindical, en cambio, los Tribunales Superiores de Justicia han sido más tajantes, invalidando el cómputo como absentismo laboral de las ausencias de los representantes de los trabajadores por el ejercicio de su crédito horario⁵¹². Esta consideración garantista se deriva de la aplicación del llamado principio de ominequivalencia o indemnidad retributiva, el cual prohíbe que los representantes tengan que soportar cualquier perjuicio económico adicional por su actividad en defensa de los intereses laborales de los trabajadores. Así, teniendo en cuenta que las primas salariales se vinculan a la asistencia regular al puesto de trabajo y que esta es incompatible con la disposición de las horas que se les reconocen para el ejercicio de las funciones inherentes a sus cargos, no se permite que puedan sufrir un agravio comparativo con respecto a los demás trabajadores. Además, esta misma regla se aplica tanto a los complementos fijados en función de estándares individuales de asistencia, como a aquellos que dependen del cumplimiento de objetivos colectivos⁵¹³, para evitar que los representantes de los trabajadores puedan verse igualmente disuadidos de ejercer su derecho, por las consecuencias que ello pueda tener sobre el conjunto de la plantilla.

Más recientemente, la controversia judicial en torno a las primas antiabsentismo se ha focalizado en la prohibición de discriminación por razón de sexo. Así, se ha llegado a la conclusión de que el cómputo de las ausencias por riesgo durante el embarazo o la lactancia, a los efectos de obtener individualmente un complemento salarial, perjudica directamente a las mujeres que son madres, como titulares exclusivas de dichos derechos⁵¹⁴. Del mismo modo, no deben poder computarse las ausencias por incapacidad temporal de la madre si su causa médica se deriva del hecho biológico del embarazo o el parto, como ocurre, por ejemplo, en el caso de una prescripción médica de reposo por amenaza de aborto⁵¹⁵. Con todo, en este último caso se da la

⁵¹¹ STSJ Cataluña 28/07/2006 (Rec. núm. 2904/2006), STSJ Madrid 23/05/2007 (Rec. núm. 1198/2007) y STSJ País Vasco 14/12/2010 (Rec. núm. 2412/2010).

⁵¹² STSJ Madrid 30/01/2004 (Rec. núm. 6085/2003), STSJ Madrid 8/10/2004 (Rec. núm. 4597/2004), STSJ Castilla León 18/03/2009 (Rec. núm. 127/2009) y STSJ País Vasco 14/12/2010 (Rec. núm. 2412/2010).

⁵¹³ STSJ País Vasco 9/01/2018 (Rec. núm. 2450/2017).

⁵¹⁴ STSJ País Vasco 7/05/2001 (Rec. núm. 646/2000).

⁵¹⁵ STSJ Cataluña 25/05/2010 (Rec. núm. 2235/2009).

particularidad de que será la trabajadora la que, en su propio beneficio, tendrá que solicitar la acreditación médica de la conexión de la incapacidad con su maternidad biológica, porque en los modelos oficiales de partes facultativos no aparece ninguna información que permita diferenciar este tipo de procesos de todos los procesos genéricos por incapacidad derivada de contingencias comunes.

Cosa distinta es que los conceptos anteriores puedan computarse a la hora de calcular las tasas de absentismo colectivo, cuando el nacimiento del derecho depende del número global de ausencias de la plantilla⁵¹⁶. Es decir, si se marca un límite general de absentismo laboral por encima del cual ningún trabajador tiene derecho a la percepción del complemento, el cómputo de las ausencias por maternidad (hoy nacimiento y cuidado de hijo o hija) o por riesgo durante el embarazo perjudica a todos los trabajadores por igual, con independencia de que tengan o no responsabilidades familiares. Por lo tanto, no puede considerarse una configuración sexista o contraria al favorecimiento de la corresponsabilidad parental. Tampoco se entiende como discriminatorio que, siendo el complemento por asistencia de devengo mensual, la trabajadora deje de percibirlo durante su ausencia por maternidad, al igual que deja de percibir el resto de su salario, por causa de la suspensión contractual⁵¹⁷.

Mayores dudas había generado la concurrencia de discriminación salarial indirecta ante el disfrute de los derechos de conciliación que se reconocen, sin distinción, a hombres y mujeres, como el permiso por nacimiento de hijo o hija y los permisos por adopción, acogimiento o lactancia⁵¹⁸. Si bien, tales dudas han de entenderse ya disipadas por la doctrina del Tribunal Supremo⁵¹⁹, que ha reiterado que dichos derechos han de ser interpretados en el marco de la configuración constitucional y comunitaria de la protección de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, en relación con el derecho a la conciliación de la vida personal y familiar y el fomento de la corresponsabilidad en la asunción de obligaciones familiares. En consecuencia, se entiende prohibido que cualquier trabajador, del sexo que sea, pueda verse retributivamente perjudicado por conciliar, en comparación con otro que no lo haga. Ello implica que tampoco estos periodos podrán computarse como no trabajados a los efectos de devengar el plus individual correspondiente, una vez que los trabajadores se reincorporen a su puesto de trabajo.

Sin abandonar el plano del artículo 14 CE, parte de nuestra doctrina científica entiende que los complementos salariales vinculados al absentismo tienen el riesgo de introducir un elemento diferencial entre trabajadores, en función de su salud, que

⁵¹⁶ STSJ Cataluña 15/11/2019 (Rec. núm. 4929/2019).

⁵¹⁷ STSJ Valencia 24/09/2009 (Rec. núm. 3595/2008).

⁵¹⁸ En contra se habían dictado la STSJ País Vasco 7/05/2001 (Rec. núm. 646/2000), la SAN 22/01/2018 (Proced. Núm. 328/2017) y la SAN 27/12/2018 (Proced. núm. 302/2018).

⁵¹⁹ STS 9/12/2009 (Rec. núm. 8/2008) y STS 16/07/2019 (Rec. núm. 69/2018).

rompe con la igualdad retributiva⁵²⁰. Nuestra doctrinal judicial, en cambio, no comparte esta crítica⁵²¹. El hecho de que los trabajadores con menor absentismo médico perciban un tratamiento retributivo privilegiado no constituye un supuesto de discriminación prohibido por el artículo 14 CE. Es cierto que dicho artículo contiene un listado de causas de discriminación que tiene naturaleza abierta y permite plantear que la enfermedad, como origen directo de la incapacidad temporal, constituye un motivo de discriminación. Sin embargo, como se ha desarrollado extensamente en materia de despido⁵²², extremo sobre el que se volverá, el estado de salud o la enfermedad generalmente considerada es un tipo de vulnerabilidad susceptible de afectar a todas las personas a lo largo de su vida, por lo que difícilmente puede tenerse como una causa histórica de segregación social merecedora de este tipo de protección.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a los derechos de conciliación fue extendida por la Audiencia Nacional⁵²³, sin distinción alguna, al disfrute de todos los permisos retribuidos reconocidos en el artículo 37.3 ET, considerando su cómputo, a efectos de absentismo, como discriminatorio por razón de sexo. Con todo, el Tribunal Supremo⁵²⁴ rectificó esta tesis y estableció, de forma más matizada, una clasificación de los permisos que podían condicionar la percepción del complemento salarial. Así, se estima lícita la consideración como absentismo del permiso por matrimonio, por fallecimiento de un pariente, por traslado del domicilio habitual o por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, porque todos carecen de impacto de género⁵²⁵. En cambio, no se considera admisible la pérdida del plus de asistencia a raíz del ejercicio del permiso por realización de exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto, que está directamente vinculado al sexo femenino. Tampoco puede tener consecuencias retributivas el ejercicio de los permisos (i) por accidente, enfermedad grave, hospitalización y asistencia durante el reposo domiciliario de parientes o (ii) por acudir a las sesiones previas a la declaración de idoneidad en los casos de adopción o acogimiento, porque se estima que su cómputo perjudicaría en mayor

⁵²⁰ Vid., haciéndose eco de dichas críticas, MERCADER UGUINA, J. R.: Modernas tendencias en la ordenación salarial, Madrid, 1996, p. 163.

⁵²¹ STSJ Asturias 24/02/2012 (Rec. núm. 3230/2011) o STSJ Cataluña 29/03/2007 (Rec. núm. 4/2007).

⁵²² STS 29/01/2001 (Rec. núm. 1566/2000), STS 12/07/2004 (Rec. núm. 4646/2002), STS 23/05/2005 (Rec. núm. 2639/2004), STS 18/12/2007 (Rec. núm. 4194/2006), STS 27/01/2009 (Rec. núm. 602/2008), STS 12/07/2012 (Rec. núm. 2789/2011) y STS 3/05/2016 (Rec. núm. 3348/2014).

⁵²³ SAN 8/06/2016 (Proced. núm. 131/2016) y SAN 20/03/2018 (Proced. núm. 8/2018). Además de su carácter discriminatorio por razón de sexo, se esgrimía también, para negar la posibilidad de computar dichos permisos, que, teniendo en cuenta su carácter legalmente retribuido, se consideraba un abuso de derecho que la empresa negara el incentivo a quienes hacen uso de ellos, siendo este argumento igualmente rechazado al ser casada la segunda resolución.

⁵²⁴ STS 3/12/2019 (Rec. núm. 141/2018).

⁵²⁵ No se indica nada sobre los permisos para la concurrencia a exámenes del artículo 23.1.a ET o los permisos de los trabajadores desplazados para regresar a su domicilio de origen del artículo 40.6 ET, pero cabe pensar que también podrían computarse como absentismo laboral, por la misma razón.

medida a las mujeres, que son quienes asumen la mayor parte de las tareas de cuidados familiares.

Por lo que se refiere, en concreto, al permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal del artículo 37.1.d ET, el Tribunal Constitucional declaró en su Sentencia de 14 de junio de 1993⁵²⁶ que las faltas de asistencia derivadas del ejercicio del derecho fundamental al sufragio activo de los trabajadores (art. 23.1 CE) no pueden computarse a efectos de privarlos de un complemento salarial de desincentivación del absentismo laboral considerando que *“el fomento de la productividad no puede nunca erigirse en obstáculo que dificulte la participación de los trabajadores en la vida política”*.

En cambio, respecto de otra dimensión del mismo derecho a la participación política, correspondiente al desempeño individual y continuado de funciones políticas representativas que den lugar a faltas de asistencia, el Tribunal Constitucional plantea en su Sentencia de 16 de noviembre de 2018⁵²⁷ una solución menos estricta. En tal caso no se dirimía una controversia salarial, sino el despido objetivo por absentismo de una trabajadora que acudía con frecuencia a los plenos de un Ayuntamiento en su calidad de concejala. El máximo intérprete de la Constitución constata *“que la actividad representativa correlativamente conlleva para el empresario una onerosidad en el alcance de sus intereses legítimos, que se traduce en una menor eficiencia en la prestación laboral de la trabajadora”* y afirma la legitimidad de tomar decisiones que traten de minimizar dichos costes. Por ello, aunque el Tribunal considera el despido una medida excesivamente contundente, cabe deducir, del contenido de dicha resolución, que la privación de una gratificación pecuniaria para la que se computarían las ausencias debidas al ejercicio de un cargo público no se opondría a la Constitución, en tanto que esta *“no ampara que los costes derivados del legítimo ejercicio de tal función representativa sean unilateralmente asumidos, más allá de lo razonable, por quien es un tercero ajeno a la relación fiduciaria entablada entre el representante político y los ciudadanos representados”*.

Según se ha expuesto, creo que lo adecuado sería reconocer este tipo de complementos salariales diferenciando expresamente entre las ausencias incluidas y las excluidas a efectos de determinar la cuantificación del absentismo individual o colectivo que va a condicionar el devengo del complemento por asistencia. Ello obligaría a los negociadores de los convenios colectivos a ser más cuidadosos en la redacción de estos aspectos, pues lo cierto es que normalmente utilizan cláusulas abiertas y referencias generales a las ausencias justificadas e injustificadas. En este sentido, como indica el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de mayo de 2016⁵²⁸, las formulaciones

⁵²⁶ Rec. núm. 968/90.

⁵²⁷ Rec. núm. 5988/2017.

⁵²⁸ Rec. núm. 140/2015.

indeterminadas que establecen una presunción de que cualquier tipo de ausencia puede considerarse como absentismo no son necesariamente nulas, pero deben interpretarse siempre en el sentido de que excluyen las faltas de asistencia que deben equipararse económicamente al trabajo efectivo (como es el caso del crédito horario o el sufragio activo) o cuyo cómputo tenga consecuencias discriminatorias.

Con base de nuevo al artículo 14 CE, también cabe preguntarse si los complementos salariales vinculados a la asistencia o al absentismo deben aplicarse por igual a todos los trabajadores o si, en atención a su naturaleza, pueden concederse de forma proporcional a los trabajadores a tiempo parcial, conforme al artículo 12.4.d ET. El Tribunal Supremo parece apuntar en la primera dirección en su Sentencia de 10 de noviembre de 2017⁵²⁹ cuando indica que *“la naturaleza del plus de asistencia no permite que el mismo se reconozca en proporción al tiempo trabajado ya que retribuye la asistencia al trabajo, sea a jornada completa o a jornada parcial”*. Debe advertirse que no cabe otorgar efectos generales a este pronunciamiento, porque se refiere únicamente a la interpretación de una cláusula convencional concreta y no enjuicia su posible carácter discriminatorio. Con todo, considero que esta sería la opción correcta, puesto que, como bien se afirma, dicho complemento retribuye el *“no absentismo de los trabajadores”* un concepto que, como aquí se ha visto, equivale generalmente a la falta de presentación durante una jornada laboral completa, con independencia de su duración.

En el plano de la legalidad ordinaria, se ha alegado, sin éxito⁵³⁰, ante los tribunales que carece de sentido desincentivar las ausencias derivadas de la incapacidad temporal, porque resultan ajenas a la voluntad o capacidad del trabajador. Ninguna norma, sin embargo, obliga a equiparar el carácter justificado de las ausencias por causas médicas a su consideración obligatoria como tiempo de trabajo efectivo. Las ciencias empíricas, por otro lado, han demostrado que las ausencias de los trabajadores, incluidas las médicas, pueden deberse, en parte, a sus motivaciones personales. Asimismo, como pone de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de octubre de 2019⁵³¹ ante un argumento análogo esgrimido frente al viejo artículo 52.d ET, que la inasistencia al trabajo, aun debidamente justificada bajo motivos médicos, tiene repercusiones directas de gravedad considerable sobre la productividad de la empresa. De ahí la oportunidad y conveniencia de que esta diseñe una estructura salarial a través de la que procure *“que los trabajadores solo se acojan a la situación de incapacidad temporal cuando sea estrictamente necesario, y también por el tiempo indispensable, no prolongando artificiosamente las ausencias”*⁵³².

⁵²⁹ Rec. núm. 188/2016.

⁵³⁰ STSJ Asturias 24/02/2012 (Rec. núm. 3230/2011).

⁵³¹ Rec. núm. 2960/2019.

⁵³² STSJ Cataluña 29/03/2007 (Rec. núm. 4/2007).

En la misma línea argumentativa se ha planteado, en sede procesal, que incentivar económicamente la asistencia de los trabajadores al centro de trabajo, supone una penalización indirecta del ejercicio de su derecho a la baja laboral y pone en peligro su salud, porque habrá trabajadores que, pese a estar enfermos, dejarán de coger la baja médica para poder cobrar el plus, trabajando sin estar en las debidas condiciones. Con todo, tampoco esta razón ha sido acogida, puesto que a estos trabajadores *“nada les impide darse de baja cuando lo necesiten”*⁵³³. No se aprecia, por tanto, que estos complementos vulneren el citado derecho, de configuración legal, a la protección de la salud del artículo 42.1. CE.

III. LAS REPERCUSIONES ECONÓMICAS INDIRECTAS DE LA AUSENCIA: EL RIESGO DE PERDER EL EMPLEO

La suspensión del contrato de trabajo es un mecanismo legal tendente a la conservación del vínculo negocial⁵³⁴. Pero esta configuración de la incapacidad temporal (art. 45.1.c ET) no garantiza el mantenimiento del contrato hasta que se reanude la prestación, porque el empresario puede extinguir la relación laboral⁵³⁵, por distintos cauces jurídicos. De hecho, la legislación laboral, a través del despido objetivo por acumulación de ausencias, favorecía hasta hace poco, de forma directa, la extinción contractual como vía de actuación de las empresas a la hora de afrontar el absentismo de los trabajadores. Dado que, como se verá, la empresa no puede intervenir de ningún modo en el proceso de incapacidad temporal una vez que este se ha iniciado, si no es para la detección y sanción de fraudes, su margen de maniobra, más allá del despido, es ciertamente limitado, por no decir inexistente.

Desde la perspectiva de la gestión empresarial, en la medida en que las ausencias disminuyen el rendimiento y generan gastos y problemas organizativos, los trabajadores absentistas son generalmente menos valiosos en términos de eficiencia económica, sobre todo si son fácilmente sustituibles y realizan funciones de escaso valor añadido⁵³⁶. Así, el absentismo comporta un riesgo, incierto pero probable, de pérdida de su empleo para el trabajador; riesgo que, en caso de consumarse, puede tener repercusiones económicas importantes y acabar siendo mucho más perjudicial de lo que lo son los costes directos de su ausencia. En este sentido, el riesgo de despido del trabajador representa una consecuencia económica indirecta del absentismo porque no se sustancia siempre, sino que depende de la decisión empresarial de rescindir el contrato de trabajo.

⁵³³ SAN 8/06/2016 (Proced. núm. 131/2016) y STSJ Cataluña 29/03/2007 (Rec. núm. 4/2007).

⁵³⁴ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Albacete, 2007, p. 28.

⁵³⁵ VIDA SORIA, J: ‘La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo, *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 44-45, (1994), p. 71.

⁵³⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor, 2017, p. 120.

En la decisión empresarial de despedir al trabajador ausente por motivos de salud intervienen esencialmente dos factores. Son factores vinculados a las políticas legislativas que se adopten en un determinado contexto, cuya consideración es imprescindible en cualquier estrategia pública global de prevención y control del absentismo laboral: (i) los costes económicos que el absentismo del trabajador suponga para el empresario y (ii) lo estricto que sea el régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato de trabajo. Evidentemente, el primer factor opera en el sentido de que, cuanto más caro le resulte al empresario mantener en su organización a un trabajador que se ausenta con relativa frecuencia, más motivos tendrá para despedirlo. El segundo factor opera en el sentido de que, cuanto mayor sea el grado de protección que se dispense al trabajador que esté ausente o se haya ausentado reiteradamente de su puesto de trabajo, más difícil resultará tomar dicha decisión. Concretamente, la facilidad con la que pueda prescindirse de un trabajador absentista depende, claro está, de las cuantías indemnizatorias y los requisitos jurídicos que se imponen legalmente para la rescisión de los contratos laborales. La adopción de decisiones económicamente eficientes dependerá, en cada caso, de la ponderación de ambos factores en función del marco institucional que se haya configurado.

1. El carácter incentivador de los costes empresariales vinculados al absentismo del trabajador

En el Capítulo Primero ya se ha pasado revista a los costes económicos empresariales del absentismo laboral. De lo que se trata ahora es de reflexionar en clave de política del Derecho acerca de la relación existente entre la parte de dichos costes que depende de decisiones normativas y el despido del trabajador, como riesgo indirecto de la ausencia. Así, que una empresa tenga que soportar gastos económicos por la ausencia de un trabajador significa que tendrá un incentivo económico para tomar medidas de prevención y control del absentismo, entre las que se incluye el despido. Si, por el contrario, la incapacidad temporal de sus trabajadores no le resulta especialmente onerosa, porque sus costes los asume principalmente el Estado, la empresa descartará probablemente adoptar medidas de prevención y control. Es decir, como dichas medidas también implican una inversión empresarial, solo resultan rentables si pueden verse compensadas por un beneficio significativo en términos de reducción de los perjuicios derivados del absentismo. Por lo tanto, si tales perjuicios derivados del absentismo son anecdóticos, la empresa se verá inclinada a tolerar mayores tasas de absentismo laboral en su plantilla, con lo que ello supone para las arcas públicas, que suelen soportar el grueso de la prestación por incapacidad temporal.

Por esta causa, los Estados tienen buenos motivos para transferir parte del coste de la prestación pública por incapacidad temporal a los empresarios, delegando, por esta vía, parte de su interés en la buena gestión y utilización de la prestación. Además, dicha transferencia de costes alivia las cuentas públicas de la Seguridad Social. Por la conjunción de ambas razones (con mayor o menor peso de una o de otra, según el caso),

en veintidós Estados miembros de la Unión Europea el coste de la prestación por incapacidad temporal que perciben los trabajadores durante su convalecencia se comparte con las empresas, que asumen normalmente su periodo inicial⁵³⁷. En la mayoría de dichos Estados, la obligación empresarial tiene una duración de dos semanas. En el resto, la duración es superior, hasta llegar al extremo del modelo holandés, en que la prestación la costean en exclusiva los empresarios durante su periodo ordinario íntegro de dos años.

La cesión a las empresas de parte de los costes públicos de la incapacidad temporal constituye una política efectiva para reducir los índices de absentismo. Este efecto se aprecia, por ejemplo, en la reforma austríaca de la incapacidad temporal que, en el año 2000, trasladó a todas las empresas el coste íntegro de la prestación durante las seis primeras semanas de baja (que ya asumían en parte las grandes empresas), además de suprimir la bonificación de las cotizaciones a la Seguridad Social que se venía aplicando durante la ausencia médica del trabajador. Dicha reforma supuso, en las pymes, un descenso del 8 % en la incidencia de las ausencias y del 11 % en su duración media. Y, en general, supuso un descenso del 3 % en la duración de las ausencias laborales de los trabajadores del sector privado⁵³⁸. Ello se explica por un claro cambio de actitud de las empresas respecto del absentismo cuando este pasa a poder representarles un verdadero problema económico.

De nuevo, lo que estaría haciendo aquí el Estado no es más que intentar reducir el riesgo moral que afecta al trabajador a través del desincentivo que le supone el incremento de los costes del absentismo. La diferencia, en este caso, es que en dicha operación se interpone al empresario como correa de transmisión de una mayor presión dirigida hacia los trabajadores para aumentar su asiduidad al trabajo. Además, en favor de esta opción se ha afirmado que los trabajadores pueden ser más reacios a ausentarse de su trabajo si los costes de su ausencia los asume el empresario, en lugar de las arcas públicas⁵³⁹. Ello se debe a que los trabajadores adquieren una mayor concienciación sobre los perjuicios derivados del absentismo laboral si repercuten directamente sobre su organización, con la que tienen una relación de cercanía, en lugar de sobre los presupuestos de la Seguridad Social, en torno a la que se genera una idea genérica de anonimidad y ajenidad.

Con todo, la reducción del absentismo que pueda producirse tras una medida legislativa de tal naturaleza no tiene por qué ser siempre beneficiosa para el propio Estado. Ello depende de la tipología de políticas antiabsentistas que adopten las empresas cuando reaccionen ante el estímulo económico que supone la transferencia de costes. Una posible respuesta es despedir sistemáticamente a los trabajadores

⁵³⁷ ETUI: 'Sickness benefits in the EU: making sense of diversity', Policy Brief, núm. 4, 2020, p. 1.

⁵³⁸ BÖHEIM, R. y LEONI, T.: 'Firm's moral... cit.', p. 20.

⁵³⁹ Consideran OSTERKAMP, R. y RÖHN, O.: 'Being on sick leave... cit.', p. 101 que la relación personal que une a empleador y empleado puede generar una actuación más cuidadosa por parte del primero.

cuando se dan de baja, para evitar asumir los costes directos e indirectos que les acarrea su ausencia. En ese caso, es claro que la expulsión de los trabajadores con mayor tendencia a ausentarse tendrá un efecto automático en la disminución de las tasas de absentismo de la plantilla a nivel empresarial. Pero ello no implica necesariamente que vaya a menguar el presupuesto público destinado al subsidio por incapacidad temporal. En efecto, lo que suele ocurrir es que, cuando un trabajador es despedido durante su incapacidad temporal, continúa percibiendo la prestación a la que tiene derecho a cargo de las arcas públicas. En el caso particular de España, la extinción del contrato de trabajo estando el trabajador en incapacidad temporal comporta su paso del régimen de pago delegado al régimen de pago directo de la prestación, pero no su pérdida. Es decir, si la estrategia empresarial imperante es el despido, disminuyen las tasas de absentismo laboral, estrictamente considerado, pero no necesariamente el gasto público que representan las incapacidades temporales.

La opción de las empresas por el despido también puede acarrear perjuicios complementarios para la Seguridad Social, como el posterior acceso de los trabajadores a otras prestaciones, todavía más costosas, como son la prestación por desempleo o por incapacidad permanente. En particular, este riesgo es especialmente elevado para los trabajadores con enfermedades crónicas, que presentan una mayor probabilidad de ser despedidos, porque tienden a ausentarse con más frecuencia que el resto. Asimismo, también tienen mayores dificultades para encontrar trabajo cuando se ven abocados al desempleo y más posibilidades de verse en la tesitura de solicitar la incapacidad permanente⁵⁴⁰, aunque el supuesto de hecho de esta prestación no encaje siempre con su situación⁵⁴¹. Por todo ello, el despido de los trabajadores que se ausentan de su trabajo genera, en el mejor de los casos, una mayor rotación laboral⁵⁴² y, en el peor, la exclusión prematura del mercado laboral de trabajadores cuya subsistencia va a pasar a depender de un sistema de protección social que requiere, precisamente, para ser sostenible, de la contribución del máximo número posible de personas en edad de trabajar y del alargamiento generalizado y saludable de sus vidas laborales.

Ante esta realidad, la estrategia emprendida por algunos Estados europeos ha consistido en incentivar a los empresarios para que tomen medidas de contención del absentismo a través del incremento de sus costes, pero redirigiéndolos hacia alternativas distintas al despido de los trabajadores enfermos. Por ejemplo, en Holanda, donde se indicaba que la presión económica sobre los empresarios es la mayor de Europa, se establecen condiciones muy estrictas para proceder al despido de los trabajadores en incapacidad temporal⁵⁴³. De esta forma, se ha conseguido un descenso

⁵⁴⁰ Eurofound: How to respond... cit., p. 4.

⁵⁴¹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo: una perspectiva jurídica, Módena, 2018, p. 163.

⁵⁴² TOLEDO OMS, A.: El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal, Cizur Menor, 2009, p. 229.

⁵⁴³ Vid, respecto de Holanda, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 123.

drástico en las tasas de incapacidad laboral, a través de la proliferación de las cláusulas de prevención del absentismo pactadas en la negociación colectiva para la mejora de las condiciones de trabajo y de los planes de retorno al trabajo para facilitar que los trabajadores puedan recuperarse y volver a su puesto lo antes posible⁵⁴⁴. También se da una dinámica similar en los países nórdicos, donde los costes empresariales vinculados al absentismo no son, ni mucho menos, tan elevados. Aun así, combinados también con una fuerte protección frente al despido de los trabajadores enfermos, dichos costes sirven como incentivo para que las compañías colaboren con las autoridades en la adaptación del trabajo, para hacerlo más accesible a los trabajadores con problemas de salud y promover su pronta reincorporación laboral⁵⁴⁵.

Dentro de nuestras fronteras, también se ha trasladado a las empresas una parte del coste de la prestación por incapacidad temporal, que se añade a las cotizaciones que deben seguir abonándose durante la suspensión, con una finalidad antiabsentista. Es en esta clave en la que hay que interpretar la obligación introducida por el ya mencionado Real Decreto Ley 5/1992 de que las compañías asuman el coste de la prestación entre los días cuarto y decimoquinto de incapacidad temporal por causas comunes. Esta norma, como su propia denominación indica, obedeció principalmente en su momento a la necesidad de reducir el gasto público cuando la crisis económica de 1993 empezaba a mostrar sus primeros síntomas. No obstante, los debates parlamentarios que precedieron la conversión del Real Decreto-Ley en Ley, así como su mantenimiento en las épocas de bonanza económica posteriores, revelan la existencia de razones adicionales. En tales debates, diversos diputados⁵⁴⁶ pusieron muy claramente de manifiesto que la *ratio* de la norma era conseguir implicar a las empresas en la prevención y control del absentismo laboral, reconociendo implícitamente la incapacidad de la Administración de hacerlo de forma eficaz en solitario⁵⁴⁷.

El hecho de que esta obligación afecte únicamente a los procesos derivados de contingencias comunes es una nueva muestra de la fuerte influencia de la teoría del riesgo moral en la configuración de nuestra prestación por incapacidad temporal. Así, se ha señalado que hubiera sido más razonable imponer a los empresarios el pago de la prestación en el caso de los procesos derivados de contingencias profesionales, que se

⁵⁴⁴ YERKES, M. A.: Transforming the Dutch... cit., p. 56.

⁵⁴⁵ E O HORT, S.: Social policy, welfare state and civil society in Sweden, Volume II, Lund, 2014, p. 45.

⁵⁴⁶ El diputado popular Nuñez Pérez argumentaba que lo que se pretendía era trasladar a las empresas en forma de costes laborales lo que en realidad era la incapacidad de gestionar el descontrol del absentismo laboral. En contra, el diputado socialista Almunia Anann razonaba que era justo que aquellas empresas en las que se producían más incapacidades temporales asumieran una parte del gasto que esta contingencia origina. Manifestaciones recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Economía, Comercio y Hacienda, núm. 515 del año 1992, pp. 15133 y 15140.

⁵⁴⁷ Vid., GARCÍA NINET, J. I: 'Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones', *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 40, (1994), p. 61, haciendo referencia a que la tesis del legislador a la hora de llevar a cabo la reforma era "que los excesos económicos que comportan los pagos por ILT son más fácilmente reducibles si se da una intervención de los propios empresarios".

producen bajo su responsabilidad⁵⁴⁸. Con todo, la elección del legislador no es casualidad si se atiende a su verdadera finalidad, que no era reducir la siniestralidad laboral, como sí podría serlo, por ejemplo, en el caso del recargo de prestaciones del artículo 164 LGSS. La intención era, además de hacer frente a la grave situación financiera del Estado y de la Seguridad Social, reducir el absentismo laboral⁵⁴⁹, que se deriva mayoritariamente de causas comunes, incidiendo sobre la actuación de las empresas y, por vía indirecta, la de los trabajadores. Otra muestra suficientemente clara es que, en plena crisis sanitaria global del 2020, en la que la prioridad deja de ser mitigar el absentismo laboral y pasa a ser prevenir a toda costa el presentismo laboral que pueda contribuir a la propagación del virus Covid-19, se legisla en la dirección inversa⁵⁵⁰.

Entre nosotros, la traslación a las empresas de parte del coste de la prestación por incapacidad temporal se llevó a cabo sin adoptar medidas para evitar que las empresas pudieran devolver este coste directo del absentismo a las arcas públicas, a través del despido objetivo por absentismo o el despido improcedente sin causa. Tampoco se adoptó ningún tipo de instrumento normativo adicional, alternativo a la extinción contractual, que pudiera servir a los empresarios para gestionar mejor el absentismo. De hecho, se verá que, en relación con el artículo 52.d ET, se daba una situación particularmente paradójica, puesto que el precepto se concibió, hasta su derogación, como una concesión del legislador a los empresarios, que les permitía resarcirse de los costes derivados del absentismo laboral. Pero, en realidad, había sido el mismo legislador el que había decidido traspasarles *ex lege* una parte sustancial de los costes económicos del absentismo, que precisamente servirían, *a posteriori*⁵⁵¹ para justificar la legitimidad constitucional del despido objetivo⁵⁵², en aras a la protección de la libertad de empresa.

⁵⁴⁸ MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 264.

⁵⁴⁹ Vid., Eurofound: *Preventing absenteeism...* cit., pp. 13 y 30.

⁵⁵⁰ Como ya se había mencionado, a través del artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020, se equiparan, a efectos económicos, las incapacidades temporales provocadas por el virus al accidente laboral. Esta medida, además de asegurar una mayor protección de los trabajadores, tiene la clara vocación de evitar que las empresas tuvieran que asumir la parte de la prestación que les hubiera correspondido abonar de aplicarse la regla general, por la que las bajas se considerarían de origen común, salvo que se pudiera probar que el contagio de la enfermedad fuera de origen laboral. Como resultado, se aplica lo previsto para las incapacidades derivadas de contingencias profesionales, de forma que es el Estado quien asume el coste la prestación, desde el primer día de ausencia, tanto por el padecimiento de la enfermedad vírica, como por aislamiento obligatorio del trabajador.

En esta misma línea, en la Nota de informativa de la Confederación Europea de Sindicatos emitida en el marco del observatorio COVID-19 'Prestaciones por enfermedad y protección social', de 31 de marzo de 2020, traducida y publicada por CCOO, p. 3, consta que tanto en Austria como en Letonia se adoptó la misma decisión, asumiendo el Estado el coste de la parte de la prestación por incapacidad temporal que les correspondía abonar a los empresarios en circunstancias normales.

⁵⁵¹ Como indican CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: 'El Estatuto de los Trabajadores y la derogación del artículo 52.d)', *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, (2020), p. 6, dichas obligaciones empresariales ni tan solo existían en el momento de aprobarse el artículo 52.d ET.

⁵⁵² STC 16/10/2019 (Rec. núm. 2960/2019).

En este contexto, buena parte de la doctrina española apunta a que aligerar los costes empresariales derivados de la incapacidad temporal, eliminando la obligación de pagar parte de la prestación de Seguridad Social, contribuiría a la mejora de la estabilidad laboral de los trabajadores⁵⁵³. Incluso se ha propuesto tomar como referencia las políticas de coste cero establecidas en su momento en relación con el embarazo y la maternidad⁵⁵⁴, por las que se bonificaron las cotizaciones de las trabajadoras durante su ausencia, así como las de los trabajadores interinos contratados para sustituirlas. Si bien, la diferencia reside en que, al ser el nacimiento de un hijo un dato socialmente positivo y, sobre todo, plenamente transparente, no se sustancia en torno a la prestación que cubre esta contingencia ningún problema de riesgo moral que merezca prevención o control particular alguno, ni público, ni privado. Por lo tanto, pretender que la incapacidad temporal fuera económicamente neutra para las empresas nos devolvería a la casilla de salida con la que se iniciaba el presente apartado, en la que estas no encontrarían razones suficientes para implicarse en la gestión de un problema en el que sus aportaciones pueden resultar especialmente valiosas y eficaces, en apoyo de las emprendidas por los poderes públicos.

Frente a lo anterior, el Derecho comparado da buena muestra de que no hay por qué renunciar a la posibilidad de incentivar a los empresarios a tomar medidas globales de prevención y control del absentismo que resulten más razonables, pero algo más complejas, que el simple despido de los trabajadores enfermos. Si bien, ello requeriría reconocer que, si se les quiere llevar en esa dirección, los empresarios deberían tener una menor facilidad para despedir a los trabajadores en incapacidad temporal y un mayor margen para fiscalizar y autogestionar el absentismo que se produce en su empresa. Dicha capacidad de incidencia en el propio absentismo puede considerarse actualmente insuficiente, por varias razones. Primera, porque las facultades de control del fraude que se les ofrecen actualmente son de una eficacia relativa. Y, segunda, porque su capacidad de intervenir en los procesos de incapacidad temporal de sus trabajadores para proponer formas de trabajo que no interfieran con su estado de salud y permitan su reincorporación laboral es nula. En estos dos últimos aspectos se entrará en profundidad, respectivamente, en los capítulos quinto y sexto, relativos al control empresarial del absentismo laboral y a los planes de retorno al trabajo.

⁵⁵³ Vid., RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 125; LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: 'A vueltas con la calificación del despido por enfermedad', Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 209, (2018), p. 29 o CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: 'El Estatuto... cit., p. 16. También la patronal es favorable a este planteamiento, al que se acogió recientemente, sin éxito, a la hora de negociar en la mesa del diálogo social la derogación del artículo 52.d ET solicitando, a cambio, asumir durante un menor número de días el pago de la prestación.

⁵⁵⁴ SERRANO ARGÜELLO, N.: 'Trabajadores despedidos...' p. 14.

2. El absentismo como motivo, causa o criterio para la extinción del contrato de trabajo

Igual que influye sobre la decisión empresarial de despedir o no, en función de los costes que comporte el absentismo, el nivel de protección de su empleo incide correlativamente sobre el comportamiento del trabajador ante la incapacidad temporal. Dado que cabe esperar que las consecuencias económicas de la ausencia contribuyan a determinar la actuación del trabajador, es decir, su asiduidad al trabajo, cuanto más caro y complejo resulte extinguir el contrato de un trabajador absentista, menos arriesgado le será poder ausentarse, porque tendrá menos probabilidades de ser despedido. O, al revés, cuanto más fácil sea para el empresario prescindir de ese mismo trabajador, menos cabe esperar que se ausente, porque mayor será el riesgo de perder el empleo y de que su ausencia tenga importantes repercusiones económicas. De este modo, el miedo a perder el empleo funciona como un incentivo económico negativo más⁵⁵⁵, que se inserta, por vía indirecta, en el sistema de estímulos diseñado por la legislación para modular la motivación del trabajador y procurar la contención del absentismo laboral.

En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba del artículo 14.2 ET permite prescindir de un trabajador en incapacidad temporal de forma gratuita y, además, no requiere de la alegación formal ni prueba de ningún requisito fáctico. Esta facultad empresarial puede ejercerse libremente, sin preaviso y sin tener que especificar ni acreditar las circunstancias que lo determinan. Por ello, el Tribunal Supremo afirmó en su Sentencia de 12 de julio de 2012⁵⁵⁶ que el desistimiento empresarial respecto del contrato del trabajador que se da de baja durante el periodo de prueba no solo no es ilegítimo, sino que, de hecho, encuentra *“una explicación razonable a su comportamiento desde el punto de vista de la gestión de los recursos humanos de la empresa”*, añadiendo, a mi juicio extrañamente que el trabajador contratado para sustituirlo *“tendría también una legítima expectativa de continuidad de su relación de trabajo”*.

Por lo demás, al no ser la incapacidad temporal una causa legal de despido, la regla general es que el coste de prescindir de un trabajador absentista viene determinado principalmente por la indemnización *“equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”* del artículo 56.1 ET. Con anterioridad, la función (económica) principal del artículo 52.d ET durante su vigencia fue precisamente aminorar esta compensación, facilitando el despido en caso de presentar un absentismo significativo. Por otro lado, también puede eludirse la indemnización por despido improcedente cuando la incapacidad temporal es un motivo indirecto para la extinción, si se utiliza como criterio de selección de los trabajadores ante la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. En esta misma línea, la

⁵⁵⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 120.

⁵⁵⁶ Rec. núm. 2789/2011.

indemnización por despido improcedente también puede evitarse en el caso de los contratos temporales, como así ocurre en la práctica, si se espera a su finalización tempestiva. En tales casos, el absentismo del trabajador se acaba convirtiendo en la razón de la falta de prórroga o renovación del contrato temporal, por lo que, si no consigue probarse que dicho contrato es fraudulento o que no ha cesado su causa⁵⁵⁷, la indemnización que corresponderá será mucho más asequible, de acuerdo con el artículo 49.1.c ET.

Todo ello explica varios aspectos del comportamiento estadístico del absentismo ya mencionados en este trabajo, como que las tasas de ausencias médicas son significativamente inferiores durante el periodo de prueba o que son menores entre los trabajadores con contratos temporales. Por las mismas causas, el absentismo aumenta progresivamente conforme el trabajador va adquiriendo mayor antigüedad en la empresa y tiende a descender en épocas de crisis económica, ante la mayor proliferación de reestructuraciones empresariales. Puede afirmarse, por tanto, que, en este ámbito, el planteamiento de la teoría del riesgo moral encaja perfectamente con la realidad, en la medida en que los trabajadores más susceptibles de verse afectados por las consecuencias económicas indirectas de la ausencia son habitualmente los que menos faltan al trabajo.

Con todo, hay que tener presente que lo que se gana por esta vía en disminución del absentismo de los trabajadores menos protegidos puede perderse, en parte, por otra, con el correlativo presentismo de los trabajadores más precarios, que acudirían al trabajo enfermos con tal de reducir sus probabilidades de perder el empleo. Ello no es solo una conjetura, sino que se ha podido comprobar que realmente el miedo a perder el empleo puede generar en los trabajadores una cierta propensión a trabajar sin estar en las condiciones de salud adecuadas⁵⁵⁸. Así, a través de metodología econométrica se ha visto que los trabajadores con menor estabilidad laboral y menor protección frente al despido incurrir en un número ligeramente mayor de días de presentismo laboral que el resto de sus compañeros⁵⁵⁹. Además, desde la perspectiva jurídica, la protección de las personas enfermas, a través de las garantías legales que debe disponer el Derecho del Trabajo, es un valor que en un Estado social no puede ser ignorado a costa de lo que resulte más conveniente desde la perspectiva de la empresa⁵⁶⁰. Aunque la flexibilidad para la extinción del contrato de trabajo favorezca la disminución del absentismo, también merecen consideración los intereses del trabajador en incapacidad temporal

⁵⁵⁷ Vid., por ejemplo, la STS 29/01/2001 (Rec. núm. 1566/2000).

⁵⁵⁸ Como ya se ha señalado, en NAVARRO, A.; SALAS-NICOLÁS, S.; MONCADA, S.; LLORENS, C. y MOLINERO-RUIZ, E.: 'Prevalence... cit., pp. 3 a 6, se describe que el temor a perder el empleo es un factor al que aluden los trabajadores presentistas para explicar su comportamiento, en un 27 % de los casos.

⁵⁵⁹ HIRSCH, B.; LECHMANN, D. S. J. y SCHNABEL, C.: 'Coming to work while sick: An economic theory of presenteeism with an application to German data', IZA Discussion Paper, núm. 9015, (2015), p. 25.

⁵⁶⁰ Vid., CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: 'El Estatuto... cit., p. 12 o TOLEDO OMS, A.: El despido sin causa... cit., p. 192.

por una afección no fingida y las consecuencias que tiene su despido, cuando dicho trabajador se halla además en una situación de especial vulnerabilidad.

Por otra parte, se argumenta que sería posible mejorar la protección legal actual del empleo de los trabajadores en incapacidad temporal sin agravar el riesgo moral, reforzando los mecanismos de control del fraude, a través de una organización más eficaz de las unidades competentes en la valoración de las incapacidades y las inspecciones médicas⁵⁶¹. Similarmente, se vuelve a plantear sobre esta materia, como ocurría con la rebaja cuantitativa de la prestación por incapacidad temporal, que las dificultades que implica el control de las prácticas fraudulentas de algunos beneficiarios no deberían repercutir en la rebaja de la protección de todos los enfermos reales⁵⁶². Ambas consideraciones resultan parcialmente acertadas, aunque no pueden compartirse como única salida, porque dejan de lado el hecho de que la incapacidad temporal es una figura afectada por una fuerte asimetría informativa. Ello comporta que el control exacto de todos los procesos resulte imposible y, por tanto, hace falta establecer incentivos económicos directos y/o indirectos que equilibren su utilización por parte de los asegurados.

Como se ve, el conflicto surgido entre la necesaria protección del empleo de los trabajadores en incapacidad temporal y los costes económicos que lleva aparejado el absentismo plantea un problema complejo desde el plano general de la política del Derecho. Los debates a los que este conflicto da lugar se manifiestan, en concreto, en torno a las tres figuras jurídicas principales, analizadas a continuación, que permiten o han permitido históricamente vehicular, con mayor frecuencia, el despido de los trabajadores absentistas, al margen de los artículos 54.2.a y 54.2.d ET, aplicables exclusivamente a las ausencias fraudulentas o injustificadas. Por ello, las consideraciones anteriores son de mucha utilidad para analizar e interpretar correctamente las posturas del legislador y los tribunales de justicia, en cuya actividad sobre cada una de dichas vías están presentes, de forma más o menos explícita, razones o motivaciones relacionadas con la desincentivación del absentismo laboral, más allá de los argumentos estrictamente jurídicos.

⁵⁶¹ SERRANO ARGÜELLO, N.: 'Trabajadores despedidos... cit.', p. 15 y SÁNCHEZ TORRES, E.: 'La enfermedad como causa "improcedente" de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia', Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, núm. 2, (2006), p. 9 de la versión digital.

⁵⁶² Vid., como muestra, SERRANO ARGÜELLO, N.: 'Trabajadores despedidos... cit.', p. 15, criticando la implacable y rigurosa opción del legislador por la desprotección del enfermo, centrando su atención en la gran bolsa de absentismo que genera el fingimiento de enfermedades.

2.1. El despido motivado por la incapacidad temporal. La enfermedad como causa de discriminación.

2.1.1. La improcedencia del despido como regla general. Sus excepciones.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores disponía en su artículo 55.6 ET que *“El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”*. Ello representaba una protección muy eficaz para los trabajadores en situación de incapacidad temporal, asegurando el mantenimiento de su contrato mientras no se demostrase la concurrencia de causa legal que justificara su extinción. Dicho precepto desapareció en 1994⁵⁶³. Por otra parte, casi de forma simultánea, el Tribunal Supremo⁵⁶⁴ abandonó, a raíz de la reforma procesal laboral de 1990⁵⁶⁵, su doctrina relativa a la nulidad radical de los despidos efectuados en fraude de ley o con abuso de derecho por falta de causa legal. Desde entonces, y con carácter general, aunque el trabajador sea despedido estando suspendido su contrato por incapacidad temporal o pueda considerarse que la única causa del despido es su absentismo laboral, ello no conduce a la nulidad del cese, sino a su improcedencia.

La jurisprudencia pone de manifiesto que el despido disciplinario sin causa e indemnizado constituye una vía válida para extinguir el contrato de trabajadores en situación de incapacidad temporal⁵⁶⁶. Según el Tribunal Supremo *“la verdadera causa de despido es la falta de conveniencia para la empresa en conservar a un trabajador con bajas prolongadas”*⁵⁶⁷, sin que las razones técnicas o económicas sean relevantes para valorar su legalidad, ni tampoco el número de ausencias al trabajo. La enfermedad, aunque esté en el origen del despido, se concibe, en un sentido genérico, *“desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa”*, con lo que el despido *“se trata simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador”* considerado insuficientemente productivo⁵⁶⁸.

El despido de los trabajadores en incapacidad temporal también se ha enfocado desde la óptica de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 26 de mayo del 2008⁵⁶⁹, niega que el despido

⁵⁶³ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁵⁶⁴ STS 2/11/1993 (Rec. núm. 3669/1992) y 19/01/1994 (Rec. núm. 3400/1992).

⁵⁶⁵ Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁵⁶⁶ GINÈS i FABRELLAS, A.: ‘La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial, núm. 18, (2010), p. 2.

⁵⁶⁷ STS 23/09/2002 (Rec. núm. 449/2002).

⁵⁶⁸ STS 29/01/2001 (Rec. núm. 1566/2000).

⁵⁶⁹ Rec. núm. 3912/2005.

de un trabajador aquejado de una lesión en las cervicales vulnera esta prohibición. Es decir, el Tribunal Constitucional rechaza que la enfermedad, en sí misma considerada, constituya una causa de discriminación, equiparable a la raza, el sexo, la religión o la orientación sexual. Dicho cese se deriva del *“efectivo conocimiento adquirido por la empresa de la existencia de la enfermedad y su consideración de que la misma impedía al trabajador trabajar en la construcción y determinaba que su prestación laboral no resultara rentable”*. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que *“la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo”*.

La regla general relativa a la improcedencia de esta clase de despidos solo quiebra hacia la nulidad ante dos situaciones excepcionales. La primera, de acuerdo con la citada Sentencia del Tribunal Constitucional *“cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”*⁵⁷⁰. Tal estigmatización permite asimilar patologías socialmente desdeñadas, como el VIH o algunas enfermedades mentales, a las características personales expresamente recogidas en la prohibición de discriminación del artículo 14 CE. La segunda situación que aboca a la nulidad del despido del trabajador enfermo se produce cuando puede entenderse que se vulnera el derecho a la integridad física (art. 15 CE). Se trataría de aquellos despidos, de acuerdo con el Tribunal Supremo⁵⁷¹, que se producen como culminación de una coacción empresarial infructífera, tendente a que el trabajador solicite el alta médica y se reincorpore a su puesto de trabajo, con independencia del criterio médico que corresponda.

2.1.2. Críticas a la regla general. Sobre la enfermedad como causa de discriminación, las enfermedades asimilables a la discapacidad y la jurisprudencia comunitaria

La recién expuesta regla general que determina la improcedencia del despido disciplinario del trabajador enfermo ha sido repetidamente contestada por diversos tribunales inferiores y por una parte de la doctrina laboralista, apostando o bien por la nulidad del despido⁵⁷² o bien, de forma más matizada, por una mayor flexibilidad a la hora de enjuiciar determinados supuestos con características especiales⁵⁷³. Según dichos autores, la enfermedad debería considerarse una causa de discriminación que

⁵⁷⁰ STC 26/05/2008 (Rec. núm. 3912/2005), siguiendo al Tribunal Supremo en la postura que refleja, por ejemplo, en la STS 29/01/2001 (Rec. núm. 1566/2000) al hablar de enfermedades en las que *“resulte apreciable un elemento de segregación”*.

⁵⁷¹ Vid., por ejemplo, la STS 31/01/2011 (Rec. núm. 1532/2010).

⁵⁷² Vid., TOLEDO OMS, A.: *El despido sin causa...* cit., *passim*; GINÈS i FABRELLAS, A.: ‘La nulidad del despido... cit., p. 26; SÁNCHEZ TORRES, E.: ‘La enfermedad como causa... cit., p. 18 o SERRANO ARGÜELLO, N.: ‘Trabajadores despedidos... cit., p. 14.

⁵⁷³ LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: ‘A vueltas con la calificación... cit., p. 27.

genera rechazo y exclusión social en un grupo de sujetos diferenciado del resto de población sana. Además, en estas condiciones, el despido improcedente indemnizado funciona en la práctica como una advertencia general, que induciría al resto de trabajadores a no acogerse a la incapacidad temporal cuando la necesitan y que no se aleja tanto de las amenazas expresas que los tribunales reconocen como vulneradoras del artículo 15 CE. En esta última línea, destaca recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 2021⁵⁷⁴ porque considera que una *“política de empresa”* consistente en despedir sistemáticamente a los trabajadores en incapacidad temporal constituye una *“amenaza genérica y –a la vez- directa”* que afecta negativamente a la salud e integridad física y, por tanto, permite declarar la nulidad del despido.

Por otra parte, además de rechazar el reconocimiento de la enfermedad genérica como causa de discriminación, el Tribunal Supremo⁵⁷⁵ mantenía antaño una clara distinción entre este concepto y el de discapacidad. Así, la enfermedad se tenía como una *“situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado”*, por lo que *“el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo”*. En cambio, la discapacidad se consideraba *“una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada (...) un estatus que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido”*. Este carácter permanente, según la doctrina original del Tribunal Supremo, hace a las personas discapacitadas merecedoras de una *“tutela legal antidiscriminatoria”*, como *“miembros de tal grupo o colectividad, con unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades”*.

La nítida distinción trazada por el Tribunal Supremo entre enfermedad y discapacidad ha sido removida por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, abriendo con ello la posibilidad de incrementar el margen dejado para la nulidad del despido, al hilo de la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (en adelante, Directiva 2000/78/CE). Dicha norma establece en su artículo 2.2.a que cualquier tratamiento desfavorable dispensado a una persona por sufrir una discapacidad constituye una discriminación directa, de modo que estaría prohibido despedir a un trabajador, es decir, el despido sería nulo, por el hecho de que su discapacidad lo obligue a ausentarse temporalmente de su trabajo. El problema reside en la definición de la discapacidad, que es un concepto autónomo y

⁵⁷⁴ Rec. núm. 2943/2021.

⁵⁷⁵ STS 22/01/2008 (Rec. núm. 3995/2006).

unitario a nivel comunitario, desvinculado del Derecho interno de los Estados miembros, pero no acotado en la Directiva.

El Tribunal de Justicia europeo partía inicialmente de una distinción entre enfermedad y discapacidad similar a la trazada por el Tribunal Supremo, como se pone de manifiesto⁵⁷⁶ en su Sentencia de 11 de julio de 2006 (Asunto Chacón Navas)⁵⁷⁷. Pero la noción de discapacidad fue revisada en la Sentencia de 11 de abril de 2013 (Asunto HK Danmark)⁵⁷⁸, marcada por la adhesión de la Unión Europea a la Convención de las Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2009, sobre los derechos de las personas con discapacidad. Esta resolución, incorporando la perspectiva social de la discapacidad recogida en el tratado internacional, define a las personas con discapacidad como aquellas que *“tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*. Además, se afirma que la discapacidad lo es con independencia de su origen, por lo que puede derivarse de una patología de nacimiento, un accidente o también una enfermedad, ya sea curable o incurable. Aquí se produce, por tanto, la novedosa intersección entre enfermedad y discapacidad, por la que cualquier enfermedad de la que se deriven deficiencias que puedan inscribirse en la definición reproducida del Tribunal comunitario sería asimilable a la discapacidad.

El mismo Tribunal ejemplifica esta postura en su Sentencia de 18 de diciembre de 2014 (Asunto Kaltoft)⁵⁷⁹ indicando, ante el supuesto de un trabajador con obesidad, que, en principio, esta enfermedad no debería considerarse una discapacidad, porque no provoca necesariamente una limitación que dificulte suficientemente su participación en la vida social o laboral. Si bien, aclara después que, si dicha obesidad *“impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional”*, podría entenderse una enfermedad asimilada al concepto de discapacidad.

⁵⁷⁶ Señalaba el TJUE que, al utilizar el concepto de discapacidad, el legislador europeo escogió deliberadamente un término que difiere del de enfermedad, por lo que no era posible la *“equiparación pura y simple de ambos conceptos”* y, en consecuencia, *“una persona despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva”*. Asimismo, definió la discapacidad como *“una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”*, especificando que *“para que la limitación de que se trate pueda incluirse en el concepto de discapacidad, se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”*.

⁵⁷⁷ C-13/05.

⁵⁷⁸ C-335/11 y C-337/11.

⁵⁷⁹ C-354/13.

Por su parte, el Tribunal Supremo incorpora esta doctrina europea en su Sentencia de 3 de mayo del 2016⁵⁸⁰, aunque, apoyándose en sus argumentos anteriores, vuelve a incidir en que el despido de la trabajadora en incapacidad temporal, no tiene como causa su mera enfermedad, *“sino la incidencia de la misma en la productividad y en la continuidad del servicio”*, lo que, evidenciando que no era apta para desarrollar su trabajo, requería su sustitución por otra persona. En cuanto a la posible equiparación de la enfermedad de la trabajadora a la discapacidad, se descarta de forma muy escueta que esta pueda darse en el caso de una cervicgia que duró veintiocho días, aunque el despido se produjo a los diez días de baja. Este último aspecto de la sentencia fue criticado, por considerarse que la alusión a los días de baja transcurridos hasta el despido para descartar la *“previsible larga duración”* de la dolencia en el preciso momento del acto extintivo representaba una clara incomprensión de la doctrina comunitaria⁵⁸¹ y, en efecto, se verá a continuación que tuvo que ser corregido.

En efecto, en la Sentencia de 1 de diciembre de 2016 (Asunto Daouidi)⁵⁸² precisó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el carácter *“duradero”* de las dolencias que integran el concepto de discapacidad debe analizarse con respecto a la situación del interesado en el momento del despido y que no debe tomarse en cuenta para dicha exégesis el carácter intrínsecamente pasajero de la situación jurídica de incapacidad temporal en la que se encuentra el trabajador. Asimismo, se indicaba que, para valorar la durabilidad de la enfermedad, pueden tenerse en cuenta indicios fácticos, como que, *“en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo”* o que la *“incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”*, con independencia de que la dolencia sea previsiblemente reversible. Se aclaraba también que, a la hora de analizar la concurrencia de una posible discapacidad, *“el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de esa persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”*.

Esta interpretación extensiva que el Tribunal europeo hace del concepto de discapacidad ha sido calificada entre nosotros como desmesurada, artificial, desproporcionada o forzada, puesto que abarcaría prácticamente toda enfermedad que no fuera leve y de previsible corta duración, permitiendo la inclusión de procesos muy variados, alejados de lo que tradicionalmente se consideraría como tal⁵⁸³. Pero, el problema, a mi juicio, no radica solo ahí. Incluso aunque las características que debe

⁵⁸⁰ Rec. núm. 3348/2014.

⁵⁸¹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A.: La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador, Albacete, 2017, pp. 163 y 164.

⁵⁸² C-395/15.

⁵⁸³ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 125; LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: ‘A vueltas con la calificación... cit. p. 17; FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 29.

cumplir una enfermedad para dar lugar a una discapacidad hubieran quedado perfectamente delimitadas, el empresario no las podría conocer a la hora de decidir sobre el despido de un trabajador, porque los datos médicos a los que se refiere el Tribunal de Justicia son confidenciales. La única información que tendría al respecto es la duración estimada de la enfermedad que consta en los partes de baja y confirmación (que es solo una estimación consignada en dichos documentos con el propósito de ordenar seguimiento del proceso) o la que voluntariamente le hubiera proporcionado el trabajador. En efecto, si, como se ha afirmado⁵⁸⁴, lo que pretendía el Tribunal europeo era que las empresas realicen una evaluación del estado de salud del trabajador, con el asesoramiento técnico necesario, antes de proceder a su despido, comete un error grave al olvidar que estas deben respetar escrupulosamente su derecho a la intimidad. Desde la perspectiva subjetiva, por tanto, como ya señala alguna sentencia de suplicación⁵⁸⁵, solo debería poder apreciarse la discriminación si se prueba que el empresario conoce la enfermedad padecida por el trabajador y puede inferirse que ese dato es el que motiva el despido.

En paralelo a la evolución de la doctrina comunitaria sobre el concepto de discapacidad, el diálogo con nuestro Tribunal Supremo continúa en su Sentencia de 22 de febrero del 2018⁵⁸⁶. En dicha resolución, relativa a una trabajadora con una patología psicológica de más de doce años de duración antes de que se produjera su despido en virtud del artículo 52.a ET, al Alto Tribunal no le quedaba más remedio que, *“partiendo de un concepto de discapacidad distinto, ampliado y perfilado por la STJUE”*, considerar por primera vez que el cuadro de afectaciones en cuestión justificaría su calificación como trabajadora discapacitada y podría activar *“las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar”*⁵⁸⁷. No obstante, tampoco en esta ocasión se declara la nulidad del despido, puesto que se considera que, antes de prescindir de sus servicios, la empresa

⁵⁸⁴ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A.: La extinción del contrato... cit. p. 164.

⁵⁸⁵ En la ya citada STSJ Cataluña 14/09/2021 (Rec. núm. 2943/2021) se afirma que difícilmente se puede discriminar a alguien si se desconoce cuál es la enfermedad y, por tanto, su posible duración.

⁵⁸⁶ Rec. núm. 160/2016.

⁵⁸⁷ Este pronunciamiento fue acogido de forma muy favorable por MOLINA NAVARRETE, C.: ‘Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero’, Estudios financieros: Revista de trabajo y seguridad social, núm. 422, (2018), p. 169 o GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: ‘La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018’, Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 5, (2018), p. 4, de la versión digital, considerando que el Tribunal Supremo había asumido definitivamente el concepto social y fáctico de discapacidad. Si bien, a la vista de las resoluciones posteriores, sería posible ponerlo en duda.

había procurado adoptar acciones suficientes⁵⁸⁸, tendentes a la readaptación del puesto de la trabajadora⁵⁸⁹.

Posteriormente, el Tribunal Supremo continúa rechazando la calificación de nulidad del despido en situación de incapacidad temporal en sus siguientes resoluciones. Así, en el caso de un trabajador despedido después de haber estado de baja durante un año y medio en reiterados periodos (sin que se especifique el diagnóstico) habla la sentencia de una *“enfermedad prolongada”*, por lo que cabe entender que se hubiera podido equiparar a la discapacidad, aunque no se indaga en la cuestión por motivos procesales⁵⁹⁰. En cambio, en otro supuesto de una trabajadora con depresión que había sido despedida después de un año de baja se afirma que no cabe identificar una discapacidad bajo el pretexto de que, en el momento del despido *“ni siquiera había agotado el periodo máximo [de incapacidad temporal] y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro”*⁵⁹¹. En el mismo sentido, frente a un proceso en el que solo había constancia *“de la existencia de dos periodos de incapacidad temporal en los que incurrió en los tres meses anteriores al despido, sin que conste las circunstancias o causas de las bajas”*, se rechaza la consideración del trabajador como discapacitado, con independencia de que se le reconozca después la incapacidad permanente⁵⁹². Por último, en el caso de un trabajador que es despedido antes de haber transcurrido una semana de baja, se descarta la existencia de ninguna discapacidad porque no consta ningún dato médico que permita valorar su concurrencia⁵⁹³.

Como se ve, el Tribunal Supremo acoge con mucha prudencia las vagas⁵⁹⁴ indicaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, intentando ser coherente, en

⁵⁸⁸ Se trataba de una trabajadora de banca que sufría estrés postraumático como consecuencia de un atraco y que, tras ser recolocada en varios puestos de trabajo que no presentaban dicho riesgo no dejaba de incurrir en distintos procesos por incapacidad temporal.

⁵⁸⁹ Lo que permite al TS llegar a esta conclusión es el hecho de que se sitúa en el marco de la discriminación indirecta por discapacidad a la que pudiera dar lugar el despido por ineptitud sobrevenida del art. 52.a ET, a diferencia del resto de los tratados en el presente apartado. Así, se alude al artículo 2.b.ii de la Directiva 2000/78/CE, en el que se indica que las empresas están obligadas a adoptar medidas de ajuste razonable que eliminen las desventajas que implica la discapacidad. Entendiendo cumplido este deber y ante el manifiesto fracaso de los intentos de readaptación profesional de la trabajadora, el TS se acoge a la especificación de la propia Directiva de que no se requiere el mantenimiento en el empleo de trabajadores que no están capacitados para trabajar y descarta la nulidad del despido por vulneración del derecho a la no discriminación.

⁵⁹⁰ STS 20/03/2019 (Rec. núm. 1784/2017).

⁵⁹¹ STS 15/03/2018 (Rec. núm. 2766/2016).

⁵⁹² STS 22/05/2020 (Rec. núm. 2684/2017).

⁵⁹³ STS 15/09/2020 (Rec. núm. 3387/2017).

⁵⁹⁴ MIRANDA BOTO, J. M.: ‘El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos’, Revista Aranzadi Unión Europea, núm. 5, (2018), p. 16 y 20 de la versión digital, señala que, con directrices tan imprecisas, dicho tribunal se desentiende del problema real, remitiendo su solución a los jueces nacionales, que tendrán que resolver basándose en su propio criterio. En términos similares, Vid., MORENO i GENÉ, J.: ‘Nulidad del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de trabajadores con discapacidad, seleccionados en base a su nivel de absentismo, productividad y polivalencia. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de

la medida de lo posible, con su propia postura sobre la improcedencia del despido sin causa del trabajador enfermo. En concreto, el primero es restrictivo en la valoración del carácter duradero de la enfermedad, extremo que el segundo había dejado al arbitrio de los tribunales nacionales, considerando *“que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico”*⁵⁹⁵. Así, la duración de la dolencia (que ya se haya constatado o que pueda preverse en el momento del despido) es un aspecto que, por su indeterminación, se convierte en el principal punto de fricción interpretativa para distinguir entre enfermedad y discapacidad. Parece que el Tribunal Supremo adopta como referencia que la duración de la enfermedad se acerque o supere la duración máxima de la incapacidad temporal. Pero, a la vez, realiza también referencias contradictorias a la incapacidad permanente al exigir, de un lado, que exista una resolución sobre la durabilidad a futuro de la enfermedad y desdeñar, de otro, la calificación positiva para dicha prestación, afirmando que *“las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social”*⁵⁹⁶. Ello acaba comportando, a raíz de lo abierto de los indicios proporcionados por el Tribunal comunitario y de las reticencias al cambio del Tribunal Supremo, la práctica neutralización de los efectos que hubiera podido tener la expansión comunitaria de la noción de discapacidad⁵⁹⁷.

2.1.3. Valoración personal

A mi juicio, los argumentos de lógica estrictamente jurídica, tanto del Tribunal comunitario como del Tribunal Supremo son pocos y están poco desarrollados. En el fondo, lo que puede estar pasando es que las decisiones de ambos tribunales están condicionadas por importantes factores de naturaleza sociológica, en cuyo caso lo propio sería hablar de que los tribunales llegan a las soluciones que llegan aplicando criterios, cada uno a su modo, de refuerzo o desaprobación de la política antiabsentista pública. Se trata de razones o criterios que, por ser de línea más economicista o social que jurídica, figuran en las sentencias de forma implícita. No obstante, identificar estas razones de forma explícita es de mucho interés para este trabajo a la hora de plantear posibles soluciones a un conflicto que, en mi opinión, no está adecuadamente resuelto.

No es complicado intuir que detrás de la insistente preferencia del Tribunal Supremo por la improcedencia frente a la nulidad del despido existe interés por evitar la protección excesiva de las incapacidades fraudulentas, dadas las dificultades que genera

Barcelona, de 4 de noviembre de 2019’, Revista general de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, núm. 56, (2020), p. 578, y MOLINA NAVARRETE, C.: ‘Enfermedades asimilables... cit., p. 171.

⁵⁹⁵ STJUE 1/12/2016 (Asunto Daouidi), C- 395/15.

⁵⁹⁶ STS 22/05/2020 (Rec. núm. 2684/2017).

⁵⁹⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: ‘La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE’, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 6, (2017), p. 5.

su control⁵⁹⁸. Es decir, cabe intuir que la razón por la cual la jurisprudencia interna se ha mostrado reticente a ampliar el concepto de discapacidad en la misma medida que la jurisprudencia comunitaria está en los costes derivados del absentismo que tendrían que asumir los empresarios⁵⁹⁹. Así, en la decisión de dicho tribunal estarían influyendo generalmente (i) la apreciación de que cierto grado de presión económica indirecta sobre los trabajadores puede favorecer un comportamiento más prudente en lo que respecta a su asiduidad al trabajo y (ii) la consideración de que los empresarios deben tener cierto margen de actuación para liberarse de los costes que les supone el absentismo laboral.

Por lo que respecta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sus sentencias no dejan de ser un reflejo más de la insatisfacción que genera la inflexible solución de la improcedencia de todos despidos de trabajadores en incapacidad temporal⁶⁰⁰. Como se ha señalado⁶⁰¹, las cuestiones prejudiciales surgen precisamente de la falta de respuesta ante la situación de vulnerabilidad de las personas afectadas por enfermedades de cierta gravedad y/o duración, que no cuentan con el reconocimiento oficial de la condición de discapacitados y cuyo despido resulta económicamente conveniente para la empresa.

El propio Tribunal Constitucional, pese a compartir el carácter improcedente de los despidos de trabajadores enfermos, reconoció en su ya citada Sentencia de 26 de mayo del 2008⁶⁰² que existen supuestos en los que la enfermedad o accidente del trabajador le sitúan en una posición de especial vulnerabilidad, que merecería una protección mayor. En concreto, se refiere a la *“enfermedad avanzada o enfermedad recurrente”*, definida como aquella en la que se alcanza un cierto grado de irreversibilidad, que ocasiona continuas bajas laborales que suelen desembocar en el despido y la sucesiva expulsión del mercado de trabajo. Para estos supuestos de enfermedades avanzadas o recurrentes, enfermedades crónicas, en definitiva, que no encajan necesariamente en la incapacidad permanente y en aras de facilitar la integración de los trabajadores, el Tribunal Constitucional invita⁶⁰³ a adoptar medidas sanitarias, formativas o de adaptación laboral y, en su caso, también medidas de protección social.

Debería ser el legislador, no los tribunales, quienes buscaran dar una respuesta específica a este problema, que no está satisfactoriamente tratado ni por la vía de la improcedencia general del despido, ni por la equiparación de toda enfermedad al

⁵⁹⁸ En el mismo sentido, Vid., SÁNCHEZ TORRES, E.: ‘La enfermedad como causa... cit., p. 9; LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: ‘A vueltas con la calificación... cit., p. 28.

⁵⁹⁹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 48.

⁶⁰⁰ MARTÍNEZ–GIJÓN MACHUCA, M. A.: *La extinción del contrato...* cit. p. 168.

⁶⁰¹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: ‘El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el Real RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad’, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 6, (2017), p. 13.

⁶⁰² Rec. núm. 3912/2005.

⁶⁰³ *“La situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE”.*

concepto europeo de discapacidad. De hecho, la ampliación del concepto de discapacidad no ofrece una protección adecuada a las personas con enfermedades crónicas a las que se refiere el Tribunal Constitucional. Ello se debe a que, a la luz de la dimensión social que imbuje la noción europea de discapacidad, si una persona tiene una enfermedad de larga duración que le supone limitaciones de carácter laboral, pero en la práctica no le afecta de forma significativa en su participación social o vida cotidiana, podría no ser considerada como tal⁶⁰⁴. Es decir, aunque las enfermedades crónicas suponen limitaciones en el ámbito laboral que impiden la satisfacción de los estándares de producción, en muchas ocasiones no provocan limitaciones permanentes en todos los ámbitos de la vida y, por tanto, no dan lugar a la discapacidad. Por ello se ha señalado que los conceptos de enfermedad crónica y discapacidad no deberían equipararse, por responder a fenómenos diferentes⁶⁰⁵. Además, a la inversa, no se exige que las personas con discapacidad presenten una disminución sensible de su capacidad laboral⁶⁰⁶. De ahí que pueda darse la situación paradójica de estar otorgándose una protección laboral especial a trabajadores discapacitados que no la necesitan, mientras que otras personas que sí padecen limitaciones en su capacidad laboral pueden verse privados de este tipo de tutela⁶⁰⁷.

En nuestra doctrina científica hay quien plantea una reforma del Estatuto de los Trabajadores que refleje con claridad la superior tutela que merece la discapacidad⁶⁰⁸ poniendo sobre la mesa volver a la antigua nulidad general del despido del trabajador enfermo⁶⁰⁹. Con todo, cabría buscar una solución más novedosa que tenga en cuenta las consideraciones de política antiabsentista. A mi modo de ver, la tutela laboral, frente al despido, de los trabajadores con enfermedades crónicas, podría articularse, como se hace en otros países, a través del reconocimiento de la figura de los planes de retorno al trabajo. Así, el reconocimiento legal de este tipo de mecanismos de reintegración laboral como opción preferente frente al despido supondría recoger satisfactoriamente el envite del Tribunal Constitucional, a través de la reconfiguración paralela del riesgo cubierto por la incapacidad temporal. En el último capítulo del estudio se analizará con detalle esta figura, novedosa en nuestro ordenamiento porque plantea la posibilidad de integrar la enfermedad con el trabajo y reservar la protección social para cuando resulta verdaderamente necesaria.

⁶⁰⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: 'Extinción objetiva por morbilidad excesiva y discriminación por discapacidad: Un análisis a la luz del Derecho europeo y la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/16, Asunto Ruiz Conejero)', Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 49, (2019), p. 5 de la versión digital.

⁶⁰⁵ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 11.

⁶⁰⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R.: 'El concepto de persona...' cit., p. 10.

⁶⁰⁷ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 16.

⁶⁰⁸ MIRANDA BOTO, J. M.: 'El impacto de la jurisprudencia...' cit., p. 22 y ESTEBAN LEGARRETA, R.: 'El concepto de persona...' cit., p. 14. En particular, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 125, propone la fijación legal de indemnizaciones por despido más elevadas para estas situaciones.

⁶⁰⁹ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A.: La extinción del contrato... cit. p. 168.

2.2. El antiguo despido objetivo por absentismo del artículo 52.d ET

El despido objetivo por faltas de asistencia, recogido en el artículo 52.d del Estatuto de los Trabajadores desde su primera versión del año 1980⁶¹⁰, ha sido tradicionalmente en España la medida legislativa estrella para la contención del absentismo laboral. Su desaparición reciente de nuestro ordenamiento jurídico mediante el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d (en adelante, Real Decreto-ley 4/2020), vino a cerrar el intenso debate doctrinal, social y político generado por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de octubre de 2019⁶¹¹ que se confirmó su validez constitucional.

Precisamente, en vista de su validación por el Alto Tribunal, persiste el interés por esta cuestión, ya que nada impediría que pudiera plantearse en un futuro el regreso a nuestro ordenamiento de un instrumento de características semejantes, que vinculara explícitamente la posibilidad de extinguir individualmente el contrato de trabajo con las ausencias médicas. Por añadidura, el despido por absentismo sigue vigente en nuestro ordenamiento por cuanto el artículo 16.2.d del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, sigue contemplando la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por faltas de asistencia, en términos muy similares⁶¹² a los que se recogían en el artículo 52.d ET. No obstante, considero que se trata de una vigencia meramente formal, por cuanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el despido por absentismo de las personas discapacitadas puede ser indirectamente discriminatorio si se computan las ausencias relacionadas con su discapacidad. En aras a la preservación de la seguridad jurídica es necesario reparar este olvido del legislador⁶¹³ y derogar el despido por absentismo en dicha relación laboral especial⁶¹⁴.

2.2.1. La evolución histórica del precepto

El artículo 52.d ET permitía la extinción del contrato de trabajo de aquellos empleados que hubieran alcanzado un cierto nivel de ausencias intermitentes con una

⁶¹⁰ Incluso antes, ya se recogía en el artículo 39.d del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

⁶¹¹ Rec. núm. 2960/2019.

⁶¹² Para la relación laboral especial, el despido objetivo por absentismo se diferencia principalmente del régimen general en que fija umbrales individuales de absentismo algo más holgados que los del artículo 52.d ET. Por lo demás, sigue la redacción original de dicho precepto, porque las sucesivas reformas que lo modificaron nunca la tuvieron en cuenta la regulación reglamentaria especial. Por ello se mantiene, por ejemplo, el requisito de alcanzar en la empresa un determinado umbral colectivo de absentismo y no se contempla la exclusión de las ausencias vinculadas al género y a la enfermedad grave.

⁶¹³ Así puede considerarse, teniendo en cuenta que una de las principales razones esgrimidas por el Gobierno para la derogación del artículo 52.d ET era la protección de las personas con discapacidad.

⁶¹⁴ En el mismo sentido, DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: '¿Sigue vigente el despido por absentismo en los Centros Especiales de Empleo?', Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 75, (2021), p. 13 de la versión digital.

indemnización menor a la correspondiente a un despido disciplinario improcedente. Dichas ausencias debían producirse en un periodo de tiempo determinado y por causas legalmente justificadas o injustificadas, entre las que destacaban muy significativamente las ausencias por incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente no laboral de duración inferior a los veinte días consecutivos. Siempre se excluyeron del cómputo *“las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones”*.

Durante su vigencia, distintas reformas fueron incidiendo sobre el artículo en cuestión, en algunos casos descartando el cómputo de cierto tipo de ausencias y, en otros, modificando sus parámetros cuantitativos para reforzar su efectividad a la hora de contener el absentismo laboral. Por lo que se refiere a la ampliación de las exclusiones de la redacción inicial, pueden identificarse dos líneas de reformas. La primera línea, más técnica, en la medida en que se limita a reflejar en la ley algo que ya hubiera debido entenderse implícito en la misma por razones de constitucionalidad, se vincula a la protección de la igualdad de género y los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, repercutiendo en la exclusión de las ausencias por *“riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia”*⁶¹⁵, las ausencias *“motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda”*⁶¹⁶ y las derivadas de la paternidad⁶¹⁷. La segunda línea, más de oportunidad política, se sustancia en una exclusión de las ausencias *“que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave”*⁶¹⁸.

Por lo que se refiere a las modificaciones cuantitativas, hay que tener en cuenta que se partía en un principio de un requisito doble de sobrepasar un umbral de absentismo individual y otro umbral colectivo, por lo que la posibilidad de despedir a un trabajador dependía, no solo de su comportamiento, sino también del de la plantilla, considerada en su conjunto. Ello cambió en 2010 cuando el umbral colectivo se rebajó a la mitad (pasando del 5 al 2'5 % de absentismo total de la plantilla)⁶¹⁹ para eliminarse por completo en 2012⁶²⁰. A su vez, el umbral individual se mantuvo siempre desdoblado en dos supuestos alternativos, pero, también a través de la reforma laboral de 2012, se

⁶¹⁵ Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

⁶¹⁶ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁶¹⁷ Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

⁶¹⁸ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶¹⁹ Disposición adicional vigésima de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

⁶²⁰ Art. 18.5 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

restringió el primero de ellos⁶²¹. Por lo tanto, dicho umbral individual quedó fijado, en su última fase, de forma optativa (i) en el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el 5 % de las jornadas hábiles o (ii) en el 25 % de ausencias en cuatro meses discontinuos dentro también de un periodo de doce meses.

De entre las reformas anteriores, la eliminación del umbral colectivo fue la más trascendente en la práctica. Como se reconoce en la exposición de motivos del propio Real Decreto-Ley 3/2012, esta reforma obedecía a la voluntad de facilitar el cumplimiento del supuesto de hecho del precepto, que los empresarios venían considerando excesivamente restrictivo. La medida fue efectiva, por cuanto vio cumplido su objetivo de revitalizar una causa extintiva del contrato de trabajo que se había caracterizado por su utilización relativamente escasa, achacada a su complejidad técnica y a los pocos supuestos que cumplían los requisitos cuantitativos. A partir de los datos de la conflictividad judicial generada en torno al precepto se infiere que en 2010 pudo haber un leve repunte en su utilización, que acabó consolidándose en un incremento sustancial a partir del año 2012⁶²². A raíz de esta mayor proliferación, el despido por absentismo, que nunca había sido estado exento de polémica, afrontó su etapa de mayor oposición doctrinal y contestación en los tribunales.

Una parte de la doctrina criticó la eliminación del requisito colectivo del artículo 52.d ET, afirmando que la finalidad de la reforma era convertir la propia norma en una amenaza que forzara a los trabajadores enfermos a acudir al trabajo y renunciar a la asistencia sanitaria por incapacidad temporal a la que tenían derecho⁶²³. Asimismo, se consideró que el precepto había perdido su causa objetiva al ignorar el perjuicio económico y productivo que un absentismo colectivo disparado podía generar en una empresa, para centrarse en la posibilidad de despedir a un trabajador enfermo que no era “suficientemente productivo”⁶²⁴. Si no era necesario poner de manifiesto que se superaba un determinado nivel de absentismo colectivo, ya no quedaba acreditado que este fuera un problema extendido en la empresa que pudiera comprometer realmente su viabilidad económica. Cuando únicamente se tenían en cuenta las ausencias de un solo trabajador, era cuestionable que, al menos más allá de las pymes, estas ausencias

⁶²¹ Así, donde antes bastaba que las ausencias alcanzaran “el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos” se añadió que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores debía alcanzar “el cinco por ciento de las jornadas hábiles”, para evitar perjudicar a trabajadores que presentaban puntualmente un índice alto de absentismo que no era habitual en ellos.

⁶²² GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘El despido por faltas... cit., p. 2.

⁶²³ Vid., BAYLOS GRAU, A.: ‘El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario’, Revista de Derecho Social, núm. 57, (2012), p. 13 y LÓPEZ-TAMÉZ IGLESIAS, R.: Gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días, Albacete, 2016, pp. 15 y 16.

⁶²⁴ MORENO GENÉ, J.: ‘La extinción del contrato por absentismo: Productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador’, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 55, (2020), p. 65. En un sentido similar, sobre la debilitación de la legitimidad del precepto, Vid., ESTEBAN LEGARRETA, R.: ‘Extinción objetiva... cit., p. 11.

fueran suficientes, por sí mismas, para perjudicar su productividad en un grado suficientemente significativo⁶²⁵.

Además de las críticas doctrinales, en este contexto de revitalización del precepto, el artículo 52.d ET tuvo que soportar un primer envite judicial importante ante la justicia comunitaria, al plantearse que podía ser discriminatorio para los trabajadores con discapacidad y ser contrario a la Directiva 2000/78/CE. Así, el Juzgado de lo Social número uno de Cuenca elevó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, como se ha visto, venía interpretando el concepto de discapacidad con una visión cada vez más extensiva. Además, dicho Tribunal ya se había planteado el posible carácter indirectamente discriminatorio de una disposición danesa que facilitaba el despido de aquellos trabajadores que hubieran estado ausentes de su trabajo por ciento veinte días en el transcurso de un año, por ser susceptible de afectar especialmente a los trabajadores discapacitados⁶²⁶.

Con semejante telón de fondo, el Tribunal de Luxemburgo abordó la cuestión en su Sentencia de 18 de enero de 2018 (Asunto Ruiz-Conejero)⁶²⁷ sin adoptar una posición tajante. De un lado, declaró que el artículo 52.d ET podía suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, porque *“en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad”*. Pero, de otro lado, afirmó que *“combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima”* a la que podía aspirar el legislador si los medios dispuestos para conseguirla eran proporcionados y no excesivos. Sobre dicha proporcionalidad debía decidir el juez nacional teniendo en cuenta, entre otros factores, si los umbrales numéricos del precepto incluían *“ausencias meramente puntuales y esporádicas”* o lo sustancioso de los costes *“directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral”*. Cuando les tocó su turno, tanto el juzgado remitente en su sentencia de instancia, como el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en su Sentencia de 10 de abril de 2019⁶²⁸, dictada en suplicación, estimaron la concurrencia de discriminación indirecta, calificando de desproporcionado el precepto, por no excluir de las ausencias computables aquellas relacionadas con la discapacidad del trabajador.

Cuando todavía no podía considerarse definitivamente resulta la recepción interna de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se planteó en España, desde otra perspectiva, una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 52.d ET que acabó siendo desestimada. En ella se esbozaba su incompatibilidad con el derecho a la salud del artículo 43.1, en conexión con el derecho fundamental a la integridad física

⁶²⁵ Vid., en un sentido similar, por lo que respecta a la doctrina más reciente GIMENO DÍAZ, P.: ‘El despido por faltas... cit., p. 5 o GÓMEZ SALADO, M. A.: *El absentismo laboral*... cit., p. 62.

⁶²⁶ STJUE 11/04/2013 (Asunto HK Danmark) C-335/11 y C-337/11.

⁶²⁷ C-270/16.

⁶²⁸ Rec. núm. 664/2018.

del artículo 15, y con el derecho al trabajo del artículo 35.1 de la Carta Magna. El Tribunal Constitucional resolvió dicha cuestión en su ya mencionada Sentencia de 16 de octubre de 2019⁶²⁹, confirmando, en primer lugar, que el precepto respondía *“al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, atendiendo a la singular onerosidad que las bajas intermitentes y de corta duración suponen para el empleador”*. En esta defensa de la productividad, cuya garantía se encomienda a los poderes públicos en el artículo 38 CE en el marco de la libertad de empresa y la economía de mercado, es donde se situaba la legitimidad constitucional del artículo 52.d ET. Así, se afirmó que el precepto constituía el resultado de la voluntad del legislador de paliar las consecuencias económicas que el absentismo tenía para las empresas, tanto en forma de costes directos como indirectos.

Al respecto de los derechos a la salud y a la integridad física, admitió el Tribunal Constitucional que no era *“descartable que la regulación controvertida pudiera en algún caso condicionar la actuación del trabajador”* en el sentido de acudir a trabajar sin estar en las condiciones de salud adecuadas. Con todo, negó que en tal caso se vieran vulnerados los derechos fundamentales de los trabajadores, considerando que de la facultad empresarial de extinguir por esta vía el contrato de trabajo, en sí misma considerada, no se derivaba un riesgo grave y cierto ni se producía un daño efectivo sobre la salud del trabajador. Para apoyar dicha idea el Tribunal esgrimía, además, que se excluían del cómputo las ausencias debidas a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, que hubieran sido los casos en los que el peligro para la salud de los trabajadores podría ser mayor, de acudir a trabajar estando enfermos. Por lo que se refiere al artículo 35.1 CE, afirmó que *“el precepto cuestionado contiene, en efecto, una limitación parcial del derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, pero esa limitación, conforme hemos señalado, se encuentra justificada por el art. 38 CE, que reconoce la libertad de empresa y encomienda a los poderes públicos la garantía y protección de su ejercicio, así como la defensa de la productividad”*.

Algunas voces doctrinales fueron críticas con la referida Sentencia, que ya había generado polémica dentro del propio Tribunal, como muestran los tres votos particulares que se le adjuntan, firmados por cuatro magistrados. El motivo principal de detracción era que, en la ponderación de los intereses en juego, se otorgaba una importancia excesiva al interés empresarial de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que no justificaba convincentemente la desprotección de la salud de los trabajadores⁶³⁰. El despido se consideraba así una solución desproporcionada a un

⁶²⁹ Rec. núm. 2960/2019.

⁶³⁰ CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: ‘El Estatuto... cit., p. 10; GIMENO DÍAZ, P.: ‘El despido por faltas... cit., p. 5; MORENO GENÉ, J.: ‘La extinción del contrato... cit., p. 97 y MORENO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: ‘Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores’, Revista de jurisprudencia laboral, núm. 7, (2019), p. 6.

problema que solo era hipotético, desde que no se tenía en cuenta el nivel global de absentismo, y en el que no intervenía necesariamente una conducta antijurídica del trabajador, existiendo múltiples formas menos drásticas de abordar el absentismo laboral. Asimismo, teniendo en cuenta que las faltas de asistencia que podían dar lugar a este despido eran fundamentalmente las derivadas de indisposiciones de origen común, algunos autores reiteraron que acudir a trabajar estando enfermo por miedo a perder el empleo sí podía suponer un riesgo cierto y grave de empeoramiento que afecta directamente a la integridad física⁶³¹.

A la oposición doctrinal frente a la sentencia se le unía la de los sindicatos, que llegaron a convocar concentraciones de protesta en todo el país, la de editoriales de periódicos de tirada nacional y la de múltiples partidos políticos, incluidos los que sustentarían poco después el gobierno que procedería a la derogación del precepto. De hecho, la derogación del despido por absentismo era una de las primeras medidas contempladas en el acuerdo para dicha coalición gubernamental⁶³². En este contexto, se dictó el ya mencionado Real Decreto-ley 4/2020, encabezado por un largo preámbulo en el que se intenta justificar su extraordinaria y urgente necesidad *“a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina establecida por el TJUE”*, refiriéndose fundamentalmente a la Sentencia de 18 de enero de 2018 (Asunto Ruiz-Conejero)⁶³³. Dicha argumentación no era correcta. La recepción de la resolución europea se hubiera saldado satisfactoriamente, sin tener que derogarlo, con una modificación del precepto para permitir la introducción de un juicio particular de proporcionalidad en casos de ausencias vinculadas a la discapacidad⁶³⁴. Pese a todo, lo cierto es que, en un contexto de pandemia que suscitó una especial sensibilidad hacia los problemas de salud y el riesgo de presentismo laboral, la norma alcanzó un relativo consenso político y fue primero convalidada⁶³⁵ y después aprobada como proyecto de Ley⁶³⁶ con la oposición de un único grupo parlamentario.

⁶³¹ MORENO GENÉ, J.: ‘La extinción... cit., p. 102, MORENEO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: ‘El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE 20 noviembre)’, Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, núm. 21, (2019), pp. 8 y 9 y GÓMEZ SALADO, M. A.: ‘La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional’, Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 441, (2019), p. 182.

⁶³² Vid., el documento ‘Coalición progresista: Un nuevo acuerdo para España’, firmado en Madrid a 30 de diciembre de 2019, p. 3.

⁶³³ C-270/16.

⁶³⁴ CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: ‘El Estatuto de los Trabajadores... cit., p. 13 o ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites a la incapacidad temporal, Albacete, 2019, p. 126, aunque este último opina que sería preferible suprimir la inclusión de cualquier ausencia amparada en la incapacidad temporal.

⁶³⁵ Votación de 25 de marzo de 2020 en el Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones núm. 16.

⁶³⁶ Votación de 17 de junio de 2020 en el Congreso de los Diputados, Diario de sesiones núm. 30.

2.2.2. Orientación y virtualidad como dispositivo antiabsentista

Como confirmaría el Tribunal Constitucional, más que condicionar las decisiones de los trabajadores, la finalidad directa de esta causa de despido objetivo era la de proporcionar al empresario una herramienta para contrarrestar los efectos que el riesgo moral tenía sobre sus costes laborales. Por ello, el precepto se presentó como un instrumento antiabsentista de autodefensa empresarial que permitía desprenderse de aquellos trabajadores afectados por una morbilidad o predisposición excesiva a la enfermedad que ponía en peligro el interés del empresario en la prestación laboral, obligándole a asumir sustanciosos perjuicios técnicos, económicos y organizativos⁶³⁷. Se concebía como un instrumento de “*tutela del rendimiento debido*” en el contrato de trabajo ante la afectación decisiva de su estructura económica, destinado a proteger el “*resultado útil*” de la prestación del trabajador, no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también como una aportación cualitativa que se pierde si se efectúa continuamente jalonada por reiteradas interrupciones⁶³⁸.

Con todo, tras la mentada intención de proteger a las empresas existía otra, secundaria, de sancionar a los trabajadores que incurrieran en incapacidades cortas y reiteradas, presumiendo implícitamente que las mismas venían influidas de forma determinante por el riesgo moral⁶³⁹. En este sentido, ya por la época en que se aprobó el precepto existían estudios científicos que apuntaban que, mientras que las pocas ausencias de larga duración suelen deberse a razones médicas, las ausencias cortas y más frecuentes pueden relacionarse en mayor medida con problemas actitudinales⁶⁴⁰. El propósito sancionador que subyacía bajo el precepto se vuelve evidente si se tiene en cuenta su focalización en las ausencias más difíciles de comprobar⁶⁴¹ como son las bajas por riesgo común inferiores a veinte días.

Sin embargo, el inconveniente más importante que se planteaba era que, aunque pudiera servir para reprimir el absentismo fraudulento, su carácter indiscriminado suponía que afectaba también a los trabajadores cuyas ausencias médicas estaban plenamente justificadas. Además, el artículo 52.d ET generaba un incentivo perverso que podía llevar a los trabajadores a convertir en fraudulentas ausencias originariamente legítimas. De hecho, la forma más fácil de evitar ver su contrato de trabajo extinguido por esta vía era intentar prolongar su proceso por encima de los

⁶³⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido... cit., p. 31.

⁶³⁸ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: ‘El rendimiento debido en la relación de trabajo’, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 3, (1980), pp. 391 y 392.

⁶³⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido... cit., p. 31.

⁶⁴⁰ BOAL, K. y CIDAMBI, R.: ‘Attitudinal correlates of turn- over and absenteeism: A meta analysis’. Paper presented at the meeting of the American Psychological Association, (1984), referenciado por BLAU, G. J. y K. B. BOAL: ‘Conceptualizing How Job Involvement and Organizational Commitment Affect Turnover and Absenteeism’, The Academy of Management Review, núm. 2, (1987), p. 289.

⁶⁴¹ ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: Absentismo... cit., p. 59.

veinte días⁶⁴². Esta estrategia no requería maquinaciones especialmente complejas, pues, como se tratará en detalle más adelante, en los procesos de duración estimada corta, cuya duración se sitúa *a priori* entre los cinco y los treinta días naturales, los partes de confirmación se extienden generalmente con periodicidad semanal, con lo que la segunda revisión coincide precisamente con el día veintiuno de baja.

Al artículo 52.d ET también se le criticaba que podía generar un mayor presentismo laboral. De hecho, el artículo 52.d ET siempre suscitó discusión sobre la necesidad de evitar el presentismo laboral en el marco de las políticas antiabsentistas institucionales. Así, se señalaba que podía alimentar conductas hiperdiligentes por parte de trabajadores temerosos de perder su trabajo acudiendo a trabajar enfermos⁶⁴³, con los riesgos que ello comporta, por ejemplo, a nivel de transmisión de enfermedades infectogontagiosas en la empresa⁶⁴⁴. De hecho, este problema estuvo presente en las reflexiones sobre el artículo 52.d ET desde su propio nacimiento, como constatan los premonitorios debates parlamentarios en los que se ponía como ejemplo la posibilidad de que se alcanzaran los estándares requeridos de absentismo por la incidencia de una epidemia de gripe en una empresa (*“aunque sea asiática, con todo respeto para los chinos”*)⁶⁴⁵. Precisamente, cuarenta años después, la pandemia del coronavirus puso de manifiesto el papel de la incapacidad temporal como herramienta al servicio del mantenimiento de la salud pública y la necesidad de proteger adecuadamente a los trabajadores enfermos, para evitar el perjuicio grave de terceros⁶⁴⁶.

Otro problema grave que planteaba el artículo 52.d ET era que suponía una vía abierta para la expulsión del mercado de trabajo de las personas con enfermedades crónicas. El Tribunal Supremo rechazó que los diferentes procesos de baja debidos a una misma enfermedad pudieran computarse conjuntamente como parte de un mismo proceso –al contrario de lo que ocurre en el ámbito prestacional de la incapacidad temporal en virtud del artículo 169.2 LGSS– sumándose a efectos de poder aplicar la exclusión de las bajas superiores a veinte días⁶⁴⁷. Por ello, los trabajadores que padecieran enfermedades crónicas con periodos específicos de agudización que requerían la declaración intermitente de la incapacidad temporal, como podían ser el asma, las migrañas o algunas enfermedades mentales, eran especialmente susceptibles

⁶⁴² El mismo inconveniente se ha puesto de manifiesto respecto de figuras análogas de otros ordenamientos jurídicos. Vid., respecto del caso inglés, TREBLE, J. y BARMBY, T.: *Worker Absenteeism...* cit., p. 184.

⁶⁴³ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites...* cit., p. 124.

⁶⁴⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: ‘El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial’, *Temas laborales*, núm. 118, (2013), p. 124.

⁶⁴⁵ Declaraciones de Felipe González reproducidas por CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: ‘El Estatuto... cit., p. 5.

⁶⁴⁶ Vid., Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del 25 de marzo de 2020, núm. 15, en relación con las manifestaciones de la Ministra de Trabajo Yolanda Díaz.

⁶⁴⁷ STS 24/10/2006 (Rec. núm. 2247/2005) y STS 27/11/2008 (Rec. núm. 2861/2007).

de verse afectados por dicha modalidad de despido. Es cierto que, en los últimos años del precepto, este problema se habría atenuado, (i) por la reforma del año 2012 disponiendo la exclusión de las ausencias debidas a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave y (ii) por la ya mencionada interpretación extensiva que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea venía adoptando respecto del concepto de discapacidad. Así, la posibilidad de incluir las enfermedades crónicas en alguna de las categorías anteriores permitía evitar o contrarrestar la aplicación del artículo 52.d ET, pero la interpretación de ambos conceptos resultaba significativamente obscura e implicaba un alto grado de discrecionalidad judicial⁶⁴⁸.

2.3. El absentismo como criterio de selección de los trabajadores afectados por despidos debidos a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Su aplicación a personas con discapacidad.

Un factor que contribuye a explicar el descenso de los niveles de absentismo laboral en tiempos de crisis económica es el efecto selectivo por el cual las empresas tenderán razonablemente a prescindir primero de los trabajadores que más se ausentan y retener a los que menos falten al trabajo. Este efecto se explicita jurídicamente con claridad en aquellos supuestos en los que el nivel de absentismo se toma expresamente como criterio de selección para resolver una situación de concurrencia de los trabajadores que pueden verse afectados por un despido colectivo. Es decir, el absentismo puede ser uno de los *“criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos”* mencionados el artículo 51.2.e ET, a los que habrá que recurrir siempre que el despido colectivo no se aplique a la totalidad de la plantilla de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva afectada por la causa económica, técnica, organizativa o de producción.

La opción por el absentismo o cualquier otro criterio de selección de los trabajadores le corresponde al empresario, quien tiene libertad, en el marco de sus facultades organizativas, para optar por el que considere más conveniente u oportuno⁶⁴⁹, debiéndose sujetar únicamente a tres límites. El primer límite, de carácter formal, se regula en el ya mencionado artículo 51.2 ET y supone la obligatoriedad de exponer dicho criterio en el escrito empresarial, dirigido a los representantes de los trabajadores, por el que se comunica la apertura del periodo de consultas. El segundo límite, de carácter material, se recoge en el artículo 51.5 ET e implica la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores, a la que puede unirse facultativamente la de *“otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad”*, si se pacta en la negociación colectiva o durante el periodo de consultas. Por último, también a nivel material, deben respetarse los límites generales impuestos por el respeto a los derechos

⁶⁴⁸ Vid., ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites...* cit., pp. 122 y 124.

⁶⁴⁹ RIERA VAYREDA, C.: ‘La selección de los trabajadores en supuestos de despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción’, *Tribuna Social*, núm. 106, (1999), p. 15.

fundamentales de los trabajadores, el abuso de derecho, el fraude de ley y la buena fe⁶⁵⁰.

En atención a las reglas anteriores, el Tribunal Supremo fijó en su sentencia de 14 de octubre de 2014⁶⁵¹ la validez del absentismo como criterio de selección de los trabajadores afectados por el despido, dado que puede considerarse un criterio razonable, mientras se aplique con objetividad. En efecto, de la revisión de la jurisprudencia en materia de despidos colectivos se desprende que el absentismo es un criterio utilizado con significativa frecuencia en nuestro país, al igual que otros criterios semejantes que pueden contribuir a reforzar la productividad media de la plantilla, como el rendimiento individual o la polivalencia. Si bien, hay que insistir en que la utilización técnica del concepto de absentismo requiere convenientemente de la precisión terminológica reclamada en apartados anteriores. Así, es aconsejable que el empresario detalle algunos aspectos que pueden ser controvertidos, como las tipologías de ausencias que se incluyan⁶⁵² o el periodo de referencia que haya de tenerse en cuenta⁶⁵³, facilitándose así la eventual comprobación de su correcta aplicación individualizada.

En el caso de los despidos individuales o plurales que no superen los umbrales del despido colectivo, no son de aplicación las disposiciones del artículo 51 ET, pero se reconoce igualmente la discrecionalidad del empresario en la gestión de las medidas que tome frente a una situación de crisis o de reestructuración empresarial. Por tanto, también tiene la capacidad de adoptar las decisiones que estime más adecuadas a sus necesidades, incluyendo qué tipo de intervención realiza, con qué alcance y, más en particular, qué trabajadores van a verse afectados en el caso de optarse por una decisión extintiva. En este tipo de casos, tampoco es infrecuente que queden acreditados motivos relacionados con el absentismo, como, por ejemplo, *“que el trabajador ha sido seleccionado para el despido porque era soltero (sin hijos) y durante un año y medio estuvo de baja médica por reiterados períodos y luego cogió las vacaciones”*⁶⁵⁴, sin que ello represente un inconveniente a nivel jurídico.

Por otra parte, en paralelo al cuestionamiento de los despidos de trabajadores enfermos ante la jurisdicción europea, se ha planteado también en los últimos años que la utilización del absentismo como criterio de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo pudiera resultar discriminatorio para las personas con alguna discapacidad. Al hilo de esta cuestión, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de

⁶⁵⁰ STS 19/01/1998 (Rec. núm. 1460/1997).

⁶⁵¹ Rec. núm. 3054/2013.

⁶⁵² Vid., por ejemplo, la STSJ Madrid 12/03/2018 (Rec. núm. 1216/2017) confirmando la validez de la opción de tomar como referencia las ausencias incluidas y excluidas por el artículo 52.d ET.

⁶⁵³ STS 31/05/2017 (Rec. núm. 3738/2015) y STS 14/06/2017 (Rec. núm. 2708/2015).

⁶⁵⁴ STS 20/03/2019 (Rec. núm. 1784/2017).

mayo de 2015⁶⁵⁵, reiteró ante un despido colectivo en el que se había primado el mantenimiento del empleo de los trabajadores en activo frente a aquellos que se encontraban en incapacidad temporal, que esta causa de suspensión del contrato de trabajo no se encuentra entre las circunstancias protegidas frente a la discriminación en las relaciones laborales del artículo 17.1 ET⁶⁵⁶. Es decir, se mantenía en su propia posición de negar que el tratamiento distinto a los trabajadores en función de su mejor o peor estado de salud debiera entenderse vedado, en abstracto, por las prohibiciones constitucionales o comunitarias de discriminación⁶⁵⁷.

En cambio, a raíz de las sentencias europeas relativas a los ya tratados asuntos Doudi y Ruiz Conejero, cuando dicha discriminación se denunció, a nivel individual, por un trabajador con una afectación lumbar crónica y otro con una dolencia grave y persistente en la cadera, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra sí declaró, respectivamente, en sus Sentencias de 10 de enero de 2019⁶⁵⁸ y de 11 de enero de 2019⁶⁵⁹ la nulidad de ambos despidos, por discriminatorios. Así, el Tribunal constató que los dos trabajadores sufrían limitaciones o deficiencias de carácter permanente que podían asimilarse a la discapacidad y que las dolencias de las que se derivaban eran la causa directa de la práctica totalidad de ausencias que se habían tenido en consideración para proceder a los despidos por causas económicas. Por ello, se llegó a la conclusión de que la utilización del criterio del absentismo, pese a ser aparentemente neutro, porque no se les aplicaba de forma distinta, había situado a los trabajadores con discapacidad *“en una situación desfavorable en relación con el resto de trabajadores de la empresa”*.

Esta línea jurisprudencial sería confirmada, aunque matizada, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 11 de septiembre de 2019 (Asunto Nobel Plastiques Ibérica)⁶⁶⁰ al indicar que *“en principio, un trabajador con discapacidad está más expuesto al riesgo de tener un elevado índice de absentismo que un trabajador sin discapacidad”*, por lo que *“queda de manifiesto que el criterio de selección consistente en un índice de absentismo elevado durante un año puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad cuando la falta al trabajo está relacionada con la discapacidad”*. Si bien, aclara el Tribunal que dicho trato desfavorable solo será constitutivo de discriminación indirecta si, con carácter previo, el empresario ha incumplido su obligación de realizar los ajustes razonables necesarios para que el empleado con discapacidad pueda desarrollar su trabajo en igualdad de condiciones que los demás trabajadores.

⁶⁵⁵ Rec. núm. 290/2014.

⁶⁵⁶ En contra, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 77.

⁶⁵⁷ En el mismo sentido, Vid., la STSJ Andalucía 8/01/2015 (Rec. núm. 3095/2013).

⁶⁵⁸ Rec. núm. 396/2018.

⁶⁵⁹ Rec. núm. 395/2018.

⁶⁶⁰ C-397/18.

La importancia de esta sentencia reside en la introducción del requisito relativo a los ajustes razonables como medida de control previo a la extinción del contrato de trabajo, que, si bien ya se había mencionado en algunas resoluciones anteriores del Tribunal de Justicia, aquí se vuelve un elemento fundamental a la hora de identificar un supuesto de discriminación indirecta⁶⁶¹. Los ajustes razonables colocan a las personas con discapacidad en una situación de igualdad formal con respecto al resto de los trabajadores, por lo que se evitaría que los criterios utilizados por la empresa para practicar el despido económico les perjudiquen de una forma especial. Si, efectivamente, el puesto del trabajador ha sido correctamente adaptado, permitiéndole desarrollar su prestación con normalidad, su condición de discapacitado no tiene por qué implicar necesariamente un riesgo de incurrir en un mayor absentismo laboral que el resto de trabajadores comparables⁶⁶².

Esta idea, a la que se había adelantado el Tribunal Supremo en su ya referida Sentencia de 22 de febrero del 2018⁶⁶³, es de especial importancia para este trabajo. Extrapolándola más allá del ámbito estricto de la extinción del contrato de trabajo, supone el establecimiento de una condición previa para la posible aplicación de otras medidas antiabsentistas a los trabajadores con discapacidad. Es decir, no solo la aplicación del artículo 52.a ET o la utilización del absentismo como criterio de selección para la extinción contractual son prácticas aparentemente neutras que, aunque se apliquen por igual a todos los trabajadores, pueden tener consecuencias más desfavorables sobre los discapacitados. También los pluses salariales por asistencia o las mejoras voluntarias vinculadas a las tasas de absentismo individual podrían tener efectos similares. Por ello, su aplicación a las personas con discapacidad debería condicionarse a que, antes de adoptar este tipo de medidas, la empresa haya cumplido con su obligación de ajustarles el trabajo, minimizando las posibilidades de que su especial vulnerabilidad los pueda llevar a incurrir en un número mayor de ausencias.

De todo lo anterior se deriva, en fin, la conclusión de que el absentismo es generalmente un criterio válido para seleccionar los trabajadores afectados por un despido colectivo que, sin embargo, puede resultar discriminatorio si se demuestra que ha perjudicado particularmente a un trabajador con discapacidad. En dicho caso, el trabajador afectado debería impugnar individualmente su despido en virtud del artículo 124.13 LRJS, sin que ello vaya a revertir necesariamente en *“una causa de nulidad del conjunto del despido colectivo”*⁶⁶⁴. Le correspondería al trabajador alegar su condición de discapacitado o el padecimiento de una enfermedad asimilable a la discapacidad y la conexión directa de esta con el despido. Por ejemplo, no cabría apreciar la nulidad si al criterio del absentismo se le otorgara una relevancia relativamente poco significativa,

⁶⁶¹ MORENO GENÉ, J.: ‘La nulidad del despido... cit., p. 556.

⁶⁶² FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 15.

⁶⁶³ Rec. núm. 160/2016.

⁶⁶⁴ SAN 11/11/2014 (Proced. núm. 251/2014).

cuyo efecto se diluyera al concurrir con otros factores no relacionados con el estado de salud⁶⁶⁵, o si la causa médica de la mayor parte de las ausencias no pudiera relacionarse con la discapacidad del trabajador, demostrándose que no es esta condición la que lo ha llevado a alcanzar las tasas de inasistencia que han conducido a su despido⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ STSJ Cataluña 29/12/2014 (Rec. núm. 5791/2014).

⁶⁶⁶ ATS 21/11/2019 (Rec. núm. 632/2019).

CAPÍTULO CUARTO:

LA DINÁMICA Y CONTROL INSTITUCIONAL DE LA AUSENCIA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Se admite generalmente que una ordenación ineficiente de la incapacidad temporal puede conducir a la mayor proliferación y al alargamiento innecesario de las ausencias laborales por enfermedad o accidente⁶⁶⁷. Por lo tanto, el entramado administrativo que posibilita el reconocimiento y encauza formalmente el transcurso de los procesos por incapacidad temporal es un elemento que cabe tener en cuenta a la hora de analizar la generación del absentismo laboral. Es más, por lo que respecta en concreto a nuestro país, los estudios jurídicos ya han identificado históricamente deficiencias técnicas en la regulación de la prestación, cuya consecuencia directa era la prolongación superflua de las suspensiones contractuales por esta causa⁶⁶⁸. Ello permite hablar de una tipología específica de absentismo laboral que, sin ser necesariamente doloso, resulta igualmente indeseable y que podría denominarse absentismo jurídico-burocrático. El propósito del presente Capítulo es repasar el itinerario legal marcado para la incapacidad temporal, desde su declaración hasta su extinción, para señalar diferentes hitos de su dinámica prestacional que pueden estar teniendo efectos catalizadores del absentismo laboral.

A este respecto, será de especial interés destacar las fricciones que se producen entre la dimensión prestacional y contractual de la incapacidad temporal, teniendo en cuenta que el legislador ha prestado tradicionalmente mayor atención a la primera que a la segunda. En efecto, los poderes políticos tienen un interés económico directo en ir corrigiendo las fallas que puedan darse en la extensa, compleja y dispersa regulación de la prestación, al tener que lidiar con el incremento del gasto público que ocasionan. Dicho interés queda patente, por ejemplo, en la articulación de los controles institucionales ordinarios y extraordinarios a los que se someten los procesos para comprobar su legitimidad. Las sucesivas reformas que se han realizado en este ámbito han revertido claramente en una mayor eficacia de las actuaciones inspectoras del INSS y, en menor medida, de las comprobaciones de las mutuas sobre los procesos que

⁶⁶⁷ OECD: *Sickness, Disability...* cit., p. 140.

⁶⁶⁸ Como indica MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: 'Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 28, (2012), p. 117, un ejemplo paradigmático, ya reparado, podría ser la previsión en el art. 39 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de la facultad de los médicos del INSS para dictar altas sobre los procesos gestionados por los servicios públicos de salud "a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social". Ello implicaba que, ante la detección de una incapacidad indebida, se dejaba de abonar el subsidio, pero continuaría vigente la suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, el absentismo laboral del trabajador.

gestionan. Aun así, se aprecian todavía carencias normativas graves, que representan un obstáculo para la adecuada gestión de la prestación, como son la falta de reglas específicas sobre la notificación administrativa de las altas o de las citaciones a reconocimientos médicos de control.

En cambio, la atención a la incapacidad temporal como vicisitud del contrato de trabajo ha sido menor, seguramente por el desinterés de las instituciones públicas respecto de los costes que el absentismo acarrea para trabajadores y empresas del sector privado. Ello ha derivado en decisiones normativas que dificultan la gestión del absentismo por parte de las empresas, porque, por ejemplo, sufren periodos de incertidumbre sobre la situación jurídica del trabajador. Tal es el caso del término de tres días que tiene el empleado para librar el parte de baja o de los diez días de los que dispone para activar el procedimiento de revisión del alta expedida por la mutua en procesos derivados de contingencias profesionales. El mismo trasfondo de desinterés normativo afecta igualmente al tratamiento contractual que deba darse a un trabajador que, pese a haber sido dado de alta, es incapaz de reincorporarse a su puesto de trabajo. En esta línea, se detectan, incluso, mecanismos mediante los que, en caso de duda sobre el carácter fraudulento de la incapacidad temporal, el legislador se preocupa de poner coto al abono del subsidio, pero no limita, en cambio, la duración de la suspensión contractual. Ello ocurre, como se verá, durante la tramitación del proceso de disconformidad por el que puede impugnarse la decisión del INSS de no prorrogar una incapacidad temporal cuando ha superado su periodo ordinario de duración.

Para el estudio de todo lo anterior, se presta especial atención a la modernización tecnológica de la Administración, como factor que se ha demostrado clave en la mejora *ad intra* de la gestión y control de la incapacidad temporal. En este sentido, se destacan los múltiples beneficios que ha representado la incorporación de herramientas informáticas para la transmisión instantánea de información y la coordinación continua entre los distintos órganos intervinientes. Además, la digitalización de toda la información sobre la incapacidad temporal ha permitido la utilización, por parte del INSS, de tecnologías antifraude de tratamiento avanzado de datos que facilitan la selección de los trabajadores sometidos a reconocimientos médicos de control. Pero, al mismo tiempo, la digitalización es una labor *ad extra* incompleta, cuyo acometimiento, como se verá más adelante, representaría un nuevo salto cualitativo a la hora de evitar ausencias innecesarias. También facilitaría la gestión del absentismo por parte de las empresas y la superación de algunas controversias jurídicas que surgen muy habitualmente entre ambas partes del contrato laboral. Al hilo de esta cuestión, se destacan varias lagunas que se detectan en la informatización de la relación de la Administración con los trabajadores y con los empresarios, que tienen efectos nocivos sobre el absentismo laboral.

II. EL INICIO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

El problema más grave que suscita actualmente la incapacidad temporal en el inicio de su dinámica prestacional es precisamente su habitual confusión con otros tipos de ausencias de corta duración por causas relacionadas con la salud del trabajador. Tales alternativas a la incapacidad temporal carecen de regulación legal, pero son utilizadas, tanto por empresarios como por trabajadores, para eludir algunos de los inconvenientes que puede plantearles la declaración de esta situación protegida. Lo anterior comporta problemas relevantes a nivel de absentismo laboral, porque supone la inaplicación de los desincentivos económicos y los controles propios de la incapacidad temporal destinados a contenerlo. Además, como se trata de conceptos que no se contemplan en la legislación laboral, sino que surgen de su aplicación recurrente en la práctica de la sanidad y de las organizaciones, se genera en torno a los mismos un alto grado de inseguridad jurídica. Por todo ello, el presente epígrafe se inicia con la definición del parte de baja, seguida de su deslinde de otros documentos que dan una cobertura formal distinta a faltas al trabajo de contenido más o menos análogo al de la incapacidad temporal.

Otras dificultades que se producen en torno al arranque de los procesos por incapacidad temporal y que perjudican la gestión del absentismo desde la perspectiva empresarial son las referidas a la comunicación de la ausencia y la acreditación de su causa. El carácter imprevisto del absentismo médico, que se ha señalado como uno de sus elementos definitorios, es también uno de los principales inconvenientes que tiene para la empresa a nivel organizativo. Es necesario, por ejemplo, que la empresa tenga conocimiento de la ausencia lo antes posible, para poder adoptar con eficacia las medidas tendentes a suplirla y minimizar las repercusiones que pueda tener sobre el sistema productivo. La misma celeridad se requiere para poner en marcha los procedimientos de control oportunos, sobre todo en relación con las ausencias cortas, para evitar que su breve duración favorezca su utilización indebida. Por esta razón, el inicio de la incapacidad temporal se presenta como un punto crítico en el que se requieren pautas claras para que las obligaciones jurídicas que recaen sobre el trabajador se cumplan con la mayor rapidez posible. A esta cuestión se dedica el tercer apartado del presente epígrafe, en el que se trata el régimen jurídico aplicable a la expedición y tramitación del parte de baja. Seguidamente, en el cuarto apartado, se tratan las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dicho régimen jurídico.

1. La declaración y tramitación de la baja por incapacidad temporal

Por disposición del artículo 166.1.a LGSS, la incapacidad temporal tiene lugar como resultado de la concurrencia de una enfermedad o accidente que requiera la prestación de asistencia sanitaria y que impida al trabajador realizar su trabajo⁶⁶⁹. Ambos

⁶⁶⁹ También pueden dar lugar a la incapacidad temporal “*los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos*” (art. 169.1.b LGSS).

elementos son acumulativos y deben estar directamente relacionados⁶⁷⁰, siendo la misma patología que necesita de tratamiento médico la que perjudica la capacidad laboral del trabajador. En cuanto al primer requisito, la prestación sanitaria se articula como requisito con una doble función: es la vía adecuada para la curación de la enfermedad o las lesiones provocadas por el accidente y es el hilo conductor a través del que se vehicula tanto la declaración inicial de la baja como su ulterior seguimiento⁶⁷¹. Por ello, la competencia para decidir sobre la continuidad del proceso de incapacidad temporal reside, *a priori*, en aquellos órganos que se encargan de asistir a los trabajadores en la recuperación de su salud.

En cuanto al segundo requisito, es imprescindible que la dolencia tenga una repercusión relevante sobre la capacidad laboral del trabajador, en relación con su concreto y determinado puesto de trabajo⁶⁷². Es decir, debe dificultarle o imposibilitarle el desempeño de las tareas básicas que le corresponde llevar a cabo. Por ello, no cualquier aflicción que sufra el trabajador es susceptible de dar lugar a una incapacidad temporal, sin perjuicio de que pueda requerir atención médica. Estas afecciones menores se conciben en los documentos técnicos como “*procesos banales*”⁶⁷³, que, por su escasa gravedad, resultan compatibles con la continuidad de la actividad laboral. En la práctica, por lo demás, no es nada infrecuente⁶⁷⁴ que los trabajadores sufran problemas de salud que, pese a las molestias que puedan causar, no les impiden trabajar con normalidad y sin que se genere ninguna situación de necesidad.

La declaración de la situación de incapacidad temporal se lleva a cabo única y exclusivamente a través de la emisión de un parte médico de baja, expedido de acuerdo con su modelo oficial (P-9)⁶⁷⁵. Dicho documento se emite tras la realización de un reconocimiento médico destinado a determinar objetivamente la incapacidad del trabajador para su trabajo habitual y es firmado por el mismo facultativo que lo ha llevado a cabo. En el caso de la incapacidad temporal por contingencias comunes, siempre es competente el servicio público de salud, con la única salvedad de las recaídas tras el alta declarada por la inspección médica del INSS. En el caso de la incapacidad temporal por contingencias profesionales, la competencia puede corresponder a la

⁶⁷⁰ TORTUERO PLAZA, J. L.: ‘La incapacidad temporal: contingencias y situaciones protegidas’, Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral, núm. 44-45, (1991), p. 51.

⁶⁷¹ FERNÁNDEZ PRATS, C.: La protección... cit., p. 50 o BARBA MORA, A.: Incapacidad temporal, Valencia, 2000, p. 20.

⁶⁷² El tratamiento *in extenso* de esta cuestión se remite al epígrafe I del Capítulo Sexto, sobre el carácter relativo de la incapacidad para el trabajo.

⁶⁷³ SÁNCHEZ GALÁN, L. y CARBAJO SOTILLO, M. D. (Dirs.): Manual de tiempos óptimos de incapacidad temporal, Madrid, 2008, p. 22.

⁶⁷⁴ Vid., por ejemplo, Eurofound: Working conditions... cit., p. 10, señalando que un 17 % de los trabajadores europeos refieren el padecimiento de enfermedades crónicas que no alteran el normal desarrollo de su rutina diaria.

⁶⁷⁵ Art. 2.1 Real Decreto 625/2014 en relación con el Anexo I de la Orden ESS/1187/2015.

mutua a la que esté asociada la empleadora o, subsidiariamente, al servicio público de salud⁶⁷⁶.

A partir del momento de su emisión, el parte de baja se tramita de forma que tengan acceso al mismo la pluralidad de sujetos implicados en la dinámica de la incapacidad temporal, de acuerdo con el artículo 7 del Real Decreto 625/2014. En primer lugar, el propio órgano que emite el parte de baja lo envía inmediatamente y por vía telemática al INSS. A su vez, si el parte es emitido por el servicio público de salud en relación con un proceso por contingencias comunes cuya gestión económica corresponde a una mutua, el INSS se lo remite también a esta última, de la misma forma. Dicho ejemplar electrónico del parte de baja contiene una descripción de la limitación de la capacidad funcional del trabajador, el diagnóstico de la dolencia de la que se deriva y su código numérico identificativo. Tales datos se proporcionan a efectos de que el INSS y las mutuas puedan ejercer adecuadamente sus funciones de control de la incapacidad temporal. Paralelamente, se expiden dos copias en papel del parte de baja. La primera, que, igual que los anteriores, contiene toda la información médica relativa al proceso, es para el propio trabajador interesado. De la segunda, que deberá entregarse a la empresa, se excluyen todos los datos relativos a la patología del trabajador en orden a la preservación de su derecho a la intimidad y a la protección de sus datos médicos.

La entrega del parte de baja a la empresa es un trámite obligado por la normativa propia de la Seguridad Social que pone en funcionamiento la mecánica protectora nacida *ope legis*⁶⁷⁷. Es decir, desde el momento en que el trabajador acredita que se encuentra en una situación de incapacidad temporal, la empresa ha de iniciar el pago delegado del subsidio⁶⁷⁸, sin necesidad de que el interesado solicite la percepción de la prestación⁶⁷⁹. Y ello es así, con independencia de que el reconocimiento del derecho a la prestación económica corresponda al INSS o a la mutua, según quien la gestione. Además, la empresa tiene la obligación⁶⁸⁰, bajo pena de sanción administrativa, de remitir electrónicamente al INSS el parte de baja que le haya presentado el trabajador,

⁶⁷⁶ Como se indica en el art. 82.2 LGSS, respecto de las contingencias profesionales, corresponde a las mutuas la determinación inicial del carácter profesional de la contingencia. Por tanto, si la empresa está asociada a una mutua, esta será la única que podrá emitir un parte de baja por contingencias profesionales.

⁶⁷⁷ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.: Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1997, p. 257.

⁶⁷⁸ Art. 17 de la Orden de 25 de noviembre de 1966 por la que se regula la colaboración de las Empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social.

⁶⁷⁹ Como se indica en la STS 21/01/1994 (Rec. núm. 3205/1991), respecto del subsidio por incapacidad temporal, rige el principio de automaticidad u oficialidad de las prestaciones que comporta su abono automático a partir de que se cursen oportunamente los partes de baja.

⁶⁸⁰ Art. 7.2 del Real Decreto 625/2014.

habiendo consignado con carácter previo sus datos de cotización, a efectos de la determinación de la base reguladora de la prestación económica⁶⁸¹.

La tramitación electrónica de los partes de incapacidad temporal, que se preveía ya en la regulación anterior⁶⁸², se hizo efectiva con la entrada en vigor del Real Decreto 625/2014, que diseñó un entramado de redes de comunicación de los servicios públicos de salud hacia el INSS y de este con las mutuas y las empresas. Como resultado, tanto el INSS como las mutuas tienen un conocimiento más rápido de las incapacidades temporales que declaran los servicios públicos de salud, lo que les permite adoptar medidas de control con una rapidez que resulta especialmente útil para la supervisión de los procesos breves. Así, por ejemplo, mientras que los empresarios tenían anteriormente cinco días para enviar los partes al INSS, hoy han de hacerlo *“con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles”*⁶⁸³. E, igualmente, mientras que los servicios públicos de salud tenían anteriormente cinco días para remitir al INSS los partes médicos en formato físico, hoy hacen lo propio con los partes electrónicos *“de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición”*⁶⁸⁴.

2. Distinción de figuras afines. Referencia especial a la figura del reposo domiciliario, o enfermedad sin baja, particularmente en el empleo público

En primer lugar, una figura que encuentra cierta similitud con los partes de baja por incapacidad temporal, pero que en ningún caso es equiparable, son los justificantes de asistencia a una consulta médica, ya sea de carácter público o privado⁶⁸⁵. Como en el caso de la incapacidad temporal, las ausencias puntuales del trabajador para acudir a una consulta médica se entienden justificadas a efectos disciplinarios⁶⁸⁶. Pero al no estar previstas en el artículo 37.3 ET, y sin perjuicio de que el convenio colectivo aplicable pueda establecer otra cosa⁶⁸⁷, se trata de ausencias no retribuidas. Su supuesto de hecho es bien distinto a la incapacidad temporal, puesto que dichas consultas se realizan para diagnosticar o tratar problemas de salud del trabajador, sin implicar en ese momento una valoración sobre su capacidad laboral. Por ello, las ausencias por esta causa únicamente se entienden justificadas por el tiempo estrictamente necesario de

⁶⁸¹ De conformidad con el art. 11.1 de la Orden ESS/1187/2015 se consigna, asimismo, la clave del código nacional de ocupación, el código de la provincia del centro de salud en la que se ha emitido el parte médico y los datos genéricos que se establezcan a efectos identificativos del proceso y de la empresa.

⁶⁸² Art. 1.7 del Real Decreto 575/1997.

⁶⁸³ Respectivamente, arts. 2.2 del Real Decreto 575/1997 y 7.2 del Real Decreto 625/2014.

⁶⁸⁴ Respectivamente, arts. 2.3 Real Decreto 575/1997 y 7.1 Real Decreto 625/2014.

⁶⁸⁵ La jurisprudencia se muestra ciertamente flexible a este respecto admitiendo que los volantes de asistencia médica puedan proceder de facultativos de la sanidad privada, especialmente si la empresa lo ha venido admitiendo durante un periodo relevante de tiempo, como es el caso de la STS 12/05/2009 (Rec. núm. 4/2008), o si el convenio colectivo se pronuncia en términos amplios, como en el supuesto enjuiciado por la STSJ Andalucía 3/10/2012 (Rec. núm. 1695/2012).

⁶⁸⁶ SALA FRANCO, T.: *La incapacidad...* cit., p. 28.

⁶⁸⁷ Vid., art. 14 Convenio colectivo del sector industrias de alimentos compuestos para animales (BOE 4/02/2019) o art. 44 Convenio colectivo de la industria azucarera (BOE 4/01/2019).

coincidencia con la jornada laboral y nunca durante un día entero, que es la duración mínima que tiene cualquier incapacidad temporal⁶⁸⁸. Tan limitada eficacia temporal implica que los partes de asistencia a una consulta médica no pueden utilizarse como sustitutivo de una baja laboral, lo que es de agradecer desde un punto de vista antiabsentista.

En segundo lugar, también cabe diferenciar la baja por incapacidad temporal del reposo prescrito por los facultativos del servicio médico de prevención de la propia empresa⁶⁸⁹. En este caso, su deslinde de la incapacidad temporal es igualmente claro, en tanto que falta el parte de baja, como único documento oficial formalmente válido a efectos de permitir el nacimiento de la prestación. Además, el sujeto emisor no es, en ningún caso, el competente a tal efecto. En consecuencia, como en el supuesto anterior, no se produce una verdadera suspensión del contrato de trabajo, sino una mera interrupción temporal de la prestación laboral. Esta figura ha sido recientemente criticada por diferentes organizaciones sindicales⁶⁹⁰, que denuncian su inadecuada utilización en la práctica empresarial cuando se produce algún accidente de trabajo de carácter leve. Según refieren, la prescripción del reposo se utilizaría, en ocasiones, para permitir que el trabajador se recupere sin tener que ser declarado en incapacidad temporal por contingencias profesionales y que nazca para la empresa la obligación de notificar a la autoridad laboral el accidente de trabajo⁶⁹¹. De tal modo, se conseguiría falsear los datos de siniestralidad laboral en la empresa para poder acceder a bonificaciones de las cuotas de Seguridad Social. Si bien, el incentivo económico para incurrir en este fraude de ley habría desaparecido en los últimos años, a raíz de la ya referida suspensión de tales bonificaciones.

En tercer lugar, la incapacidad temporal debe distinguirse de la figura denominada usualmente reposo domiciliario o enfermedad sin baja⁶⁹². También hay quien se refiere

⁶⁸⁸ Vid., STSJ Cataluña 8/02/2019 (Rec. núm. 6112/2018) indicando que *“dado que la atención médica no dio lugar a baja de IT, ni el facultativo prescribió reposo, podría quedar justificada la inasistencia al trabajo solo durante el tiempo que duraron las consultas médicas, pero no durante toda la jornada laboral.”*

⁶⁸⁹ Esta figura, cuyo reconocimiento expreso en la negociación colectiva no es muy común, se prevé, por ejemplo, en el art. 3 del Anexo 7 del XVII Convenio colectivo Iberia, LAE, SA, Operadora, S. Unipersonal y sus tripulantes de cabina de pasajeros (BOE 8/05/2014), indicándose que *“cuando la asistencia sanitaria de la Seguridad Social entendiéndose que no procede la baja en los casos que pudieran presentársele, si el servicio médico de la Compañía opinase que las circunstancias que concurren en el tripulante le impiden prestar servicios en vuelo, extenderán los correspondientes partes que tendrán, a efectos de Seguridad Social complementaria, el mismo valor de los partes oficiales de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”*.

⁶⁹⁰ Vid., ‘Complicidad entre mutuas y empresas para ocultar accidentes de trabajo’, Gaceta preventiva de la Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de Cantabria, núm. 34, (2015) o la entrada ‘Ley de Mutuas y Ley de Bonus’ del sindicato CGT, disponible en su página web vía: <http://cgt.org.es/ley-de-mutuas-y-ley-de-bonus>. (Fecha de consulta: 10/07/2019).

⁶⁹¹ Orden de 16 de diciembre de 1987 por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y tramitación en relación con la Orden TAS/2926/2002, de 19 de noviembre, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico.

⁶⁹² GARCIA VIÑA, J.: ‘¿Cómo la negociación colectiva... cit.’, p. 312.

al mismo concepto como periodo de indisposición⁶⁹³ o, sobre todo en el ámbito del sector público, días griposos. Esta es la noción que genera una mayor confusión con la incapacidad temporal, por tener un contenido más similar, y es la más problemática en términos de contribución al absentismo laboral. La categoría engloba una tipología de ausencias que vienen normalmente cubiertas por algún documento emitido por un facultativo médico de la sanidad pública, que puede ser formalmente equivalente a un parte de consulta u hospitalización (modelo P-10). No obstante, el parte de reposo se diferencia muy claramente del parte de consulta por su contenido. Mientras que este último solo acredita una visita al facultativo y no conlleva una valoración sobre la capacidad laboral⁶⁹⁴, aquel indica que el solicitante no está en condiciones de trabajar y que se le recomienda reposo durante un tiempo no superior a tres días. Aun así, también se verá que en determinados ámbitos del sector público las ausencias por indisposición no siempre vienen cubiertas por un documento médico. En su lugar, se admite la autodeclaración del trabajador sobre su estado de salud, sin necesidad de verificación por parte de un profesional sanitario.

La confusión de la figura del reposo con la incapacidad temporal parece derivarse de la percepción errónea de que las ausencias inferiores a cuatro días no dan lugar a la declaración de la baja. A tal entendimiento se llega sobre la base de que durante los primeros tres días el trabajador no percibe la prestación pública⁶⁹⁵ o de que el trabajador no está obligado a presentar el parte de baja a la empresa hasta el tercer día de ausencia⁶⁹⁶. Sin embargo, la incapacidad temporal, como situación suspensiva del contrato de trabajo, debe declararse desde el mismo momento en que se constata su supuesto de hecho. Y ello con independencia de que se establezca un periodo de espera para la percepción del subsidio o de que se confiera al trabajador cierto margen temporal para la acreditación de la causa de su ausencia. Que las incapacidades temporales inferiores a tres días existen y deben declararse se hace evidente en el artículo 2.3 del Real Decreto 625/2014, regulador de los procesos de duración muy corta. Tal precepto establece que la incapacidad temporal de un solo día se formaliza en un solo parte de baja/alta, fijando como fecha del alta la misma que la de la baja.

Pese a la claridad de la Ley, en la práctica se admiten con mucha frecuencia los reposos ante ausencias de duración igual o inferior a tres días debidas a incidencias sanitarias de carácter leve. Es decir, se trata de un mecanismo, no reconocido legalmente, que sirve o bien de alternativa a una incapacidad temporal muy breve, o

⁶⁹³ MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: 'Ante la polisemia... cit.', p. 82.

⁶⁹⁴ STSJ Valencia 11/05/2021 (Rec. núm. 282/2021).

⁶⁹⁵ Así se afirma, por ejemplo, en SUÁREZ, M. J. y MUÑIZ, C.: 'Unobserved heterogeneity... cit.', p. 1138.

⁶⁹⁶ Como muestra, en el 'Manual de permisos, licencias y jornada' de la Consejería de Presidencia, Función Pública e Igualdad del Gobierno de las Islas Baleares, se indica que no se admiten las indisposiciones superiores a tres días, fundamentándose erróneamente en que "*la LGSS requiere la baja por incapacidad temporal al cuarto día*", ignorando que el plazo que vence al cuarto día de ausencia es el de entrega del parte de baja y no un término por el que se permite una ausencia médica sin amparo de la incapacidad temporal.

bien de precedente a su declaración, en el caso de que la ausencia se acabe alargando. También puede aplicarse, para alargar una ausencia después de extinguirse la incapacidad temporal⁶⁹⁷. Se da lugar, del modo descrito, a otra forma de absentismo médico que no consta en las estadísticas oficiales que recogen las ausencias por incapacidad temporal, porque ostenta un revestimiento formal distinto. Lo remarcable es que este fenómeno presenta una magnitud importante. Según la encuesta Adecco 2019⁶⁹⁸, un 8 % de las empresas se refería a *“los problemas leves de salud que no justifican una baja médica”* como un factor con mucha o máxima importancia como causa del absentismo laboral. Es significativo que tal preocupación se situara por encima de la que suscitan las ausencias por incapacidades derivadas de contingencias profesionales. Todavía eran más contundentes los responsables de las Administraciones Públicas, quienes, preguntados en 2012, coincidían en un 90 % a la hora de señalar las indisposiciones como el principal problema de absentismo laboral⁶⁹⁹.

Para el trabajador, los partes de reposo tienen, en la práctica, efectos jurídicos muy similares a los que tendría una baja desde las perspectivas disciplinaria y económica. Desde la perspectiva disciplinaria, las faltas de asistencia se consideran generalmente justificadas, porque, aunque la cobertura formal no sea la legalmente adecuada, se entiende acreditado que el trabajador no puede acudir al trabajo por causas ajenas a su voluntad⁷⁰⁰. Es cierto que en su Sentencia de 20 de noviembre de 1989 el Tribunal Supremo rechazó que un parte de hospitalización emitido en un hospital público fuera suficiente y eficaz para justificar las ausencias al trabajo, *“porque no consta qué enfermedad o dolencia hubiera padecido la actora sino el efecto de que ésta «no pudo asistir al trabajo» afirmación que excede de la competencia de quien lo extiende y firma”*. Con todo, dichos argumentos no serían válidos en la actualidad, puesto que el diagnóstico tampoco aparece en los partes de baja que se entregan a la empresa, y los médicos especialistas de la sanidad pública tienen competencia para valorar la capacidad laboral, en el sentido de que también extienden partes de incapacidad temporal⁷⁰¹.

A su vez, desde la perspectiva retributiva, durante la indisposición se pierde, en principio, el derecho al salario, igual que ocurre durante los primeros días de incapacidad

⁶⁹⁷ Vid., como ejemplo, la STSJ Valencia 20/04/2021 (Rec. núm. 2046/2020) en la que el demandante alega que *“su médico ha tenido que ir trampeando (sic), cambiando el diagnóstico, o prescribiendo reposo 24 o 48 tras haber agotado la duración de la IT”*.

⁶⁹⁸ VIII Informe Adecco sobre absentismo laboral, del año 2019, p. 53.

⁶⁹⁹ MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: ‘Que lo urgente... cit., p. 145.

⁷⁰⁰ Como ejemplos recientes, Vid., la STSJ Murcia 19/02/2020 (Rec. núm. 731/2019), STSJ Valencia 16/05/2019 (Rec. núm. 1044/2019), STSJ Madrid 29/07/2019 (Rec. núm. 557/2019) y STSJ Baleares 18/10/2019 (Rec. núm. 66/2019).

⁷⁰¹ Las únicas resoluciones que se han detectado aplicando esta doctrina son la STSJ Valencia 15/09/2009 (Rec. núm. 1972/2009) y la STSJ Galicia 23/06/2014 (Rec. núm. 405/2014).

temporal⁷⁰². Lo que pasa es que, por la vía de la negociación colectiva se han mejorado habitualmente las consecuencias económicas que este tipo de ausencias tienen para los trabajadores. Así, la enfermedad de duración inferior a cuatro días justificada por el sistema sanitario público se configura frecuentemente como permiso o licencia retribuida⁷⁰³. En otros supuestos, pese a no haberse pactado expresamente su remuneración, los tribunales han considerado que dicho carácter remunerado ha quedado incorporado al contenido del contrato de trabajo en forma de condición más beneficiosa. Sucede cuando la parte social demuestra que la empresa, durante un largo periodo de tiempo, no ha descontado a los trabajadores el salario correspondiente⁷⁰⁴ o que ha permitido la utilización a estos efectos de un permiso retribuido previsto para otro fin⁷⁰⁵. Como se intuye fácilmente, este tipo de prácticas estarían alentando el riesgo moral, al remunerar la ausencia médica al mismo nivel que el tiempo de trabajo efectivo.

Incluso aunque los días de reposo no se retribuyan, su utilización como alternativa a la declaración formal de la baja por incapacidad temporal puede resultar ciertamente perjudicial en términos de facilitación del absentismo, por otras razones. En primer lugar, si la ausencia se acaba alargando más de tres días y se acaba declarando una incapacidad temporal, lo único que se está consiguiendo es retrasar la aplicación de los controles pertinentes, precisamente en el momento en que resultan más necesarios. En segundo lugar, debido a su tramitación menos formalista, los justificantes de asistencia médica sin baja, partes de reposo o similares son, como se demuestra ante los tribunales⁷⁰⁶, más fácilmente falsificables o manipulables en la práctica. En tercer lugar, y tal vez más grave, si dichos justificantes no se tramitan electrónicamente⁷⁰⁷, no quedan registrados en las bases de datos del sistema sanitario. Por tanto, los inspectores médicos no tienen la oportunidad de controlar si un paciente los demanda con

⁷⁰² Así se pone expresamente de manifiesto, por ejemplo, en el art. 11 Convenio Colectivo de Novedades Agrícolas, SA (BOE 24/01/2019) en el que se indica, previsiblemente a efectos de evitar confusiones, que *“El reposo domiciliario expedido por un facultativo médico oficial, no supone una baja médica, por tanto, no será retribuido”*.

⁷⁰³ Como se indica en la SAN 19/06/2017 (Proced. núm. 138/2017) las diferencias que separan un permiso retribuido por enfermedad de la incapacidad temporal son notables: (i) mientras que el primero tiene naturaleza jurídica de licencia que no conlleva la pérdida de salario, la segunda da lugar a una suspensión del contrato de trabajo, incompatible con la percepción del dicho salario y (ii) por más que coincidan parcialmente, los supuestos de hecho de ambas figuras pueden no ser siempre equivalentes. Como consecuencia de lo anterior, para la justificación de la causa del permiso no puede entenderse exigible la aportación de un parte de baja, que es la forma de acreditación propia de la incapacidad temporal.

⁷⁰⁴ STSJ Valencia 9/11/2006 (Rec. núm. 3400/2006) y STSJ Cataluña 15/10/2010 (Rec. núm. 3611/2010).

⁷⁰⁵ SAN 26/04/2019 (Proced. núm. 65/2019).

⁷⁰⁶ Vid., STSJ Murcia 25/10/2004 (Rec. núm. 1118/2004), STSJ Cataluña 5/07/2005 (Rec. núm. 3493/2005), STJS Valencia 16/06/2009 (Rec. núm. 991/2009), STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 30/01/2015 (Rec. núm. 585/2014) y STSJ Islas Canarias 13/03/2020 (Rec. núm. 64/2020).

⁷⁰⁷ Esto depende del concreto programa informático diseñado por cada Comunidad Autónoma. Por ejemplo, VÁZQUEZ MOURELLE, R. y PIÑEIRO ABELEDOS, M.: ‘La gestión electrónica de los procesos de incapacidad temporal de corta duración por la inspección de servicios sanitarios en la Comunidad Autónoma de Galicia’, Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 1, (2014), p. 32, indican que en el aplicativo diseñado por el Servicio Gallego de Salud existe la posibilidad de registrar justificantes de ausencia al trabajo por un día.

demasiada frecuencia o si los facultativos médicos hacen un uso inadecuado de los mismos. Por ejemplo, en algún caso ha quedado acreditado que los partes de reposo se utilizaban en fraude de ley, con el único propósito de que el médico de familia pudiera alargar la ausencia del trabajador después de que la Inspección dictara su alta⁷⁰⁸. Además, los servicios de salud pueden tener cierto incentivo económico en el uso de los partes de reposo como sustitutivo de la declaración de incapacidades temporales muy cortas. De tal forma, puede aparentarse una reducción del número de bajas concedidas y cumplir más fácilmente los objetivos de los convenios de colaboración firmados por el INSS con las Comunidades Autónomas, por lo que se obtiene una asignación presupuestaria⁷⁰⁹.

Por todo lo anterior, como consta en las recomendaciones del Pacto de Toledo⁷¹⁰, resulta aconsejable evitar el reconocimiento de figuras como las que se acaban de referir⁷¹¹. Adicionalmente, las empresas pueden exigir, en virtud de su poder de dirección⁷¹², que los trabajadores acrediten su incapacidad laboral mediante la aportación de partes oficiales de baja y no otro tipo de documento. De igual modo, el establecimiento de los partes de incapacidad temporal como único documento válido para probar un problema de salud que impide el desarrollo habitual del trabajo puede incluirse en el contenido de la negociación colectiva⁷¹³. Es cierto que algunas empresas podrían mostrarse reticentes a tomar la iniciativa de exigir siempre parte de incapacidad temporal, porque los partes de reposo también les ofrecen una cierta ventaja en términos de eficiencia organizativa. Piénsese que su gestión es muy sencilla y no acarrea la realización de las tareas burocráticas de tramitación ante el INSS de los partes médicos y de ajustes en la cotización de los trabajadores que conlleva la incapacidad temporal⁷¹⁴. A pesar de ello, cada vez son más las compañías que rechazan los partes de reposo, al menos en el ámbito del sector privado⁷¹⁵. Por su parte, el facultativo médico del servicio

⁷⁰⁸ STSJ Castilla la Mancha 6/05/2005 (Rec. núm. 284/2005).

⁷⁰⁹ Vid., como muestra, el apartado II.c de la Resolución de 22 de febrero de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio con la Comunidad Autónoma de Aragón, para el control de la incapacidad temporal durante el período 2021-2022.

⁷¹⁰ Vid., el Documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero del 2010 elaborado por el Gobierno como aportación a los trabajos de la Comisión Parlamentaria, p. 33, indicando que *“es necesario salir del debate, más superficial que real, sobre si la prescripción de reposo en situaciones de enfermedad común puede dissociarse de las otras prescripciones, y volver a la formulación legal de que las situaciones de alta y baja son definidas por los médicos de los servicios de salud y controlados (...) por los inspectores médicos de dichos servicios”*.

⁷¹¹ Conforme a la STS 28/02/2017 (Rec. núm. 211/2017), mientras el convenio colectivo contemple el establecimiento de un permiso retribuido por enfermedad, no puede exigirse la presentación de partes médicos de baja por incapacidad temporal para justificar las ausencias inferiores a tres días.

⁷¹² SAN 14/05/2003 (Proced. núm. 217/2002).

⁷¹³ Vid., como muestra, los ejemplos recogidos por ARAGÓN GÓMEZ, C.: ‘Cláusulas de vanguardia... cit., p. 506.

⁷¹⁴ En este sentido, es significativo que, de acuerdo con el VIII Informe Adecco sobre absentismo, del año 2019, p. 55, un 16 % de las empresas afirmen no exigir ningún justificante médico (ni siquiera un parte de reposo) para asegurarse de la veracidad de las razones alegadas por los trabajadores para faltar al trabajo.

⁷¹⁵ Así se afirma en la Guía de AMAT ‘Más de 150 respuestas sobre la incapacidad temporal’, p. 25.

público de salud no puede imponer un parte de reposo y negarse a emitir un parte de incapacidad temporal cuando concurre su supuesto de hecho. Es más, otra opción para reducir el uso de los partes de reposo sería que las propias autoridades autonómicas al mando de los servicios públicos de salud aprobaran instrucciones restringiendo o regulando expresamente su emisión por parte de sus médicos.

En el caso del sector público, la utilización de las indisposiciones puede considerarse todavía más problemática que en el sector privado y, además, ha sido tratada en la normativa de forma insatisfactoria. En este sentido, los problemas que suscita el uso de esta figura en el empleo público son varios, y no están bien resueltos.

En primer lugar, las ausencias causadas por un malestar puntual han podido justificarse en muchas ocasiones mediante la autocertificación del propio trabajador y sin confirmación por parte de un profesional sanitario. Es decir, se ha venido admitiendo que, para ausencias inferiores a tres días, los trabajadores presentarían una mera *“declaración jurada”*, o *“declaración responsable”*, de su estado de salud, como prueba del carácter justificado de su ausencia y como alternativa a un volante de atención médica⁷¹⁶. Con ello se excepciona la regla general que rige en nuestro ordenamiento jurídico conforme a la que *“los trabajadores no tienen atribuida la facultad de decidir unilateralmente si sufren una enfermedad que les impide trabajar y que justifica su falta de asistencia al trabajo”*⁷¹⁷. Esta posibilidad, además, se ha reconocido, a veces, con la única limitación del encadenamiento de tres días seguidos de ausencia, pero sin mayores restricciones cuantitativas a su uso reiterado, por lo que ha dado lugar a situaciones de manifiesto abuso de derecho por parte de trabajadores absentistas⁷¹⁸.

Como factor a favor, es cierto que la autocertificación de las enfermedades incapacitantes cortas y que no requieren de tratamiento médico, favorece la desburocratización de la labor de los médicos de atención primaria y de urgencias⁷¹⁹. Por ello, en Reino Unido o Suecia, por ejemplo, la Ley no exige que los trabajadores

⁷¹⁶ Vid., como muestra, la ya derogada Instrucción de la Secretaría de Administración i Función Pública 2/2013, de 30 de diciembre, sobre la justificación de ausencias por motivos de salud i por asistencia a consulta médica del personal al servicio de la Administración de la Generalitat de Cataluña.

⁷¹⁷ STSJ Aragón 14/11/2002 (Rec. 1128/2002).

⁷¹⁸ Vid., por ejemplo, la SJCA núm. 2 de Barcelona 27/06/2018, Núm. Autos 52/2017, sobre el caso de un trabajador público que intercalando su asistencia al trabajo con repetidas ausencias por indisposición amparadas en declaraciones responsables, de forma continuada en el tiempo, sin necesidad de probar la existencia de ninguna causa médica que justificara sus inasistencias al trabajo y sin obtener ninguna baja laboral, cuya conducta solo pudo ser sancionada porque sobrepasaba manifiestamente los límites normales del ejercicio de dicho derecho.

⁷¹⁹ De este modo, se evita que el trabajador acuda al médico con la única finalidad de obtener una constatación de su situación cuando tiene una dolencia que no requiere de asistencia sanitaria para su curación, como, por ejemplo, una gastroenteritis. En dichos casos, la visita puede suponer un gravamen innecesario para el trabajador y, sobre todo, para el facultativo médico, cuya función queda relegada a la cumplimentación de un trámite administrativo que le restaría tiempo que dedicar a la atención médica de pacientes que sí la necesitan. En este sentido, Vid., Nordic Social Statistical Committee: *Sickness absence in the Nordic countries*, Copenhague, 2015, p. 48.

presenten el equivalente al parte médico de baja hasta pasada la primera semana de ausencia y, en Alemania o Noruega, no se requiere hasta el cuarto día. Sin embargo, hay que tener bien presente, con el faro de la teoría del riesgo moral, que priorizar el mejor funcionamiento de la sanidad pública, acarrea un coste de oportunidad relevante, en tanto en cuanto relajar los controles médicos al inicio de la incapacidad temporal, incide efectivamente en un aumento del absentismo laboral⁷²⁰.

En segundo lugar, otro problema del parte de reposo en el empleo público tiene que ver con que la retribución de dichas ausencias al mismo nivel que el trabajo efectivo es una práctica generalizada y no ocasional o esporádica, como pueda ocurrir en la empresa privada. Ante tal situación, el primer intento de introducir, a través de la legislación básica del Estado, una cierta limitación a la utilización de la figura de las indisposiciones en el sector público vino de la mano de la Disposición Adicional 38 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013. Dicha norma⁷²¹ establece que la ausencia al trabajo por enfermedad o accidente que dé lugar a una indisposición comporta el mismo descuento en nómina que se aplique en caso de obtenerse una baja médica por incapacidad temporal. El propósito directo de esta disposición era reforzar la efectividad de la limitación de las mejoras voluntarias en el sector público que había establecido poco tiempo antes el ya citado artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012. Recuérdese que, de los años 2012 a 2018, se prohibió en el sector público que durante los tres primeros días de incapacidad temporal pudiera abonarse al trabajador una compensación superior al 50 % del salario habitual. Por lo tanto, aplicando el mismo tope a la retribución de las indisposiciones se evitaba - ésta era la idea del legislador- que las indisposiciones se convirtieran en una alternativa a través de la que pudiera eludirse el desincentivo económico previsto para los primeros días de baja por incapacidad temporal.

Se trataba, como reconoció el Tribunal Supremo⁷²², de una norma dirigida indirectamente a atajar el absentismo laboral y su negativo impacto en los ámbitos

⁷²⁰ HESSELIUS, P.; JOHANSSON, P. y LARSSON, L.: Monitoring sickness insurance claimants: evidence from a social experiment, Uppsala, 2005, p. 12, sobre datos relativos a Suecia.

⁷²¹ “Uno. La ausencia al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal, por parte del personal al que se refiere el artículo 9 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, comportará, la aplicación del descuento en nómina previsto para la situación de incapacidad temporal, en los términos y condiciones que establezcan respecto a su personal cada una de las Administraciones Públicas.

Dos. De acuerdo con lo previsto en el apartado anterior, en el caso de la Administración del Estado, organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma y órganos constitucionales, el descuento a que se refiere el apartado anterior no se aplicará cuando el número de días de ausencia por enfermedad o accidente en el año natural no supere la cifra que se establezca por Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y con los requisitos y condiciones determinados en la misma.

Tres. Desde la entrada en vigor de este precepto, se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos o convenios para el personal de su ámbito de aplicación, que contengan cláusulas que se opongan a su contenido...”.

⁷²² STS 17/02/2017 (Rec. núm. 112/2016).

económico y social, capaz, dada su naturaleza imperativa, de dejar sin efecto los acuerdos convencionales anteriores que la contradijeran. Sin embargo, la norma en cuestión atribuía cierto margen a la Administración del Estado y a los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma para fijar un número determinado de días de indisposición dentro del año natural por los que no se produciría descuento salarial alguno. De este modo, tras el correspondiente desarrollo reglamentario de la citada previsión normativa, el resultado fue que los empleados públicos de la Administración General del Estado⁷²³ podían acabar disponiendo de hasta cuatro días de reposo por enfermedad plenamente retribuidos al año. No se preveía, en cambio, ningún tipo de excepción en los ámbitos autonómico o municipal, por lo que los trabajadores de dichas administraciones podrían cobrar, como máximo, un 50 % de su retribución habitual al incurrir en indisposiciones de hasta tres días, según lo establecido *“respecto a su personal en cada una de las Administraciones Públicas”*.

Como consecuencia, no en los demás, pero sí en el ámbito estatal, la eficacia de la Disposición Adicional 38 de la Ley 17/2012 fue poca, e incluso puede afirmarse que produjo efectos contrarios a los esperados. El artículo 9 Real Decreto-Ley 20/2012, al que aquella norma complementaba, era claro en el sentido de que la limitación que introducía a las mejoras voluntarias en el sector público podía conllevar su modificación o su supresión, pero nunca un reconocimiento de tales complementos donde antes no los hubiera⁷²⁴. Sin embargo, seguramente porque carecía de la claridad del artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012, la interpretación judicial de la Disposición Adicional 38 de la Ley 17/2012 discurrió por el camino de considerar que la limitación legal a la retribución de las indisposiciones, a la vista de su desarrollo reglamentario, implicaba el reconocimiento de los cuatro días de permiso retribuido, incluso *ex novo*. Es decir, también en ámbitos donde hasta ese momento no se habían admitido las indisposiciones.

La Audiencia Nacional, efectivamente, entendió que el desarrollo reglamentario de la Disposición Adicional 38 de la Ley 17/2012 permitía extender su aplicación supletoria a entidades como Renfe, donde hasta el momento no se contemplaba la figura de los reposos retribuidos⁷²⁵. En ese caso, los cuatro días de indisposición

⁷²³ Orden HAP/2802/2012 del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de 28 de diciembre, por la que se desarrolla para la Administración del Estado y los organismos y entidades de derecho público dependientes de la misma, lo previsto en la disposición adicional trigésima octava de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, en materia de ausencias por enfermedad o accidente que no den lugar a incapacidad temporal.

⁷²⁴ Como indica PÉREZ ALONSO, M. A.: Los complementos de incapacidad temporal en el sector público: El RDL 20/2012 y las normas de adaptación, Albacete, 2014, p. 46, el artículo 9 del Real Decreto-ley 20/2012 direccionaba a las administraciones al establecimiento de nuevos complementos retributivos que cumplieran los topes que fijaba. Si no se adoptaban acuerdos colectivos acordes a la ley, la consecuencia jurídica sería que los empleados no percibirían complemento alguno durante la incapacidad temporal.

⁷²⁵ SAN 12/09/2018 (Proced. núm. 158/2018).

retribuida previstos como tope máximo para los empleados de la Administración General del Estado se entendieron paradójicamente como *“un mínimo de derecho necesario”* aplicable *“en el caso de que no exista una regulación convencional que mejore dicha norma”*. En mi opinión, se trata de una exégesis no deseada por el legislador, que desatiende los antecedentes normativos y el contexto sistemático en el que se dictó la norma. Como la incapacidad temporal es la única causa legal de suspensión del contrato de trabajo relacionada con la salud, los reposos retribuidos solo pueden existir en un ámbito de aplicación si son el resultado de una mejora convencional o reglamentaria del régimen legal del tiempo de trabajo. Pero, en este caso, la regulación reglamentaria (que exceptuaba cuatro días de reposo anuales del descuento dispuesto en la ley) solo venía a restringir y no a extender la utilización de los reposos, por lo que, al no estar reconocida esta figura en el Convenio Colectivo de Renfe, la Orden gubernamental no debiera haberle sido de aplicación.

En segundo lugar, también en Renfe, tal extensión artificial del derecho a la enfermedad retribuida sin baja a una entidad en la que no estaba previamente pactada derivó en otra solución contraproducente sobre el adecuado modo de justificar formalmente la ausencia⁷²⁶. Ante una ausencia médica, la empresa exigía razonablemente la entrega de un parte en el que se prescribiera reposo al trabajador y rechazaba los volantes médicos genéricos. Se quería evitar así que los trabajadores se ausentaran durante un día completo para actuaciones asistenciales breves, no ligadas a la imposibilidad de trabajar, como *“ponerse una vacuna o solicitar una receta médica”*. Esta exigencia era coherente con la ya referida jurisprudencia sobre los justificantes de asistencia a una consulta médica, por la que este tipo de actuaciones solo dan derecho a ausentarse durante el tiempo imprescindible de coincidencia con la jornada laboral. Pese a ello, la Audiencia Nacional estableció, que *“no tratándose de supuestos de IT, ninguna exigencia al respecto puede hacerse, dado que la necesidad de acreditar la enfermedad se rige exclusivamente por las normas reguladoras de la jornada y el horario de aplicación en cada ámbito, que, en este caso, no está contenida en la normativa de aplicación al Grupo Renfe”*. De nuevo, se trata de una interpretación a mi juicio equivocada, por no tener en cuenta en ningún momento el contexto en que se dicta la norma y por ignorar la jurisprudencia consolidada que la precedía. Como es evidente, la razón por la que el convenio de Renfe no contemplaba la forma de justificar los reposos en sus *“normas reguladoras de la jornada y el horario”* era que no había reconocido nunca este tipo de permiso.

Hoy en día, la limitación legal básica de las mejoras voluntarias a la prestación por incapacidad temporal en el sector público ha sido eliminada, a través de la Disposición Adicional 54 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. En consecuencia, los empleadores públicos vuelven a abonar en la mayoría

⁷²⁶ SAN 9/09/2020 (Proced. núm. 43/2020).

de ocasiones el 100 % del salario durante el periodo de espera de tres días para el cobro de la prestación. Por tal motivo, la limitación de la retribución que se abone en el caso de las indisposiciones sin baja de la Disposición Adicional 38 de la Ley 17/2012 ya ha perdido su propósito principal. Si bien, a falta de una norma posterior que la derogue expresamente o la contradiga, considero que dicha limitación puede considerarse todavía vigente. Así, en aquellos (pocos) casos en los que la Administración no abone el 100 % del salario durante los primeros días de la incapacidad temporal, al menos, se evita incentivar económicamente las indisposiciones frente a las bajas médicas.

Por otra parte, aunque la mentada ley presupuestaria no se refiere al trato económico que daba darse a las indisposiciones, sí contiene, en su tercer punto, una alusión a la necesidad de regular la forma de justificarlas. Pese a no mencionarlas directamente con esta palabra, se refiere a las *“ausencias por causa de enfermedad”* separándolas de las incapacidades temporales y dispone al respecto que ha de exigirse la *“documentación acreditativa”* correspondiente desde el primer día. A la vista de tal redacción, se plantea una duda razonable sobre si se pretende prohibir la autocertificación de las indisposiciones en el sector público. Es decir, que valga con la mera manifestación del trabajador sobre su breve malestar para considerar justificada su ausencia. Cabría argüir que, al preocuparse expresamente por la forma de acreditación de la ausencia, el legislador podría estar rechazando la autocertificación como prueba válida de la dolencia. Pero no se dan argumentos más sólidos en este sentido y puede afirmarse que se ha perdido una valiosa oportunidad para establecer un criterio claro. Aun así, la confusa llamada a las Administraciones para regular esta cuestión ha surtido efecto, ya que, en varias Comunidades Autónomas, se ha suprimido la aceptación de declaraciones responsables. Incluso se ha ido más allá, prohibiéndose presentar un parte de reposo como alternativa al parte de baja por incapacidad temporal, salvo en supuestos excepcionales en los que puede servir para amparar un solo día de ausencia⁷²⁷.

3. La comunicación y justificación de la ausencia ante la empresa

La primera obligación que tiene que cumplir un trabajador a la hora de ausentarse de su puesto de trabajo, con independencia de su ulterior acreditación documental, es la de comunicar dicha circunstancia a su empleador. Ello es debido a que la suspensión del contrato de trabajo, además de la concurrencia del supuesto de hecho estipulado en la ley, requiere su notificación al empresario⁷²⁸. De no ser así, la empresa ignora que la

⁷²⁷ Vid., la Instrucción 1/2019 del Departamento de Políticas Digitales y Administración Pública de la Generalitat de Catalunya, de 29 de enero, sobre justificación de ausencias por motivos de salud y para asistencia a consulta médica del personal al servicio de la Administración de la Generalitat y la Instrucción 1/2020 de la Dirección General de Función Pública de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 17 de enero, sobre la justificación de ausencia por enfermedad común o accidente no laboral.

⁷²⁸ Vid., RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión...* cit., p. 109, indicando que *“El único efecto que puede considerarse “nuevo” o propio de la vicisitud suspensiva es el nacimiento de un deber del trabajador: el de informar o comunicar al empresario la circunstancia que motiva la suspensión”* o BERAUD: J.: *La suspensión du contrat de travail*, Paris, 1980, p. 163, defendiendo que forma parte del deber de lealtad

frustración de su expectativa a la asistencia regular del trabajador a su puesto de trabajo, fundada en los dos primeros apartados del artículo 20 ET, no es constitutiva de un incumplimiento contractual. Por lo tanto, no le será exigible que cumpla con el deber de reserva del puesto de trabajo, que es la principal consecuencia que para la empresa se deriva de la vicisitud suspensiva, porque sería jurídicamente intolerable que la misma se vea sometida a la incertidumbre de no poder resolver cabalmente tal incidente negocial, por ignorar su causa.

La segunda obligación que nace para el trabajador tras ser declarada su incapacidad temporal es entregar el parte de baja a la empresa y probar así el carácter justificado de su ausencia. Esta es una vía de control formal del absentismo por la que la legitimidad de la ausencia del trabajador adquiere credibilidad ante su organización, al constar su causa acreditada por un tercero dotado de la objetividad necesaria⁷²⁹. Con todo, ello no significa que tal obligación se conciba de modo estrictamente formalista. No se requiere la presencia física del trabajador en la empresa, por lo que los partes pueden ser entregados bien por familiares o allegados del trabajador, bien a través de medios que permitan su comunicación a distancia como el fax o el correo certificado⁷³⁰.

En más de una ocasión se ha entendido que la entrega del parte de baja a la empresa sirve para cumplir simultáneamente las anteriores obligaciones de avisar de la ausencia y documentar su carácter justificado⁷³¹. Sin embargo, la entrega tempestiva del parte de baja no es suficiente como forma de anuncio de la ausencia al empresario, porque no garantiza una capacidad de respuesta empresarial suficientemente rápida. La obligación del trabajador de entregar el parte de baja médica al empresario debe cumplirse, de acuerdo con el artículo 7.1 del Real Decreto 625/2014, en el plazo general de tres días a contar desde su emisión. Con todo, a las ausencias de duración estimada muy corta (inferiores a cinco días), en las que el facultativo dicta la baja y el alta médica en un mismo acto y documento, se les aplica una regla especial. Partiendo de que la fecha de la baja será la de la visita médica y que la del alta puede fijarse en los cuatro días siguientes, el artículo 10 de la Orden ESS/1187/2015 prevé que el trabajador presente a la empresa la copia del parte dentro de las veinticuatro horas siguientes a la fecha fijada para el alta. En este último caso, si el facultativo consigna como fecha de alta el tercer día natural siguiente a la baja, el trabajador entregará el documento de

del trabajador la obligación de informar al empleador de la suspensión accidental del contrato de trabajo y de su causa, siendo esta una condición especialmente determinante en el caso de la incapacidad temporal.

⁷²⁹ Vid., ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.: Instituciones de Seguridad Social... cit., p. 257.

⁷³⁰ LÓPEZ-TAMÉZ IGLESIAS, R.: Gestión y control... cit., p. 86.

⁷³¹ Por ejemplo, se afirma en la STSJ Castilla y León 22/12/2010 (Rec. núm. 1985/2010) que la obligación de entrega del parte de baja sirve para que la empresa pueda reorganizar el trabajo y realizar las oportunas previsiones sobre las obligaciones que ha de asumir. O, en el mismo sentido, en la STSJ Madrid 28/02/2002 (Rec. núm. 103/2002), se reprocha a un trabajador que había avisado de su enfermedad, pero no había entregado los partes médicos correspondientes, que siempre es necesaria su comunicación formal a la patronal, con tal finalidad.

baja/alta cuando se reincorpore al trabajo, al quinto día natural a contar desde su emisión. Así, paradójicamente, las ausencias más cortas son las que acaban teniendo una justificación documental más tardía.

Que la entrega del parte de baja pueda demorarse lícitamente hasta cuatro o cinco días no permite a la empresa reaccionar razonablemente ante la repentina ausencia del trabajador. De ahí que deba distinguirse claramente entre las obligaciones de comunicar y justificar la ausencia. En este sentido, existen ordenamientos de nuestro entorno donde ambas obligaciones se regulan de forma separada. Por ejemplo, en Dinamarca la ley obliga al trabajador a informar telefónicamente de su ausencia tan pronto como sea posible y, en todo caso, antes de que transcurran dos horas desde el inicio de su jornada laboral. En cambio, la acreditación documental de su estado de incapacidad puede postergarse hasta el segundo día de ausencia⁷³². En nuestro caso, entiendo que lo que sí es posible es afirmar que, en materia de incapacidad temporal, de la dinámica de la vicisitud suspensiva del contrato se deriva la obligación del trabajador de comunicar la incapacidad a la empresa, mientras que de su deber de buena fe contractual se deriva la exigencia de que dicho aviso se produzca con la máxima premura posible⁷³³.

La distinción entre ambas obligaciones afecta también al supuesto de hecho del reconocimiento médico empresarial del artículo 20.4 ET, que puede activarse en el momento en el que el trabajador avisa de su estado de salud. Si no hiciera falta comunicar la causa de la ausencia al empresario lo antes posible, el control médico empresarial de las ausencias muy cortas podría eludirse muy fácilmente⁷³⁴. Así, como el parte de baja/alta se entrega en el momento de la reincorporación, al haber finalizado la ausencia ya no sería posible verificar la situación de salud del trabajador. Es más, para que el empresario tenga la opción de ordenar en todo caso el reconocimiento del artículo 20.4 ET ha de considerarse que el trabajador tiene la obligación de comunicar enseguida su incapacidad temporal, incluso aunque esté de vacaciones. En principio, si el trabajador es dado de baja durante tal periodo de descanso, su incomparecencia al trabajo no resulta sorpresiva y, por lo tanto, no sería necesario que la empresa tenga conocimiento inmediato de su incapacidad para poder reorganizarse. Con todo, también en este caso ha de garantizarse que la empresa pueda controlar adecuadamente la

⁷³² Vid., arts. 35 y 36 Ley núm. 809 de 20 de junio de 2018 sobre la declaración de prestaciones por enfermedad (Bekendtgørelse af lov om sygedagpenge). Similarmente en países como Alemania o Suecia, la ley especifica que debe informarse al empresario sobre la ausencia inmediatamente o dentro de la primera jornada laboral de incapacidad, respectivamente.

⁷³³ Vid., RIVAS VALLEJO, P.: La suspensión... cit., p. 164 argumentando que la entrega del parte de baja funcionará como comunicación de la suspensión debida por el trabajador al empresario, pero que teniendo en cuenta que puede realizarse con varios días de retraso resulta conveniente un aviso anterior o VIDA SORIA, J.: La suspensión del contrato de trabajo por causas que afectan a la prestación del trabajador, Madrid, 1962, p. 122 exponiendo que, a falta de un plazo establecido por la Ley del Contrato de Trabajo, antiguamente el silencio lo cubrían las Reglamentaciones, que solían indicar acertadamente que el momento oportuno para dar la noticia eran los primeros momentos de ausencia.

⁷³⁴ En términos similares se ha expresado, respecto del art. 5 del *Statuto del Lavoratori*, la *Corte di Cassazione* italiana en su sentencia de 1/03/2004 (núm. 4163).

incapacidad temporal y ello requiere que tenga información inmediata sobre su situación⁷³⁵. La empresa tiene un interés directo en evitar los fraudes, también en periodo vacacional, porque sigue debiendo abonar parte de la prestación y porque deberá compensar posteriormente los días de descanso que no hayan podido disfrutarse por causa de la incapacidad temporal (art. 38.3 ET).

4. Consecuencias de la falta de comunicación y justificación de la ausencia. Y sobre la posibilidad de tramitar electrónicamente los partes de baja, sin la participación del trabajador.

En el plano de la Seguridad Social, las consecuencias que tiene para el trabajador el incumplimiento de su obligación de entregar el parte de baja a la empresa han sido definidas de forma taxativa y clara. Un trabajador que no entrega debidamente el parte de baja no cobrará la prestación que pudiera corresponderle, porque no se activa la obligación empresarial de iniciar el pago delegado. Con todo, una vez que se cumple con dicho requisito, aunque sea de forma tardía, el trabajador tiene derecho a la percepción íntegra del subsidio, según el Tribunal Supremo⁷³⁶, *“sin que la percepción de la prestación quede afectada por la presentación tardía del parte de baja”*. Dicho de otro modo, no se permite que la empresa sancione al trabajador con la retención de la parte de la prestación que le corresponde por los días que haya podido tardar en justificar su ausencia. Ello es debido a la aplicación del principio de automaticidad u oficialidad a este subsidio y a que la empresa es un sujeto obligado a colaborar en la gestión de la incapacidad temporal, pero sin capacidad de decisión sobre la misma.

En cambio, como se había advertido, en el plano contractual las consecuencias de la falta de comunicación y justificación de la ausencia son considerablemente más difusas y matizadas. La precisión de dichas consecuencias es especialmente compleja porque la primera obligación no se encuentra expresamente regulada en nuestra legislación, solamente es posible extraerla del deber de buena fe contractual a cargo del trabajador, y, aunque la segunda sí lo esté, no se especifican las derivadas contractuales de su incumplimiento. Por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia, que ha considerado una conducta más grave la falta de comunicación diligente de la ausencia por parte del trabajador, sin perjuicio de que esta suela conllevar, a su vez, su falta de justificación formal.

No alertar de la ausencia cuando va a producirse es una infracción del deber de buena fe contractual que puede sancionarse de forma más o menos grave, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Según el criterio de los tribunales, se produce un incumplimiento grave cuando se falta al trabajo *“sin*

⁷³⁵ Algunos convenios establecen específicamente dicha obligación Vid., art. 48 Convenio Colectivo Groundforce (6/02/2018) o art. 34 Convenio colectivo de Worldwide Flight Service, SA, Servicios Aeroportuarios de Carga (BOE 27/03/2018).

⁷³⁶ STS 20/09/1993 (Rec. núm. 648/1992).

*existencia, alegación y justificación de causa suficiente*⁷³⁷. En efecto, el deber de avisar al empresario de la ausencia y su causa médica es indispensable para que este pueda adoptar las medidas tendentes a suplir la ausencia del trabajador, por lo que, si dicho aviso no se produce, el perjuicio productivo⁷³⁸ que justifica el despido es evidente⁷³⁹. Además, cuando se da en la conducta del trabajador algún elemento adicional que permita deducir una voluntad extintiva de su contrato, puede tenerse por dimisionario y el despido será innecesario⁷⁴⁰. Por ejemplo, cabe entender que el trabajador ha abandonado su puesto cuando, además de no comunicar la causa de su imprevista ausencia, manifiesta el día anterior que no desea continuar en la empresa por motivos personales⁷⁴¹ o no contesta a los requerimientos de la empresa para explicarse o reincorporarse⁷⁴².

En cambio, se considera que el mero retraso en la entrega del parte de baja, habiendo existido aviso previo de la ausencia por parte del trabajador al empresario, no da lugar, por sí mismo, al incumplimiento contractual tipificado en el artículo 54.2.a ET consistente en incurrir en faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo⁷⁴³. Es decir, cuando un trabajador falta al trabajo por encontrarse realmente enfermo y la empresa tiene conocimiento de ello, no cabe amparar el despido en el incumplimiento meramente temporal de un trámite formal. La no remisión de los partes de baja y confirmación *“podrá estimarse incluso falta grave, al no tener acreditada la empresa la ausencia al trabajo que le fue notificada telegráficamente; pero, en modo alguno, cabe valorarla como ausencia injustificada al trabajo (quien está a las resultas de una intervención quirúrgica no deja de acudir libre y voluntariamente a su trabajo)”*⁷⁴⁴. En este sentido, la ausencia encuentra soporte material en el acto administrativo del parte de baja que, como tal, se presume válido y produce efectos desde su emisión, de acuerdo con el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPCAP). Por ende, la demora en cursar los partes médicos supone una infracción administrativa del trabajador, pero no enerva ni destruye el carácter justificado de una ausencia, que es *“una realidad constatada y hecha saber por quien tiene conocimientos profesionales y oportunidad de asistencia para conocerlos y comunicarlos”*⁷⁴⁵.

⁷³⁷ STS 10/02/1990.

⁷³⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 51.

⁷³⁹ STSJ Madrid 21/07/2003 (Rec. núm. 3140/2003) y STSJ Asturias 27/11/2009 (Rec. núm. 2522/2009).

⁷⁴⁰ STSJ Cataluña 3/11/2010 (Rec. núm. 3813/2010).

⁷⁴¹ STSJ Valencia 29/06/2000 (Rec. núm. 1211/2000).

⁷⁴² STSJ Cataluña 11/12/2018 (Rec. núm. 5760/2018).

⁷⁴³ ORTEGA LOZANO, P. G.: ‘Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo’, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 51, (2019), p. 10.

⁷⁴⁴ STS 8/10/1987. En el mismo sentido, se afirma en la STS 10/02/1990 que la falta de entrega del parte de baja *“no puede considerarse causa generadora del despido, puesto que hay una realidad -enfermedad- que impide la comparecencia al trabajo”*.

⁷⁴⁵ STS 20/10/1987.

A nivel casuístico, los tribunales son incluso más flexibles todavía con la obligación periódica de entregar los partes médicos de baja y confirmación de la incapacidad temporal, si su incumplimiento puede ser achacable al estado de salud del trabajador. Tal fue el caso, por ejemplo, de una trabajadora que desatendió de forma reiterada y prolongada sus obligaciones laborales a causa de unos padecimientos psíquicos que le privaban de sus capacidades intelectivas y volitivas⁷⁴⁶. Ahora bien, cuando no existe una causa razonable que lo justifique y al retraso en la entrega del parte de baja se le suman otros elementos, como su alargamiento en el tiempo, la reincidencia en la conducta o la frontal desatención de los requerimientos empresariales, se entra de lleno en el terreno de la gravedad y la culpabilidad de una conducta, calificable como indisciplina (art. 54.2.b), que permite adoptar un despido disciplinario⁷⁴⁷. Incluso se ha llegado a considerar que el trabajador abandona voluntariamente su puesto de trabajo cuando comunica que no puede trabajar por motivos de salud, pero se retrasa más de dos semanas⁷⁴⁸ o hasta un mes⁷⁴⁹ en la entrega del parte médico de baja, sin motivo aparente.

La permisividad con la que se enjuicia la falta de entrega del parte de baja se acentúa, además, cuando existen indicios de que su sanción puede resultar en la vulneración de un derecho fundamental. Así, en su Sentencia de 23 de julio de 1996⁷⁵⁰, el Tribunal Constitucional resuelve un recurso de amparo interpuesto por una trabajadora embarazada que había dejado de acudir a trabajar siguiendo la recomendación del ginecólogo de una clínica privada. A juicio del Tribunal, el despido disciplinario de la trabajadora por la falta de presentación de los correspondientes partes médicos no resultaba una medida razonable y proporcionada desde un punto de vista constitucional. Teniendo en cuenta que la empresa era conocedora de su situación de indisponibilidad médica, se considera que, aunque la entrega del parte de baja era una exigencia legítima de la organización productiva, su incumplimiento no fue suficientemente grave como para enervar la prohibición de despedir por razón de embarazo. Ante tal situación, el Tribunal sugiere que la empresa hubiera podido optar por una medida de control del absentismo menos gravosa que el despido, como es el reconocimiento médico del artículo 20.4 ET.

A la vista de la relativa inseguridad apriorística que existe sobre la valoración judicial que pueda hacerse en cada caso concreto del incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones de avisar de la baja y de justificarla, conviene reparar en la capacidad del convenio colectivo para diseñar un catálogo cabal de pautas de actuación que deba seguir el trabajador. Es conveniente concretar en el convenio

⁷⁴⁶ STSJ Islas Canarias 13/08/2015 (Rec. núm. 325/2015).

⁷⁴⁷ STS 16/12/1987 y STS 10/02/1990.

⁷⁴⁸ STSJ Madrid 28/02/2002 (Rec. 103/2002).

⁷⁴⁹ STS Madrid 24/10/2000 (Rec. 4099/2000).

⁷⁵⁰ Rec. núm. 1793/1994.

colectivo cómo y cuándo debe producirse la comunicación de la ausencia, para que la empresa pueda establecer formas ágiles de respuesta ante la misma. Además, dichas pautas servirán de referencia a la hora de valorar la gravedad del incumplimiento por parte del trabajador, si este llega a producirse⁷⁵¹. En su defecto, es recomendable para la empresa establecer, en virtud de su poder de dirección, un procedimiento a seguir en caso de incapacidad temporal, del que se informe debidamente a los trabajadores⁷⁵².

Asimismo, cabe también especificar las consecuencias laborales que puedan derivarse del retraso en la entrega de los partes médicos de baja y confirmación. Las obligaciones relativas a la dimensión de gestión prestacional de la incapacidad temporal no pueden ser objeto de negociación, pero sí es posible incidir en las derivadas contractuales de su incumplimiento mediante su desarrollo convencional. Esta posibilidad se ha sustanciado en la práctica de diversas formas. De un lado, se hace depender el pago de la mejora voluntaria de la prestación por incapacidad temporal de la presentación tempestiva de tales documentos médicos⁷⁵³. Como se ha señalado, existe plena libertad para condicionar el nacimiento o la continuidad del derecho a la protección social complementaria al cumplimiento de los requisitos que se consideren oportunos. De otro, se concretan, conforme al artículo 58.1 ET, los efectos disciplinarios que puede tener el incumplimiento de dicha obligación formal a través de la graduación de faltas laborales y sanciones empresariales, facilitando el eventual enjuiciamiento de supuestos concretos⁷⁵⁴. La tendencia general a este respecto es su configuración como falta leve⁷⁵⁵, que pasa a ser grave en caso de que el retraso se acabe alargando considerablemente⁷⁵⁶.

Al hilo de las controversias jurídicas anteriores, nuestra doctrina científica plantea que la obligación del trabajador de transmitir a la empresa los partes por incapacidad temporal constituye una carga superflua⁷⁵⁷, porque esta actuación resulta más propia de otros sujetos intervinientes en la gestión de la incapacidad temporal. En concreto, la propia entidad gestora podría notificar al empresario la situación prestacional del trabajador por los mismos medios electrónicos ya establecidos para la comunicación de otros aspectos relacionados con la incapacidad temporal. Puesto que el servicio público de salud o la mutua remiten electrónicamente los partes de baja al INSS, sería preferible

⁷⁵¹ Vid., la STSJ Cataluña 21/07/2005 (Rec. núm. 3546/2005) considerando como infracción laboral el incumplimiento por parte de un trabajador de la obligación convencional de avisar telefónicamente a la empresa en las primeras horas de ausencia, sin perjuicio del envío posterior del parte de baja.

⁷⁵² 'Plan de Actuación frente al Absentismo' de la Mutua Universal, ejemplar fotocopiado, p. 5.

⁷⁵³ Vid., art. 25.3 Convenio Colectivo del Grupo Acrismatic (BOE 29/03/2019).

⁷⁵⁴ Vid., por ejemplo, STSJ Asturias 27/11/2009 (Rec. núm. 2522/2009) o la STSJ Cataluña 8/02/2019 (Rec. núm. 6112/2018).

⁷⁵⁵ Entre otros muchos, Vid., art. 33 Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, SA, y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (BOE 4/02/2019) o art. 41 Convenio Colectivo de General Óptica, SA (BOE 15/01/2019).

⁷⁵⁶ Vid., art. 101 Convenio Colectivo Grupo EDP España (BOE 8/03/2019).

⁷⁵⁷ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 172 o JOVER RAMÍREZ, C.: La incapacidad temporal para el trabajo: Aspectos laborales y de Seguridad Social, Valencia, 2005, p. 364.

que la empresa tuviera acceso directo a los mismos también por vía digital, sin involucrar al trabajador. Repárese en que la entrega de los partes médicos por parte del trabajador a la empresa es el único trámite de la gestión de este tipo de documentos que todavía no se realiza a través de internet. Ello permitiría, a su vez, que el empresario tuviera noticia del estado administrativo del trabajador con mayor rapidez, sin tener que permanecer en la espera que sufre hoy en día durante los tres días de los que dispone el trabajador para el envío de los documentos.

A mi modo de ver, para llevar a cabo la eventual reforma reglamentaria que requeriría la propuesta anterior podría resultar de ayuda dirigir la mirada hacia el modelo italiano⁷⁵⁸. En dicho sistema, muy similar al nuestro en ciertos aspectos de la gestión de la incapacidad temporal, se prescinde de la figura del trabajador como correa de transmisión de documentación médica. En su lugar, se permite al empresario consultar y descargar los partes médicos través de internet, accediendo por medio de un código PIN al portal del *Instituto Nazionale de Previdenza Sociale* (equivalente al INSS). Ello es posible porque el médico que prescribe la baja completa un formulario online a través del que se incorpora la información correspondiente a la base de datos digital de la entidad gestora. Por un lado, dicho sistema es beneficioso para el empresario desde un punto de vista organizativo puesto que facilita, por ejemplo, obtener en cualquier momento listas automáticamente actualizadas de todos los trabajadores de la empresa que se encuentran en incapacidad temporal. Por otro lado, no implica sacrificio alguno del derecho a la privacidad del trabajador, pues de la información que se pone a disposición del empresario se excluye el diagnóstico médico.

Para la adopción de un sistema análogo en nuestro país bastaría con la adaptación del sistema RED –el sistema informático a través del cual la empresa tramita electrónicamente los partes de baja que le entrega el trabajador-, que hoy en día funciona de modo unidireccional, para que permitiera un intercambio bilateral de información⁷⁵⁹. De este modo, el empresario tendría un adecuado control formal de las incapacidades y podría cumplimentar igualmente, como ya hace, los datos de cotización relativos al trabajador, después de recibir una notificación electrónica que le comunicara cada baja. Ello dotaría a la gestión empresarial de la incapacidad temporal de mayor agilidad, evitaría cualquier tipo de falsificación o manipulación de los partes médicos e impediría también el surgimiento de discrepancias en torno a la actual obligación del trabajador de entregar dichos documentos a la empresa, que dejaría de existir. Además, se solucionarían igualmente otros problemas de análoga naturaleza que se tratarán más adelante, como las consecuencias de la falta de entrega de los partes de confirmación o los partes de alta, que puede resultar especialmente problemática en empresas que no estén asociadas a una mutua. En cuanto a la fundamentación legal de la reforma

⁷⁵⁸ Dicha reforma fue implantada a través de la *Comma 149 dell'art. 1 della legge n. 311/2004 finanziaria per il 2005* que ha sido posteriormente desarrollada por múltiples disposiciones reglamentarias.

⁷⁵⁹ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 50.

reglamentaria, cabe señalar que las transmisiones telemáticas de datos personales entre empresarios y entidades gestoras de la Seguridad Social que puedan garantizar “*un procedimiento de comunicación ágil en el reconocimiento y control de las prestaciones*” ya están expresamente autorizadas por el artículo 72.1.c LGSS.

III. SEGUIMIENTO Y CONTROL DEL PROCESO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Una vez declarada la baja del trabajador, la continuidad en el tiempo de la incapacidad temporal depende de la permanencia de sus premisas fácticas y de su correspondiente comprobación técnica, que, por la variabilidad temporal de su estado de salud, debe realizarse periódicamente. Por lo tanto, en el seguimiento de la incapacidad temporal se prevén una serie de formalidades para el control ordinario de la incapacidad temporal, que se aplican a la generalidad de los casos y varían en función de su duración. Además, al seguimiento ordinario se le suman otros mecanismos de control adicional, o extraordinario⁷⁶⁰, que también se dirigen a verificar la concurrencia del supuesto de hecho de la incapacidad temporal, aunque no se aplican por defecto a todos los procesos⁷⁶¹. Estos controles extraordinarios son el resultado de una decisión concreta del órgano con facultades fiscalizadoras, que se toma “*sin perjuicio de las competencias que corresponden a los servicios públicos de salud en materia sanitaria*”⁷⁶². Dicha decisión es discrecional, pero no aleatoria, como ocurre en otros países de nuestro entorno⁷⁶³. Al revés, la decisión de inspeccionar un proceso suele basarse en determinados indicios que, deducidos de la información de la que dispone el INSS o la mutua, apuntan hacia algún tipo de anomalía en el transcurso del proceso de incapacidad temporal.

1. El control ordinario de la incapacidad temporal durante su periodo ordinario

En principio⁷⁶⁴, el órgano competente para proporcionar la asistencia sanitaria que requiere el trabajador es el mismo que realiza el seguimiento del proceso. Por ende, la competencia la retienen los servicios de salud o las mutuas, según el origen de la contingencia causante del proceso de incapacidad temporal y la opción de

⁷⁶⁰ La denominación es de ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites...* cit., p. 54 y ss.

⁷⁶¹ Téngase en cuenta que la adjetivación de estas medidas de control como de carácter extraordinario no supone, en ningún caso, que requieran una justificación constitucional de idoneidad equiparable a la que se predica de las facultades de control empresarial del absentismo amparadas en el artículo 20.3 ET, en el sentido de que deba concurrir algún tipo de sospecha sobre la realidad de la enfermedad del trabajador.

⁷⁶² Art. 8.1 del Real Decreto 625/2014.

⁷⁶³ OECD: *Sickness, disability...* cit., p. 141.

⁷⁶⁴ El mantenimiento de la competencia inicial sobre el proceso debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que este pueda variar eventualmente, pasando del servicio público de salud a la mutua, al cursarse con éxito un procedimiento para la determinación de la contingencia causante ante el INSS de acuerdo con el art. 6 Real Decreto 1430/2009. También puede darse el caso de que el trabajador sea atendido por diferentes médicos, sobre todo si el facultativo de atención primaria considera que es necesaria su derivación a un especialista, o de que pase a recibir asistencia sanitaria de un servicio público de salud distinto conforme al art. 4.3 de la Orden ESS/1187/2015.

aseguramiento del empresario. Si bien, para el caso de la sanidad pública, en el seguimiento de los procesos también se prevé la intervención ordinaria, de forma paralela y complementaria, de la Inspección de Servicios Sanitarios, que, formando parte del mismo organigrama administrativo, se sitúa en un escalafón jerárquico superior al de los médicos de familia o especialistas.

3.1. El seguimiento de la incapacidad por parte de la sanidad pública o las mutuas

El seguimiento del proceso se documenta a través de los partes médicos de confirmación de la baja, que se emiten en revisiones médicas obligatorias, por lo que, si el trabajador falta a la cita prevista, se podrá emitir el alta médica por incomparecencia⁷⁶⁵. Igual que los partes de baja, desde el punto de vista empresarial, los partes de confirmación cumplen una función de control formal de la ausencia, por lo que el trabajador debe entregarlos en el plazo de tres días desde su expedición. Su recepción sirve para constatar la continuidad de la incapacidad temporal en el tiempo, el mantenimiento de la suspensión contractual y, por tanto, el carácter justificado de las ausencias. Con todo, a juicio de la mayoría de los tribunales, el incumplimiento de esta obligación reviste una gravedad aún menor que la falta de entrega del parte de baja, que generalmente no permite el despido⁷⁶⁶. La razón es que, con la acreditación del nacimiento de la incapacidad temporal, el empresario ya ha constatado que la ausencia es, en principio, legítima y ha tenido la oportunidad de adoptar las medidas organizativas y de control oportunas para afrontarla. Además, la empresa cuenta generalmente con la ventaja de que, cuando se produce el alta médica, la mutua le comunica su causa y la fecha de efectos⁷⁶⁷. Por lo tanto, una vez que ha recibido el parte de baja, salvo error y hasta ese momento, puede dar por sentado el mantenimiento de la incapacidad temporal, aunque no se le libren los partes de confirmación.

Con anterioridad, todos los procesos de incapacidad temporal, independientemente de su naturaleza o gravedad, debían ser confirmados semanalmente⁷⁶⁸. Este requisito carecía de sentido, desde un punto de vista del control del fraude, en el caso de muchos procesos graves cuya concurrencia y permanencia estuviera fuera de toda duda, como, por ejemplo, un cáncer avanzado. Además, los

⁷⁶⁵ Art. 4.2 Orden ESS/1187/2015.

⁷⁶⁶ STSJ Castilla y León (Valladolid) 22/12/2010 (Rec. núm. 1985/2010) o STSJ Asturias 23/01/2018 (Rec. núm. 2765/2017). Vid., en contra, STSJ Valencia 31/07/1995 (Rec. núm. 2162/1994) considerando procedente el despido de un trabajador que se retrasó una decena de días en la entrega del parte médico de confirmación sin acreditar la imposibilidad objetiva de efectuar tal comunicación o, más recientemente o la STSJ La Rioja 22/04/2021 (Rec. núm. 50/2021) validando el despido de un trabajador que, padeciendo una enfermedad grave, dejó de aportar los correspondientes partes de confirmación quincenales durante un periodo de dos meses.

⁷⁶⁷ Art. 5.1 Real Decreto 625/2014.

⁷⁶⁸ Vid., art. 1.2 Real Decreto 575/1997 estableciendo que los partes de confirmación debían extenderse cada 7 días naturales, con la excepción del primer parte de confirmación de procesos debidos a contingencias comunes, que debía firmarse al cuarto día de la baja.

atareados servicios de atención primaria se veían obligados a realizar visitas superfluas desde un punto de vista asistencial, que percibían como el resultado de una tendencia burocratizadora⁷⁶⁹. Con la aprobación del Real Decreto 625/2014 se corrige este defecto y se establece una cuádruple clasificación de las bajas laborales para ordenar su seguimiento en función de su duración estimada: muy cortas, cortas, medias y largas⁷⁷⁰. Esta distinción permite racionalizar y adaptar la intensidad del seguimiento que se aplica a cada proceso de incapacidad temporal, espaciando más o menos en el tiempo la obligatoriedad de las visitas médicas, según la mayor o menor gravedad de su causa patológica. El cambio había sido largamente reivindicado desde instancias médicas⁷⁷¹ y ha sido señalado por algún autor⁷⁷² como el más destacado y positivo de los operados por el Real Decreto 625/2014.

En la actualidad, es el criterio médico el que determina el momento en que se considera necesario realizar la revisión que deba preceder la emisión de los partes de confirmación, siempre dentro de unos máximos legales fijados para cada tipo de proceso⁷⁷³. Como ya se había introducido, en el caso de los procesos de duración prevista muy corta no se produce confirmación alguna. El facultativo médico debe expedir los partes de baja y alta en un mismo acto⁷⁷⁴, fijando el día del alta en el momento previsto para la recuperación del trabajador (de uno a cuatro días), de forma que se evita una nueva visita, innecesaria, con el único propósito de declarar el fin de un proceso de escasa entidad patológica. En los procesos de duración corta (de cinco a treinta días) el primer parte de confirmación se expide, como máximo, a los siete días de baja y los posteriores cada catorce días. En los procesos de duración media (de treinta y uno a sesenta días) la primera confirmación se expide también, como máximo, a los siete días y las demás a los catorce días. En los procesos de duración estimada larga (de sesenta y uno o más días) el primer parte se expide, como máximo, a los catorce días y el resto cada treinta y cinco días⁷⁷⁵.

Tanto el tipo de proceso de incapacidad temporal según su duración estimada, como la fecha prevista de la próxima revisión constan en los partes de baja y de confirmación. Y aunque no sea esta su finalidad directa, la disponibilidad de tal información puede facilitar la gestión empresarial del absentismo, ya que las medidas organizativas a tomar para suplir la ausencia de un trabajador son muy diferentes en el

⁷⁶⁹ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 155.

⁷⁷⁰ Aunque estas denominaciones no aparecen en el Real Decreto, pueden encontrarse recogidas en el art. 2.2 Orden ESS/1187/2015.

⁷⁷¹ Vid., GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A.; PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad... cit., p. 38, quienes pedían limitar la emisión de los partes de confirmación a aquellos que obedecieran a la lógica clínica y admitieran, por tanto, una periodicidad variable.

⁷⁷² FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: 'Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio', Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 168, (2014), p. 5 de la versión digital.

⁷⁷³ Art. 2.3 Real Decreto 625/2014.

⁷⁷⁴ Art. 2.3.a Real Decreto 625/2014.

⁷⁷⁵ Arts. 1 y 4 de la Orden ESS/1187/2015.

caso de los procesos de corta y de muy larga duración. Con todo, a la clasificación del proceso en función de su duración prevista no se le debe otorgar un nivel de relevancia que vaya más allá de lo puramente orientativo, porque puede ir variando a lo largo del proceso, en función de su evolución. Así, por ejemplo, el trabajador en un proceso de incapacidad temporal de muy corta duración puede solicitar un reconocimiento médico el día que se hubiera fijado para el alta, de modo que, si no ha recuperado su capacidad, el facultativo le expedirá un parte de confirmación. O, igualmente, en las sucesivas revisiones pueden producirse correcciones en el diagnóstico inicial que vayan variando la duración estimada del proceso⁷⁷⁶.

Si ya se habían señalado las dificultades que existen a la hora de determinar objetivamente la incapacidad de un trabajador (especialmente en el caso de los servicios de atención primaria), la tarea de estimar su duración no es menos compleja. Por ello, se han proporcionado a los médicos herramientas de respaldo técnico elaboradas por expertos, resultado del análisis empírico de amplias bases de datos médicos. Entre las mismas destacan la 'Guía de valoración de incapacidad temporal para médicos de atención primaria'⁷⁷⁷ y el 'Manual de tiempos óptimos de incapacidad temporal' elaborado por el INSS⁷⁷⁸. Este último se caracteriza por la estipulación de los tiempos estándares de duración por patologías que permiten su aplicación personalizada y precisa mediante el uso de cuatro variables diferentes: sexo, edad, ocupación y diagnóstico secundario o comorbilidad. Estos instrumentos sirven de respaldo a las decisiones técnicas de los facultativos sin generarles un gravamen adicional, puesto que se aplican de forma automática a través de programas informáticos.

Además de facilitar en un primer momento la estimación de la posible duración de la contingencia, dichas herramientas orientan también el seguimiento médico de la incapacidad temporal, proporcionando una referencia del momento en el que cabe esperar que el trabajador recupere su capacidad laboral. Los protocolos de temporalidad no resultan vinculantes para los facultativos médicos, en el sentido de que el trascurso del periodo en los mismos señalado no determina necesariamente la finalización de la incapacidad temporal. Ello es debido a que, al margen de un eventual alargamiento fraudulento de la incapacidad por parte del trabajador, son muchos los factores que pueden provocar que un proceso sobrepase su tiempo óptimo de recuperación⁷⁷⁹. Pero, si así ocurre, ello merece despertar un interés especial del facultativo médico que le lleve a analizar con mayor detenimiento cuál puede ser la

⁷⁷⁶ Art. 2.4 Real Decreto 625/2014.

⁷⁷⁷ TERRADILLAS GARCÍA, M^a. J. (Dir.): Guía de Valoración de Incapacidad Laboral para Médicos de Atención Primaria, Madrid, 2015, *passim*.

⁷⁷⁸ SÁNCHEZ GALÁN, L. y CARBAJO SOTILLO, M. D. (Dirs.): Manual de tiempos... cit., *passim*.

⁷⁷⁹ LÓPEZ-TÁMEZ IGLESIAS, R.: Gestión y control... cit., p. 32, cita a este respecto las complicaciones clínicas del propio proceso, la insuficiente respuesta a las alternativas terapéuticas o los requerimientos mismos del puesto de trabajo.

causa de dicha desviación⁷⁸⁰. Por eso, se verá que los Manuales de tiempos óptimos sirven también de guía a la hora de orientar la actuación estratégica de los órganos de control adicional de la incapacidad temporal, dirigiendo su actuación hacia aquellos procesos que, por desviarse de la normalidad, son, en principio, más merecedores de una comprobación⁷⁸¹.

En el caso de los procesos cuya competencia corresponde al servicio público de salud, cualquiera que sea su causa, el seguimiento de la incapacidad se acompaña, asimismo, de la emisión periódica de informes médicos complementarios (art. 4 Real Decreto 625/2014). Estos informes son documentos que se acompañan al segundo parte de confirmación de los procesos de duración estimada superior a treinta días o, en su caso, el primer parte de confirmación que se dicte una vez sobrepasado dicho periodo en los procesos cuya duración se había previsto menor. Tales dictámenes los expide el mismo facultativo y recogen *“las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, las pruebas médicas en su caso realizadas, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado”*. Posteriormente, su contenido es actualizado con cada dos partes de confirmación. Su función es la de justificar un análisis detallado de la alteración de la salud del trabajador que facilite, a su vez, su mejor seguimiento y control por parte del resto de órganos competentes para su inspección⁷⁸².

3.2. La inspección de servicios sanitarios

La Inspección de Servicios Sanitarios⁷⁸³ es un órgano integrado en los servicios públicos de salud y, por tanto, hoy en día depende de las administraciones autonómicas. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de que conforme al artículo 79 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la Alta Inspección Sanitaria del Estado, pueda realizar, entre otras, funciones de *“seguimiento, desde los ámbitos sanitarios, de la lucha contra el fraude en el Sistema Nacional de Salud, en materia de la incapacidad temporal”*. Por ello, en la intrincada regulación de su

⁷⁸⁰ Vid., VICENTE PARDO, J. M.: ‘La gestión de la incapacidad... cit., p. 136, indicando que las tablas de tiempos óptimos no cumplen tanto la función de detectar que una baja está *“pasada de tiempo”* como la de alertar de que en dicho proceso influyen factores inusuales que están repercutiendo en su mayor duración.

⁷⁸¹ Vid., SÁNCHEZ GALÁN, L. y CARBAJO SOTILLO, M. D. (Dirs.): Manual de tiempos óptimos...cit., p. 36.

⁷⁸² MUÑOZ MOLINA, J.: La incapacidad temporal... cit., p. 241.

⁷⁸³ Se trata de un órgano que ha recibido y recibe diferentes denominaciones en los distintos instrumentos normativos que lo regulan o lo han regulado, cosa que podría llevar a equívocos. Así, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud los denomina Servicios de Inspección del Sistema Nacional de Salud; la Orden de 21 marzo de 1974 lo llama Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social y la LGSS se refiere al mismo como Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud o simplemente Inspección Médica. No debe confundirse con otros órganos de denominaciones similares como la Inspección Médica del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Alta Inspección del Sistema Nacional de Salud, regulada por la citada Ley 16/2003 con funciones de coordinación y supervisión general de los órganos de inspección autonómicos, o incluso la extinta Inspección Médica de Trabajo, un órgano técnico con competencias en materia de prevención de riesgos laborales creado por el Decreto de 23 de agosto de 1934 en el seno de la propia Inspección de Trabajo.

actividad se entremezcla principalmente la normativa en materia de Seguridad Social, que le otorga importantes funciones de control de la incapacidad temporal, con los respectivos reglamentos de ordenación aprobados en la mayoría de Comunidades Autónomas. Además, en los convenios de cooperación y coordinación que se suscriben entre el INSS y las Comunidades Autónomas para el control de la incapacidad temporal, de conformidad con el artículo 10 del Real Decreto 625/2014, suelen atribuírsele funciones específicas de fiscalización y fijarse los objetivos de su actuación.

El instrumento a través del que se sustancia el seguimiento de los procesos de incapacidad temporal por parte de la Inspección Médica son los informes de control del artículo 4.2 del Real Decreto 625/2014. En estos documentos, que se expiden cada tres meses, se detallan las razones que, a criterio del médico, justifican la necesidad de mantener el proceso de incapacidad temporal⁷⁸⁴. Con anterioridad al Real Decreto 625/2014, la redacción de los informes de control era competencia exclusiva de la Inspección. Si bien, hoy en día pueden realizarse también por el médico de atención primaria, bajo la supervisión de un médico inspector. Ciertamente, que el sujeto que emite los informes de control pueda ser el mismo que emite los ya referidos informes complementarios, puede concebirse como una duplicidad burocrática, considerando también que su contenido no dista mucho. Por ello, parece que hubiera sido más razonable mantener la competencia exclusiva de la Inspección⁷⁸⁵. Además, si se les suma a ambos tipos de informes la emisión de los informes adicionales pactados en los convenios de colaboración suscritos entre el INSS y las Comunidades Autónomas, se vuelve a incrementar la carga de trabajo documental del personal responsable de los procesos de incapacidad⁷⁸⁶.

En mi opinión, sería conveniente optimizar la emisión de los informes, tanto complementarios como de control, para evitar que la carga de trabajo documental del personal médico resulte excesiva y eludir así el riesgo de que se realicen sin la atención que requieren. Para ello, podría eliminarse su obligatoriedad general y centrarla sobre los procesos de más dudosa legalidad⁷⁸⁷. En primer lugar, convendría reforzar el seguimiento de aquellos procesos cuya gestión económica no corresponde a las mutuas sino al INSS, porque es previsible que estos sean sometidos a menores controles, por la carga de trabajo de la inspección de la entidad gestora. En segundo lugar, podría centrarse la atención en el seguimiento de aquellos procesos cuya duración superase los tiempos de duración óptima, cosa que evitaría tener que dedicar tiempo a la

⁷⁸⁴ Art. 4.2 Real Decreto 625/2014.

⁷⁸⁵ Vid., en el mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: 'Gestión y control... cit.', p. 10, indicando que pese a la buena intención dirigida a garantizar el control de la incapacidad temporal, la frecuencia con la que debe emitirse el informe puede llevar, en la práctica, a su trivialización.

⁷⁸⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites... cit., p. 28.

⁷⁸⁷ Como indican GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A.; PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad laboral... p. 42, es necesario el fortalecimiento de la colaboración entre los médicos de atención primaria y los inspectores en relación con los procesos graves susceptibles de devenir en incapacidad permanente y procesos afectados por sospecha de fraude.

comprobación de incapacidades que entran dentro de la normalidad. Parece que esta opción resultaría sencilla, en la medida en la que ya existen sistemas informáticos que seleccionan automáticamente los procesos que presentan alguna anomalía para la supervisión del facultativo médico y la Inspección del servicio público de salud⁷⁸⁸.

Si en el curso de la elaboración de los informes, o en otro momento, la Inspección Sanitaria considera que la incapacidad temporal es improcedente, puede emitir el alta⁷⁸⁹, por encima del criterio del médico directamente responsable de su seguimiento. Para llegar a dicha conclusión, los inspectores pueden acceder directamente a toda la información clínica obrante en el sistema público de salud⁷⁹⁰ y de Seguridad Social⁷⁹¹, proponer la realización de pruebas médicas o reconocer personalmente al trabajador. Asimismo, como se verá, la decisión de emitir el alta puede derivarse de una propuesta formulada por una mutua en relación con un proceso derivado de contingencias comunes que esté sujeto a su gestión económica. E, igualmente, como ya se tratará al estudiar los posibles resultados del ejercicio de la facultad de control empresarial del artículo 20.4 ET, la Inspección de los Servicios Sanitarios puede actuar también a petición de una empresa en relación con un trabajador de su plantilla.

El alta médica emitida por la Inspección Médica está sometida a un régimen jurídico especial, destinado a proteger su efectividad, ante la posibilidad de que sea inmediatamente desactivada por una nueva baja dispensada por otros médicos del servicio público de salud. Es decir, no se permite que un trabajador pueda poner en cuestión la autoridad de la Inspección recurriendo a su médico de referencia y solicitándole que declare un nuevo proceso de incapacidad temporal, una vez que la Inspección le ha considerado capaz de trabajar. Así se recoge en el artículo 2 de la Orden de 21 de marzo de 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios de Seguridad Social en materia de altas médicas. Dicho precepto dispone que corresponderá a la Inspección declarar la baja médica de los trabajadores que hayan sido dados de alta por la misma, durante el periodo que esta determine, que no podrá ser inferior a seis meses. Por tanto, de su literalidad se deduce que la Inspección Médica retendría por ese periodo la competencia exclusiva para conceder una nueva baja a un trabajador al que haya dado de alta, cualquiera que sea su causa.

Este mecanismo fue importado posteriormente a las altas médicas emitidas por el INSS que, como se verá, resguardan, de forma muy similar, las decisiones extintivas de la entidad gestora. No obstante, en el caso del INSS, la retención de la competencia para emitir nuevas bajas se estableció con carácter más restringido, limitándose únicamente

⁷⁸⁸ Vid., VÁZQUEZ MOURELLE, R. y PIÑEIRO ABELEDOS, M.: 'La gestión electrónica... cit., p. 31, sobre el programa informático utilizado por el servicio gallego de salud.

⁷⁸⁹ Art. 5 Real Decreto 625/2014 y art. 7 Orden ESS/1187/2015.

⁷⁹⁰ Art. 16.5 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷⁹¹ Art. 71.3 LGSS.

a las recaídas⁷⁹². Esto es, solo se exige que la nueva baja sea declarada por el INSS en el caso de que obedezca al mismo proceso patológico por el que se produjo el alta, pero se permite que el trabajador siga obteniendo bajas de su médico de familia por causas clínicas distintas. Pues bien, a raíz de esta regulación de las altas del INSS, el Tribunal Supremo⁷⁹³ ha reinterpretado el sentido original de la Orden de 1974, determinando que debe aplicarse la misma regla a la Inspección Médica del Sistema Público de Salud. Para ello se apoya en la necesidad de dar coherencia interna al sistema y de interpretar la Orden de 1974 conforme a su contexto histórico. Por esta razón, se consideran válidas las nuevas bajas emitidas por los médicos de los servicios de salud antes de que pasen los seis meses desde el alta de la Inspección Médica, mientras traigan causa de dolencias distintas de las que dieron lugar al proceso de referencia.

2. El control adicional de la incapacidad temporal

Los servicios públicos de salud están afectados por distintas circunstancias que pueden dificultar una aplicación de la incapacidad temporal que se limite a lo estrictamente necesario. Así, pese a que se les imponen obligaciones formales de seguimiento de los procesos pensadas para que ejerzan un control intenso y continuo, su carga de trabajo asistencial o su escasa información sobre el entorno laboral del trabajador son factores que obstaculizan esta labor. Además, los médicos e inspectores de los servicios públicos de salud tienen una relación cercana con sus pacientes, pero una relación mucho más abstracta o indirecta con los costes económicos de la incapacidad temporal. Es decir, las autoridades autonómicas no tienen un interés económico directo en la adecuada utilización de los recursos públicos dedicados al abono del subsidio, por el hecho de que provienen de los presupuestos estatales. Ante tal situación, la estrategia principal del Estado a la hora de mejorar el control de las incapacidades ha sido la transferencia de prerrogativas de fiscalización de los servicios públicos de salud a las mutuas y al INSS. Se entiende que las entidades gestoras y colaboradoras están más interesadas y mejor predispuestas a contener el gasto público en esta prestación de Seguridad Social y, por lo tanto, se les van concediendo facultades adicionales de control⁷⁹⁴, superpuestas a las de los servicios públicos.

La revisión por otros órganos de la valoración inicial de los médicos de atención primaria permite compensar algunos de sus inconvenientes principales⁷⁹⁵, como el carácter unipersonal de la decisión o la urgencia con la que esta debe tomarse en el transcurso de una breve visita ambulatoria. Precisamente por la descripción que se ha

⁷⁹² Art. 170.1 LGSS, segundo párrafo.

⁷⁹³ STS 30/01/2012 (Rec. núm. 111/2011), STS 7/02/2012 (Rec. núm. 1456/2011) y STS 15/10/2013 (Rec. núm. 3162/2012).

⁷⁹⁴ Vid., DESDENTADO BONETE, A.: 'Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal', Actualidad laboral, núm. 6, (2008), p. 20 de la versión digital.

⁷⁹⁵ MARTIN-FUMADÓ, C.; MARTÍ AMENGUAL, A.; PUIG BAUSILI, L. y ARIMANY MANSO, J.: 'La incapacidad temporal... cit., p. 40.

hecho de la incapacidad temporal como un concepto médico y jurídicamente indeterminado, la posibilidad de que a través de los procedimientos de control pueda contrastarse la opinión de distintos profesionales conduce generalmente a mejores soluciones. Ello facilita la detección de fraudes, pero también ajustar el tratamiento de aquellas ausencias laborales que resulten técnicamente discutibles, corrigiendo el significativo grado de discrecionalidad técnica que aplican los facultativos. Con todo, la diversificación de los controles también comporta desventajas que son conocidas, como la duplicidad de competencias, la intervención de facultativos que tienen poco conocimiento del proceso de incapacidad temporal y del estado del paciente en general, el surgimiento de discrepancias entre facultativos que pueden generar inseguridad y desconfianza en el paciente, una mayor burocratización de los circuitos de gestión de la incapacidad temporal y una mayor judicialización, en forma de procesos complejos que involucran criterios dispares de profesionales cualificados sobre los que debe decidir un juez que carece de conocimientos médicos básicos⁷⁹⁶.

El reconocimiento de competencias de fiscalización sobre la incapacidad temporal a las entidades implicadas económicamente en su gestión no ha sido igualitaria. Se verá a continuación que, a diferencia de las mutuas, el INSS dispone (i) de mayor información personal sobre la salud de los trabajadores y de más fácil acceso, (ii) de capacidad para dictar altas sobre los procesos sujetos a su control, (iii) de una garantía competencial que le permite asegurar la eficacia de dichas altas, (iv) de una facultad sancionadora que le permite actuar de forma mucho más ejecutiva cuando conoce, por ejemplo, que el interesado realiza actividades laborales incompatibles con la prestación por incapacidad temporal y (v) del poder exclusivo para decidir sobre la prórroga de la incapacidad temporal una vez que se ha superado su periodo ordinario de duración. Por tanto, las mutuas tienen una responsabilidad de gestión económica de los procesos derivados de contingencias comunes equivalente a la del INSS, pero se encuentran en una situación jurídica de desventaja comparativa, ya que carecen de herramientas tan eficaces como las del INSS para enfrentarse a una tarea de análoga naturaleza⁷⁹⁷.

3.3. Reglas generales de los mecanismos comunes de fiscalización

El artículo 8 del Real Decreto 625/2014 dispone que el INSS y las mutuas pueden realizar aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originaron el derecho al subsidio por incapacidad temporal. Similarmente, el artículo 82.4.d LGSS define los actos de control y seguimiento de la prestación económica como *“aquellos dirigidos a comprobar la concurrencia de los hechos que originan la situación de necesidad y de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho, así como los exámenes y reconocimientos médicos”*. La anterior enunciación permite distinguir entre actos de control médicos y no médicos, aunque estos últimos no se regulen explícitamente, ni en la ley, ni en sus

⁷⁹⁶ CALDAS BLANCO, R. et. al.: ‘Incapacidad temporal... cit., p. 120.

⁷⁹⁷ Ibid., p. 7.

disposiciones de desarrollo. Los controles médicos son los reconocimientos facultativos y los no médicos pueden definirse como los que permiten detectar el fraude por la observación externa de la conducta del trabajador.

3.4. Los controles de carácter no médico

Normalmente, los fraudes detectados sin necesidad de un reconocimiento médico se evidencian porque el trabajador realiza en otra empresa actividades laborales incompatibles con su presunto estado de convalecencia. En el caso del INSS, este tipo de supuestos pueden desvelarse con el mero intercambio de datos con la Tesorería General de la Seguridad Social, si el trabajador es dado de alta en una nueva actividad similar a la suspendida durante la incapacidad temporal⁷⁹⁸. En el caso de las mutuas, se recurre con frecuencia a la contratación de detectives privados para desvelar la misma infracción. Pero la capacidad de reacción de la entidad gestora y las mutuas ante un mismo ilícito es bien dispar, habiéndose afirmado que estas últimas se encuentran ante un grave desarme jurídico⁷⁹⁹. En efecto, el INSS puede proceder, conforme al artículo 175.1.b LGSS, a la retirada del subsidio, e incluso a la exigencia de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador. En cambio, los tribunales han determinado que la facultad de gestión de las mutuas solo les permite suspender el subsidio durante el periodo de tiempo por el que se haya acreditado la realización de trabajos incompatibles⁸⁰⁰. No se les permite privar al trabajador de la prestación por un tiempo superior, porque se considera un acto sancionador que se reserva en exclusiva a la entidad gestora. Por lo tanto, para extinguir la prestación, es necesario que, paralelamente a la suspensión del subsidio, la mutua inste la actuación sancionadora del INSS y/o proponga el alta por recuperación a los servicios públicos de salud⁸⁰¹.

Por lo que respecta en particular a la contratación de detectives privados por parte de las mutuas, pese a que no esté directamente autorizada por la ley, los tribunales reconocen esta posibilidad porque entienden que estas entidades colaboradoras tienen un interés legítimo en conocer actos que revelen el carácter fraudulento de la incapacidad temporal⁸⁰². Pero, sobre esta base, la Sentencia del Tribunal Europeo de

⁷⁹⁸ Vid., por ejemplo, la STSJ Cataluña 3/10/2001 (Rec. núm. 7972/2000) o la STSJ Madrid de 15/12/2014 (Rec. núm. 745/2014), correspondientes a supuestos en los que el INSS sanciona a sendas trabajadoras por haber prestado servicios por cuenta ajena estando en situación de incapacidad temporal. Si bien, ello debe entenderse sin perjuicio de que la entidad gestora deba realizar comprobaciones ulteriores antes de concluir que se está produciendo un fraude, puesto que el alta en la Seguridad Social no siempre equivaldrá a la realización efectiva de otros trabajos. Así se pone de manifiesto en la STSJ Islas Canarias 24/05/2006 (Rec. núm. 270/2006).

⁷⁹⁹ DESDENTADO BONETE, A.: 'Mutuas de Accidentes ... p. 26.

⁸⁰⁰ Vid., las STS 5/10/2006 (Rec. núm. 2966/2005), STS 10/10/2007 (Rec. núm. 647/2007) y STS 18/02/2009 (Rec. núm. 2166/2017), resolviendo la polémica jurisprudencial anterior suscitada entre los Tribunales Superiores de Justicia.

⁸⁰¹ STJS Canarias 11/06/2018 (Rec. núm. 673/2017).

⁸⁰² En la STSJ Valencia 4/07/2002 (Rec. núm. 846/2002) se dispone que, con tal fin, las mutuas tienen incluso permitido ceder los resultados de la investigación encargada a la empleadora del trabajador, para que esta deduzca, en su caso, las correspondientes consecuencias contractuales que estime oportunas.

Derechos Humanos de 18 de octubre de 2016⁸⁰³ invita a plantear en nuestro país una regulación expresa sobre este particular. Dicha sentencia versa sobre una entidad privada de derecho público suiza que, en el ámbito de su gestión de la incapacidad temporal, contrató a un detective para recabar pruebas sobre el verdadero estado de salud de una trabajadora. En tal caso, el Tribunal entendió que se había vulnerado su derecho a la privacidad, por considerar que la legislación interna no reconocía “*con la suficiente claridad*” la facultad de la entidad para “*llevar a cabo una vigilancia secreta de las personas aseguradas*”. El Tribunal de Estrasburgo llega a dicha conclusión pese a reconocer (i) que el seguimiento había sido poco invasivo y (ii) que la legislación suiza prevé en abstracto la posibilidad de adoptar medidas de control de la incapacidad alternativas a los reconocimientos médicos. Como se ve, se exige un alto grado de transparencia legal a las entidades que actúan “*como poder público*” para que esta medida se considere suficientemente previsible por parte de los interesados. En vista de ello y de la similitud del contexto legal suizo y español, es conveniente plantear una reforma del artículo 82.4.d LGSS en la que se contemple la investigación privada como posible modalidad particular de control de la incapacidad temporal.

3.5. Los reconocimientos médicos de control de la incapacidad temporal. Especial referencia a la citación del trabajador

Respecto de los controles médicos, dispone el artículo 8 del Real Decreto 625/2014 que las comprobaciones que realice el personal sanitario del INSS y las mutuas deben basarse en la información clínica contenida en los partes de baja y de confirmación, además del resto de informes, pruebas, diagnósticos y reconocimientos realizados por causa de la incapacidad temporal. Así pues, a diferencia de lo que ocurre con el empresario, estas entidades tienen acceso, para el ejercicio de sus funciones de control, a toda la documentación técnica obrante en el procedimiento. El artículo 71.2 LGSS autoriza que las entidades gestoras puedan tratar los datos personales relativos a los solicitantes de prestaciones económicas en el marco de las funciones que tienen atribuidas, incluyendo los datos que les hayan sido remitidos por vía telemática y los que se consoliden en sus bases de datos a consecuencia del acceso electrónico a los repositorios de otras entidades. Se acepta, por tanto, que el INSS y las mutuas puedan tratar, con fines de control de la incapacidad temporal, toda la información contenida en los partes médicos.

En este ámbito, la tecnología también ha marcado un punto de inflexión importante a la hora de facilitar a los profesionales del INSS una consulta mucho más ágil de los datos médicos de los trabajadores a través de internet. Sin embargo, no se ha conseguido el mismo objetivo con las mutuas, porque no cuentan con un sistema informático que les permita consultar directamente los informes y pruebas relativos a los procesos que gestionan. Ofrecerles dicho acceso directo parecía ser el horizonte

⁸⁰³ Caso Vukota-Bojic contra Suiza.

previsto cuando se eliminó de la regulación reglamentaria la disposición que obligaba a los trabajadores a aportar a la mutua su historial clínico⁸⁰⁴. Pero la realidad es que, ahora sin respaldo normativo, los trabajadores tienen que seguir responsabilizándose, en la práctica, de proporcionar a las mutuas tales documentos, siendo este aspecto motivo de retrasos, conflictos y molestias innecesarias. A mi modo de ver, esta situación tiene una solución relativamente sencilla, ya que el artículo 82.4.c LGSS establece que las comunicaciones de los médicos de las mutuas con los del servicio de salud deben realizarse preferentemente por medios telemáticos. Por lo tanto, entiendo que aquí habría fundamento legal suficiente para amparar los convenios de colaboración del artículo 10.1 del Real Decreto 625/2014 que resultarían necesarios para articular vías de comunicación digital entre la sanidad pública y las entidades colaboradoras.

Conociendo la situación clínica del trabajador, se permite que el INSS o las mutuas, en el caso de procesos por contingencias comunes incluidos en su ámbito de gestión, puedan decidir someter a los trabajadores en situación de incapacidad temporal a un reconocimiento por parte de sus servicios médicos. En la actualidad, dichos controles se caracterizan por su rapidez, ya que pueden activarse, según el artículo 8.1 del Real Decreto 625/2014 *“a partir del momento en que se expida el parte médico de baja”*. La única limitación temporal es que, de acuerdo con el artículo 9.3 de la misma norma, la citación al reconocimiento debe *“comunicarse al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles”*. En contra de la celeridad que esta configuración legal permite se ha considerado que facilita posiciones agresivas y deja vía libre para llamamientos que no tengan en cuenta criterios sanitarios⁸⁰⁵. Pero, en mi opinión, esta opción es muy preferible a la anterior⁸⁰⁶ de retrasar los controles de las entidades gestoras y colaboradoras hasta el momento en que empezaban a asumir el coste de la prestación, después del periodo correspondiente al empresario. Como ya se ha resaltado, es importante que los controles sean lo suficientemente ágiles como para evitar que se escapen fácilmente de los mismos las ausencias de corta duración.

En relación con los reconocimientos médicos, el aspecto más problemático desde el punto de vista de la contención del absentismo es el procedimiento que ha de seguirse para notificar la citación al trabajador. El artículo 9.3 del Real Decreto 625/2014 solo indica el contenido que debe constar en la comunicación, pero no las garantías formales con que debe hacerse llegar al trabajador. Ante esta indeterminación, se ha suscitado una intensa controversia jurisprudencial sobre el modo adecuado de proceder cuando se acude al domicilio del trabajador para entregarle la citación y no se encuentra a nadie. En particular, dicha problemática se ha generado en torno a las mutuas, ya que en el caso del INSS se ha venido siguiendo la legislación administrativa general, en sus distintas actualizaciones. La cuestión no es baladí, puesto que solo si se considera que

⁸⁰⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites de la incapacidad...* cit., p. 61.

⁸⁰⁵ Ibid., p. 57.

⁸⁰⁶ Art. 4.1 del Real Decreto 575/1997.

el trabajador ha sido adecuadamente notificado puede considerarse que su incomparecencia al reconocimiento médico es injustificada⁸⁰⁷. En ese caso, la sanción jurídica prevista para reforzar el carácter preceptivo del reconocimiento es, conforme al artículo 175.3 LGSS, la extinción del subsidio que viniera percibiendo el trabajador.

El procedimiento que venían siguiendo tradicionalmente las mutuas consistía en que el operador de correos que no podía entregar la citación en el domicilio del trabajador dejaba un aviso de que la comunicación se le ponía a disposición en la correspondiente oficina para su recogida. El Tribunal Supremo aprobaba tal forma de hacer y exigía al trabajador una actuación diligente a la hora de atender el aviso, teniendo en cuenta la finalidad de control del fraude con la que se realizan las convocatorias a reconocimientos médicos. Así, se admitía como razonable que el trabajador pudiera retrasarse durante una semana hasta acudir a recoger la comunicación⁸⁰⁸. Pero se consideraba una negligencia omisiva que el trabajador ignorara directamente el telegrama o burofax del que había recibido aviso en su domicilio⁸⁰⁹. De este modo, se impedía que los trabajadores adoptaran estrategias dilatorias y se preservaba la eficacia buscada por el legislador al configurar un mecanismo ágil de control. Además, se presumía cierta intención fraudulenta por parte del trabajador en no querer conocer una comunicación en la que la mutua constaba como remitente, que solo se atendía una vez suspendido el pago de la prestación por incapacidad temporal.

Sin embargo, en sus últimas resoluciones, el Tribunal Supremo ha basculado hacia una posición menos estricta con los trabajadores y más rigurosa con las mutuas en lo que respecta al cumplimiento de la normativa administrativa en materia de notificaciones. Ahora se aplica a las mutuas la misma exigencia procedimental que al INSS y se atiende literalmente al artículo 42.2 LPACAP, por el cual la notificación domiciliaria que no haya sido posible debe intentarse por segunda vez dentro de los tres días siguientes. Si el segundo intento también es infructuoso, se recurre a los artículos 132.4 LGSS y 44 LPACAP, que obligan a realizar la notificación por medio de un anuncio en el BOE⁸¹⁰. Para la publicación de la citación en el BOE se prevé en la Disposición Adicional 3 de la LPACAP la utilización de un sistema automatizado de remisión y gestión telemática que *“garantizará su celeridad”*. Pero, en la práctica, esta vía preferente supone un desfase de cinco o seis días naturales entre la firma de la resolución en la que

⁸⁰⁷ Conforme al artículo 9.5 *in fine* del Real Decreto 625/2014, la incomparecencia se tiene por justificada *“cuando el trabajador aporte informe emitido por el médico del servicio público de salud que le dispense la asistencia sanitaria, en el que se señale que la personación era desaconsejable conforme a la situación clínica del paciente; cuando la cita se hubiera realizado con un plazo previo inferior a cuatro días hábiles, o bien cuando el beneficiario acredite la imposibilidad de su asistencia por otra causa suficiente”*.

⁸⁰⁸ STS 22/12/2014 (Rec. núm. 618/2014).

⁸⁰⁹ STS 29/09/2009 (Rec. núm. 879/2009), STS 6/03/2012 (Rec. núm. 1727/2011), STS 13/11/2013 (Rec. núm. 2780/2012), STS 22/01/2016 (Rec. núm. 2039/2014) y STS 9/05/2018 (Rec. núm. 2840/2016).

⁸¹⁰ STS 18/06/2020 (Rec. núm. 3302/2017) y STS 4/05/2021 (Rec. núm. 4586/2018).

se acuerda la citación pública y su efectiva aparición en el BOE⁸¹¹. Además, conforme al artículo 46 LPACAP, se deja a criterio del órgano convocante la decisión de publicar en el Diario Oficial el acto completo o solo una somera indicación de su contenido y del lugar donde se puede comparecer para conocer su texto íntegro. En el último caso, al anterior periodo habrá que sumarle, a su vez, el plazo señalado para que el trabajador pueda personarse, que es indeterminado, pero, por parte del INSS, viene fijándose, en muchas ocasiones, en diez días hábiles⁸¹².

Como se ve, el cambio de criterio jurisprudencial supone un perjuicio más que notable para la agilidad de la citación al reconocimiento médico, en contra del evidente propósito del artículo 9 del Real Decreto 625/2014. Así, la retirada de la prestación al trabajador que evite deliberadamente la citación al reconocimiento de control se acaba retrasando durante más de una quincena de días. Es cierto que el Tribunal Supremo adopta el cambio de criterio con una declarada voluntad de ser más garantista con los derechos del interesado ante la comunicación de un acto cuyo desconocimiento puede serle *“claramente perjudicial”*. Con todo, surge la duda de si la publicación de la citación en el BOE contribuye realmente a asegurar que el interesado esté mejor informado de su llamamiento por la mutua o por el INSS. Además, cabe tener en cuenta que el Tribunal Supremo traslada a la incapacidad temporal una doctrina que había elaborado en relación con la reclamación por la Seguridad Social de percepciones indebidas de la prestación por desempleo. A mi modo de ver, esta traslación resulta inadecuada, ya que implica dar un mismo tratamiento a dos situaciones bien distintas. Primero, porque el control de la incapacidad temporal requiere una premura que no es necesaria en la recuperación de fondos de la Seguridad Social. Y, segundo, porque las consecuencias de la incomparecencia del trabajador al reconocimiento médico no son tan gravosas como la devolución del subsidio por desempleo. Ello se debe a que, si realmente no había tenido conocimiento de la citación al reconocimiento por causas ajenas a su voluntad, el trabajador puede justificarlo y se reanudará el abono ordinario de su prestación.

En efecto, la extinción de la incapacidad temporal no se produce sin más con la incomparecencia, sino que, de acuerdo con el artículo 9.4 del Real Decreto 625/2014, se procede primero a la suspensión cautelar de la prestación económica desde el día siguiente al fijado para el reconocimiento. Esta decisión es *“inmediatamente comunicada al interesado”*, quien dispone de *“un plazo de diez días hábiles, a partir de la fecha en que se produjo la incomparecencia, para justificar la misma”*. Nótese que durante este trámite de audiencia del trabajador se retiran provisionalmente los efectos

⁸¹¹ Consulta general de las notificaciones practicadas por esta vía en procedimientos de citación del INSS durante el mes de agosto del año 2021.

⁸¹² No se aprecia un criterio uniforme a este respecto, ya que durante el periodo analizado pueden encontrarse resoluciones en que las direcciones provinciales deciden publicar en el BOE la resolución con su contenido íntegro, por lo que se entenderá practicada *“al día siguiente de la a su publicación”* y otras en las que solo se publica un anuncio de la notificación y se deja al interesado diez días hábiles, o hasta veinte días naturales, para que pueda presentarse a conocer su texto completo.

económicos de la incapacidad temporal, pero no sus efectos contractuales, porque no se le exige su reincorporación a la empresa. Es más, su reingreso no será obligatorio hasta que no se le haya notificado debidamente la resolución del INSS o de la mutua acordando la extinción del derecho a la prestación económica, conforme a los apartados 6 o 7, respectivamente, del artículo 9 de la misma norma. En definitiva, el ahorro del subsidio por parte de la entidad gestora o colaboradora es inmediato y se sustancia automáticamente después de que el trabajador no comparezca a un reconocimiento al que había sido debidamente citado. En cambio, el regreso a la empresa se retrasará, como mínimo, durante diez días, más el tiempo que tarde en llegarle la notificación de la resolución extintiva.

Por consiguiente, un trabajador que hoy en día sea convocado a un reconocimiento médico de control por la mutua o el INSS y que actúe de mala fe para evitar someterse al mismo puede tardar más de quince días en perder su prestación y más de veinticinco en tener que volver al trabajo. En este sentido, siendo cierto que las incomparecencias infundadas, al menos en el caso del INSS, son estadísticamente infrecuentes en la práctica⁸¹³, también lo es que las pocas que se producen tienen efectos muy importantes. La impresión es que existen varias vías de mejora de esta situación. En primer lugar, convendría añadir al artículo 9.3 del Real Decreto 625/2014 un procedimiento *ad hoc* de comunicación de la citación al trabajador, ya que el previsto con carácter general por la normativa administrativa no se adecua al funcionamiento de la incapacidad temporal. En segundo lugar, existe margen para el acortamiento del plazo de diez días concedido al trabajador para que justifique su incomparecencia⁸¹⁴. Esta modificación no afectaría a las arcas públicas, ya que el trámite de audiencia es un periodo durante el que el trabajador ya no percibe la prestación, pero resultaría positiva desde la perspectiva de la mitigación del absentismo laboral, porque se adelantaría el momento en el que el trabajador debería reincorporarse a su puesto de trabajo.

3.5.1. Las propuestas de alta por parte de las mutuas

Volviendo al artículo 82.4 LGSS, su letra b establece que, cuando las mutuas *“consideren que el beneficiario podría no estar impedido para el trabajo, podrán formular propuestas motivadas de alta médica a través de los médicos dependientes de las mismas, dirigidas a la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud”*. A tal conclusión de que el trabajador no está impedido para el trabajo puede llegarse (i) a partir del contenido de los partes médicos y de los informes emitidos en el proceso, (ii) a través de la información obtenida de las actuaciones de control y seguimiento o (iii) por la prestación de asistencia sanitaria en sustitución del servicio público de salud. Por

⁸¹³ Vid., el Informe Estadísticos de la Memoria de Actividades del INSS relativo al año 2019, p. 61, conforme al que solo se dio en 562 casos, del total de 236.224 citaciones realizadas.

⁸¹⁴ Como se verá a continuación, el art. 82.4.b) indica que, en el contexto de un procedimiento de propuesta motivada de alta de la mutua ante un proceso derivado de contingencias comunes, si el trabajador no se presenta al reconocimiento ordenado por la Inspección del Servicio Público de salud, la mutua debe dirimir el carácter justificado de la ausencia en cuatro días.

lo tanto, mientras esté suficientemente motivada, la propuesta de alta no tiene por qué traer causa necesariamente del reconocimiento médico del trabajador, aunque eso sea lo más habitual⁸¹⁵. La propuesta debe acompañarse de los informes y pruebas que se hayan realizado y comunicarse tanto al trabajador afectado como al INSS.

Conforme al artículo 6.2 del Real Decreto 625/2014, al recibir la propuesta, la Inspección de los Servicios de Salud debe remitirla al médico responsable del seguimiento del proceso, para que se pronuncie sobre la misma, declarando el alta o justificando, en su caso, su discrepancia con la mutua. Independientemente del criterio del médico responsable, la Inspección tiene la última palabra y puede declarar el alta sin necesidad de haber sometido al trabajador a un reconocimiento médico previo. En todo caso, la Inspección debe pronunciarse en el plazo improrrogable de cinco días desde la recepción de la propuesta, justificando también su posición, si se opone al alta. Si la Inspección sanitaria decide ordenar un reconocimiento médico del trabajador y este no comparece, se comunica a la mutua, que dispondrá de un periodo de cuatro días hábiles para cerciorarse de si la incomparecencia se debe a algún motivo justificado y, en caso contrario, dictar como entidad colaboradora la extinción de la incapacidad temporal. Cuando la Inspección Sanitaria no responde en el tiempo debido o la propuesta de alta es desestimada, el artículo 82.4.b LGSS *in fine* prevé que la mutua pueda reiterar la petición ante el INSS con carácter subsidiario, estando la entidad gestora obligada a resolver en el plazo de cuatro días siguientes a su recepción.

De este procedimiento cabe valorar su agilidad, resultado de la mejora técnica respecto de la regulación anterior⁸¹⁶. Sin embargo, este aspecto ha sido criticado considerando que tanta rapidez no tiene otra justificación que favorecer los acuerdos de extinción de las incapacidades a iniciativa de las mutuas⁸¹⁷. A mi modo de ver, con todo, pese a ser breve, no se trata de un plazo de imposible cumplimiento, puesto que la mayoría de los servicios de salud tramitan y contestan tempestivamente a las propuestas de las mutuas, y de forma motivada, si es necesario⁸¹⁸. A ello contribuye la acción del INSS, que, de acuerdo con la obligación que le marca el artículo 6.3 del Real Decreto 625/2014, debe de adoptar medidas que aseguren que el procedimiento se desarrolla con el necesario grado de celeridad. En su cumplimiento, la entidad gestora se encarga de retribuir económicamente la puntualidad en la respuesta de las

⁸¹⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites... cit., p. 55.

⁸¹⁶ Se reduce a la mitad el tiempo de respuesta de diez días que concedía anteriormente el artículo 5.2 del Real Decreto 575/1997 a la Inspección del Servicio Público de Salud. Además, se fija el momento inicial del cómputo en la recepción de la propuesta por parte de la Inspección y no en el momento en que esta se traslada al médico responsable del proceso, como había sugerido SALA FRANCO, T.: La incapacidad... cit., p. 112.

⁸¹⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites... cit., p. 65.

⁸¹⁸ Informe núm. 1027 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre la gestión y control de la incapacidad temporal por las entidades del sistema de la Seguridad Social aprobado el 27 de marzo de 2014, p. 107.

Inspecciones Sanitarias a través de los convenios de colaboración que acuerda con las Comunidades Autónomas.

También se le había achacado a este procedimiento que complicaría la gestión de la incapacidad temporal porque generaría discrepancias clínicas entre los facultativos del servicio de salud y los de las mutuas⁸¹⁹. No obstante, puede considerarse que las mutuas hacen un uso adecuado de este instrumento, en vista del alto grado de acuerdo que se suscita entre los profesionales intervinientes. Por ejemplo, sobre una muestra de datos de 2016, pudo observarse⁸²⁰ que un 68 % de las propuestas fueron aceptadas por los médicos de atención primaria y otro 27 % por la Inspección médica, en una primera o segunda consulta. En particular, es comprensible que las mayores discrepancias girasen en torno a las patologías psiquiátricas, en que la evaluación de la capacidad laboral resulta más compleja. Por otra parte, en las pocas ocasiones en que la Inspección del servicio público no acepta la propuesta de alta de la mutua, el pronunciamiento subsidiario del INSS suele coincidir mayoritariamente con su criterio, manteniendo la incapacidad temporal del trabajador⁸²¹.

3.5.2. La emisión de altas por parte de la inspección médica del INSS

El artículo 170.1 LGSS dispone que hasta el cumplimiento del plazo de trescientos sesenta y cinco días de incapacidad temporal el INSS ejerce, a través de sus inspectores médicos, las mismas competencias que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social “*para emitir un alta médica a todos los efectos*”. Es decir, el INSS se erige como entidad gestora y como un órgano de control de los procesos de incapacidad temporal con capacidad para declarar su finalización, si la dolencia en que se basa es inexistente, si su gravedad no es suficiente como para impedir el trabajo o si su duración excede lo necesario. En este caso, al contrario de lo que ocurre con las mutuas, la decisión de dar el alta es directa e inmediata, sin intermediación alguna de los servicios públicos de salud que ostentan la competencia originaria para el seguimiento del proceso. La responsabilidad de esta alta, por tanto, reside completamente en los médicos inspectores del INSS, debiéndose garantizar que toman la decisión con autonomía y con base a su criterio técnico. A este respecto, se declaró ilegal que los inspectores del INSS cobraran un complemento salarial dispuesto en función de la proporción de altas médicas emitidas sobre el total de procesos supervisados⁸²². La argumentación principal que sostenía dicho fallo era que la decisión de los médicos

⁸¹⁹ GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A. y PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad laboral... p. 18.

⁸²⁰ ATANCE MARTÍNEZ, J. C.; AGUDO MONTESINOS, M. P.; MASÓ ABAD, E.; GRUPELLI GARDEL, B.E. y GARCÍA BLANCO, A.: ‘Resultado del trabajo coordinado del servicio público de salud y mutuas: Índice de concordancia en propuestas de alta’, *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 63, (2017), p. 388.

⁸²¹ Según datos de AMAT reproducidos por VICENTE PARDO, J. M.: ‘La gestión de la incapacidad... cit.’, p. 147, el 2016, las altas propuestas por las mutuas a las Comunidades se aprobaron en un 74 %, pero, sin embargo, de entre las altas propuestas ante el INSS, solo se aprobaron el 23 %.

⁸²² SAN 18/12/2013 (Proced. núm. 118/2013).

debía regirse exclusivamente por la observación del estado de salud del trabajador y no podía venir condicionada por un incentivo económico⁸²³.

Además, conforme al segundo párrafo del mismo precepto legal, reproducido en el artículo 7.6 Real Decreto 625/2014, *“cuando el alta haya sido expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, este será el único competente, a través de sus propios inspectores médicos, para emitir una nueva baja médica producida por la misma o similar patología en los ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica”*. Por lo tanto, la competencia de la que dispone como regla general el servicio público de salud para emitir bajas por recaída queda temporalmente desplazada en favor del INSS⁸²⁴. Así, si se reactiva su enfermedad, el trabajador debe dirigirse al INSS para la expedición de una baja médica por recaída, teniendo en cuenta que la mera presentación de la solicitud administrativa no tiene efectos económicos, ni reactiva la suspensión del contrato de trabajo⁸²⁵. Como ya se había adelantado, esta *“cláusula de blindaje”*⁸²⁶ se articula claramente como forma de preservar la decisión del INSS y reforzar su efectividad ante posibles conductas elusivas de la misma⁸²⁷. Es decir, previene que los efectos del alta médica puedan anularse si el trabajador acude de nuevo al servicio público de salud o a la mutua para la declaración de un nuevo proceso de incapacidad temporal formalmente distinto, pero materialmente equivalente.

La opción del legislador al impedir que los servicios públicos de salud dicten nuevas bajas solo en el caso de recaídas en una misma o similar enfermedad se ha considerado insuficiente⁸²⁸. En efecto, puede resultar sencillo saltarse la cláusula de salvaguarda consignando una patología distinta como causa de la baja, aunque se derive realmente de la misma que precedía al alta. En este sentido, parece existir una tendencia evidente a intentar evadir el control del INSS solicitando al médico de atención primaria una nueva incapacidad temporal por otro motivo⁸²⁹, incluso el mismo día en que se recibe el alta de la entidad gestora⁸³⁰. Tal vez hubiera sido preferible someter a la competencia inspectora cualquier proceso patológico, fuera recaída o no, en los seis meses siguientes al alta, como ocurría en el pasado con la Inspección de los Servicios Sanitarios. Con todo, para contrarrestar este riesgo, el artículo 170.1 LGSS también reserva para el INSS la facultad de *“considerar que existe recaída en un mismo proceso”* durante el mismo

⁸²³ Esta venía siendo la posición de la Organización Médica Colegial, tal como indica DÍAZ SALAZAR, C. E.: ‘Reflexiones sobre la incapacidad... cit., p. 128.

⁸²⁴ MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: ‘Control público de la incapacidad... cit., p. 114.

⁸²⁵ STSJ Andalucía 8/09/2017 (Rec. núm. 664/2017) y STSJ Castilla y León 21/06/2018 (Rec. núm. 395/2018).

⁸²⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V.; TORTUERO PLAZA, J. L.; MARTÍN JIMÉNEZ, R. y GARCÍA VIÑA, J.: Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal, Madrid, 2007, p. 74.

⁸²⁷ En términos similares, Vid., ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 206.

⁸²⁸ TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F.: ‘Poder de dirección... p. 235.

⁸²⁹ DOMÍNGUEZ MUÑOZ, A.; DE LA FUENTE MADERO, J. L.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M.; LÓPEZ PÉREZ, M. J.; GARCÍA RUIZ, P.; LÓPEZ PÉREZ, R. M.: ‘Revisión de la distorsión... cit., p. 47.

⁸³⁰ Vid., por ejemplo, los hechos probados de la STSJ Asturias 21/07/2020 (Rec. núm. 676/2020).

periodo de tiempo. De este modo, la entidad gestora puede invalidar rápidamente los posibles intentos de hacer pasar por una afección distinta lo que en realidad es una continuación de la anterior. Además, también puede privar esta nueva baja de efectos económicos, incluso con carácter retroactivo, si se constata objetivamente la inexistencia de una patología que limite la capacidad funcional del trabajador⁸³¹.

Una segunda diferencia que otorga un mayor poder fiscalizador al INSS frente a las mutuas es que, además de poder consultar los datos y documentos relativos a la incapacidad temporal, los inspectores de la entidad gestora tienen acceso a información médica adicional. Indica el artículo 71.3 LGSS que los inspectores médicos del INSS tendrán acceso a la historia clínica de los trabajadores existente en los servicios públicos de salud, las mutuas y los centros sanitarios privados. Dicha historia clínica comprende, conforme a los artículos 4.3 y 8.1 *in fine* del Real Decreto 625/2014, toda la documentación sanitaria de atención primaria y especializada. Poder consultar información médica que no esté directamente relacionada con la incapacidad temporal ofrece a los inspectores una visión global de la salud del trabajador y la capacidad de realizar una evaluación holística de su situación individual. Cuentan también con la facilidad de poder acceder a la información de forma íntegramente telemática, gracias a la implantación generalizada de la historia clínica digital y a los convenios celebrados por el INSS con las Comunidades Autónomas⁸³² y las mutuas⁸³³. En una reciente modificación del artículo 71.3 LGSS⁸³⁴ se ha dispuesto, además, que para el acceso al historial clínico del interesado no es necesario recabar su consentimiento. Se elimina, así, la facultad de la que disponía anteriormente el trabajador para oponerse expresamente y por escrito al tratamiento de dichos datos médicos por parte de la Inspección Médica del INSS.

El acceso de la Inspección Médica del INSS a la historia clínica ha sido objeto de críticas procedentes de la doctrina laboralista⁸³⁵ y del ámbito médico⁸³⁶, por

⁸³¹ STS Andalucía 27/05/2021 (Rec. núm. 350/2021) aplicando analógicamente los criterios establecidos por la doctrina iniciada en la STS 11/11/2009 (Rec. núm. 3082/2008) para la cláusula de salvaguarda del actual art. 170.2 LGSS tras el agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal sin reconocimiento de incapacidad permanente.

⁸³² Como se indica en el Informe Estadísticos de la Memoria de Actividades del INSS relativo al año 2019, p. 60, este objetivo se cumple en más de un 80 % en una amplia mayoría de las Comunidades Autónomas, con las únicas excepciones de Aragón y Madrid.

⁸³³ El primero de ellos fue el Convenio entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Mutua Universal Mugenat, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social n.º 10, para el acceso telemático a la historia clínica de sus asegurados en los supuestos de prestaciones de la Seguridad Social que requieran un control y seguimiento por parte del INSS, publicado por Resolución de 17 de octubre de 2017, de la Secretaría General Técnica y posteriormente lo han seguido otros.

⁸³⁴ Disposición final quinta, punto dos del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

⁸³⁵ TORTUERO PLAZA, J. L.: 'Nuevamente la Incapacidad Temporal a Debate', Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. 1, (2014), p. 31.

⁸³⁶ PLANES MAGRINYA, A.: 'Historia clínica e inspección: una mala combinación', Atención Primaria, núm. 47, (2015), p. 553.

considerarse abusiva o vulneradora de la confidencialidad médico-paciente. Si bien, dicha regulación encaja con lo dispuesto en el artículo 9.2.h RGPD, que permite a los Estados miembros autorizar el tratamiento de datos sensibles cuando sea necesario para la evaluación de la capacidad laboral del trabajador y la gestión de los servicios de protección social. Para ello, el apartado tercero del mismo precepto exige que los datos personales sean tratados por *“un profesional sujeto a obligación de secreto profesional”*. En relación con lo anterior, el artículo 77 LGSS establece un deber general del personal al servicio de la Administración de la Seguridad Social de guardar *“el más estricto y completo sigilo”* respecto de los datos que conozcan en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, con carácter más particular, en el artículo 8.3 del Real Decreto 625/2014 (i) se limita el uso exclusivo de los datos al control de los procesos de incapacidad, (ii) se establece su carácter confidencial, restringiéndose el acceso del personal no sanitario a la información estrictamente necesaria para el cumplimiento de sus funciones, y (iii) se reitera la necesidad de tomar las medidas adecuadas de seguridad informática para garantizar su integridad.

Contando con unas facultades legales tan efectivas como los que se acaban de describir, cabría afirmar que, en la actualidad, el principal problema de los controles del INSS sería, en su caso, más económico⁸³⁷ que jurídico. Considerando la cantidad de procesos por incapacidad temporal iniciados anualmente en España, la ordenación eficiente de los escasos medios humanos y técnicos de la entidad gestora representa un reto a nivel de gestión. Como muestra, en 2019 se declararon 1.471.761 nuevos procesos por incapacidad temporal dentro del ámbito de actuación del INSS y solo se realizaron un total de 187.816 citaciones a reconocimiento médico, que revirtieron en 131.186 controles efectivamente practicados durante el periodo ordinario de la incapacidad temporal⁸³⁸.

Tanto o más que aumentar los efectivos de la Inspección, es conveniente la optimización de los recursos dedicados a los reconocimientos de control. Ello requiere prestar especial atención a la hora de decidir qué trabajadores se citan, para centrar los esfuerzos de fiscalización en aquellos procesos que pueden resultar más sospechosos⁸³⁹. Como indica el propio INSS, *“no se pretende realizar un seguimiento indiscriminado de todos los beneficiarios en situación de IT”* porque ello sería imposible, de forma que se hace necesario *“seleccionar para el control aquellos procesos que presenten alguna anomalía”*⁸⁴⁰. Para ello se ha venido usando el ya referido ‘Manual de tiempos

⁸³⁷ Como indican MACHO STADLER, I. y PÉREZ CASTRILLO, D.: *Introducción a la economía...* cit., p. 68, en el marco del riesgo moral, la intensidad de los controles que elija el principal depende del arbitraje entre los costes que comporten dichos controles y las ventajas derivadas de la información obtenida sobre la situación de riesgo.

⁸³⁸ Informe Estadístico de la Memoria de Actividades del INSS relativo al año 2019, p. 61.

⁸³⁹ AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 25.

⁸⁴⁰ Alegaciones reproducidas en la ya citada SAN 18/12/2013 (Proced. núm. 118/2013).

óptimos de incapacidad temporal' elaborado por la propia entidad gestora⁸⁴¹, que a través de su aplicación informática permite identificar los procesos que superan el tiempo óptimo de curación del trabajador.

Con el mismo fin de aumentar todavía más la eficiencia y productividad de las Inspecciones Médicas del INSS, recientemente se han empezado a aplicar modelos predictivos de análisis de datos al control de la incapacidad temporal⁸⁴². Así, las amplísimas bases de datos electrónicas con las que cuenta la entidad gestora tras años de recepción digital de los partes médicos y documentos clínicos se están explotando para afinar la selección previa de los interesados que vayan a ser citados⁸⁴³. De este modo, el sistema informático analiza las nuevas incapacidades temporales que se le van presentando y, sobre la base de la experiencia previa, aplica modelos de analítica predictiva que estiman su probabilidad de derivar en un alta si son sometidas a un reconocimiento médico. Los datos que ofrece el INSS inducen a pensar que este modo de operar ha ofrecido resultados alentadores, ya que, en los años 2011 y 2012 el número de trabajadores que eran dados de alta tras el reconocimiento médico del INSS se situaba en el 12 y 13 %. Desde entonces, dichos porcentajes han ido aumentando hasta alcanzar el 19 y 20 % en los años 2018 y 2019.

A la vista de los buenos resultados que este tipo de tecnología ha supuesto para la entidad gestora, esta se ha propuesto compartir sus beneficios con la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud. Por ello, en los últimos convenios de colaboración del INSS con algunas Comunidades Autónomas se está estableciendo un mecanismo de coordinación basado en la aplicación de la analítica predictiva. En dichos acuerdos se establece que el INSS procederá a señalar "*aquellos procesos que requieran una valoración clínica por parte de dicha Inspección Médica, para mantener o no la situación de incapacidad temporal*" y a descartar los procesos en los que el control sea innecesario⁸⁴⁴. A mi parecer, se trata de una novedad positiva. Además de contribuir a la mejora de la eficiencia de los controles de la Inspección sanitaria, aporta un nuevo elemento de enlace en materia de coordinación entre el INSS y los servicios autonómicos. Dado que se trata de sujetos con competencias muy similares, su actuación descoordinada revertiría en controles redundantes e innecesarios⁸⁴⁵.

Desde el punto de vista jurídico, existe un límite legal a las posibilidades de la informática que deberá respetarse siempre, pese a todo lo que pueda avanzar en los

⁸⁴¹ SÁNCHEZ GALÁN, L. y CARBAJO SOTILLO, M. D. (Dirs.): Manual de tiempos óptimos... cit., p. 12.

⁸⁴² PARDO GARCÍA, J.: 'La analítica avanzada de datos en la Seguridad Social', Boletic, núm. 82, (2018), p. 24.

⁸⁴³ Informe Estadístico de la Memoria de Actividades del INSS relativo al año 2019, p. 38.

⁸⁴⁴ Vid., como muestra, el punto I.C del convenio entre el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (INSS) y la Comunidad Autónoma de Aragón, para el control de la incapacidad temporal durante el periodo 2021 a 2022, de 24 de febrero.

⁸⁴⁵ Se aprecia, en esta cuestión, una mejora con respecto a lo señalado por la AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 143, sobre su completa actuación por separado.

próximos años la precisión de su valoración de las incapacidades laborales. La aplicación de la analítica antifraude a la incapacidad temporal entra en el supuesto de hecho de lo que la legislación de protección de datos denomina “*elaboración de perfiles*”⁸⁴⁶, por lo que está sujeta a restricciones especiales. Ello se debe a que el INSS utiliza un conjunto ingente de datos personales para inferir si un individuo puede estar realmente impedido para trabajar o no, partiendo de la conclusión que los médicos han alcanzado respecto de otros sujetos que presentan características estadísticamente similares.

Pues bien, el artículo 22.1 RGPD, establece que todos los interesados tienen derecho a no ser objeto de “*decisiones individuales automatizadas*” que se basen, entre otras técnicas, en la elaboración de perfiles. Por lo tanto, aunque se permite su utilización como herramienta de apoyo, está expresamente prohibido que un sistema informático pueda determinar, por sí mismo, la citación de un trabajador a un reconocimiento médico de control de la incapacidad temporal. Este tipo de tecnología debe ponerse al servicio de los inspectores médicos para facilitarles un mejor y más eficiente desarrollo de su trabajo, pero no se les puede imponer que asuman sus conclusiones de forma vinculante. En definitiva, el sistema informático no puede sustituir el criterio técnico de los facultativos, ni para seleccionar automáticamente aquellos trabajadores que van a ser controlados, ni mucho menos para emitir el alta médica⁸⁴⁷.

3. El seguimiento y control de la incapacidad durante el periodo extraordinario

Conforme al artículo 169 LGSS, la incapacidad temporal tiene una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, computando todos los periodos de recaída en un mismo proceso por la misma o similar enfermedad no separados por más de ciento ochenta días. Una vez superado dicho periodo ordinario de incapacidad temporal, de acuerdo con el artículo 170.2 LGSS, sobre el INSS recae todo el poder decisorio para optar por alguna de las siguientes opciones: (i) declarar el alta por curación del trabajador, (ii) reconocer una prórroga expresa de ciento ochenta días o (iii) determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente. Esta decisión se basa en criterios médicos y depende, respectivamente, de si se estima que el trabajador está en condiciones de trabajar, si existe posibilidad de mejoría durante el tiempo que dura la prórroga o si se considera que las dolencias son definitivas⁸⁴⁸. Por ello, el artículo 5.3 del Real Decreto 625/2014 prevé que, en el último reconocimiento de confirmación previo

⁸⁴⁶ Según el art. 4.4 RGPD, se entiende por tal “*toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física*”.

⁸⁴⁷ Vid., *in extenso*, CRESPI FERRIOL, M.: ‘Nuevas tecnologías... cit., p. 959 y ss.

⁸⁴⁸ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad... cit., p. 176.*

al transcurso de dicho plazo, el facultativo médico de la sanidad pública debe comunicar al trabajador que, en adelante, el control del proceso corresponde al INSS.

Desde entonces, el INSS centraliza en exclusiva el control de todos los procesos, con independencia de su contingencia causante y de la entidad a la que hubiera correspondido la declaración de la incapacidad temporal. Este cambio de competencia en la gestión de los procesos⁸⁴⁹ obedece a la finalidad de marcar una clara frontera a la duración de la incapacidad temporal y evitar que su prórroga se produzca de forma casi automática⁸⁵⁰. Se quiere prevenir así el alargamiento innecesario de los procesos duraderos, que además concentran una gran parte del coste del subsidio⁸⁵¹. Para ello, se separa la prórroga de la dinámica propia de los partes de confirmación, que después de tanto tiempo pueden ser emitidos casi por inercia de los propios servicios de salud o de la mutua responsable del seguimiento⁸⁵². En la práctica, parece haberse cumplido este objetivo, puesto que la labor del INSS conlleva la contención de cerca de un cuarto de los procesos que alcanzan la duración máxima ordinaria⁸⁵³. Como muestra, en el año 2019 solo fueron prorrogados el 65 % de los procesos revisados, finalizando con alta médica un 23 % de los mismos y con la apertura de un expediente de incapacidad permanente el 9 % restante⁸⁵⁴.

Con todo, el aparente monopolio decisorio que la Ley parecía querer otorgar al INSS no es en realidad tal, puesto que, en la práctica, la decisión efectiva sobre la prórroga del proceso sigue tomándola en muchas ocasiones la mutua. A este respecto, la Resolución de 16 de enero 2006 de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social⁸⁵⁵ prevé que, a los doce meses de incapacidad, la mutua efectúe ante el INSS una propuesta de decisión sobre la prórroga. Además, se entiende *“aceptada dicha propuesta por la entidad gestora si ésta no se manifiesta en contrario en el plazo de los cinco días siguientes al de su recepción”*⁸⁵⁶. La fijación de un periodo tan breve de silencio administrativo positivo, determina que, en la mayoría de ocasiones, acaba imperando el

⁸⁴⁹ Introducido por la Disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006.

⁸⁵⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: ‘El control de las bajas... cit., p. 1.

⁸⁵¹ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 166.

⁸⁵² Antes el art. 7 del RD 575/1997 solo exigía que el parte de confirmación de baja fuera acompañado de un informe médico.

⁸⁵³ Según AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 171, en un primer momento se extinguían entre un 60 y un 70 % de los procesos que superaban el año de duración. Si bien, la reducción de dicha proporción en la actualidad no debe interpretarse tanto como una pérdida de eficacia del mecanismo, sino como el posible resultado de una mejoría en la detección temprana del fraude, que permite extinguir los procesos indebidos en un estadio anterior.

⁸⁵⁴ Informe Estadístico de la Memoria de Actividades del INSS relativo al año 2019, p. p. 61.

⁸⁵⁵ por la que se fija la fecha en la que determinadas Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social y del Instituto Social de la Marina asumirán competencias en relación con la gestión de la prestación por incapacidad temporal.

⁸⁵⁶ Indica la STSJ Galicia 14/07/2015 (Rec. núm. 3291/2014) que, si la mutua propone el alta médica, su fecha de efectos queda fijada en el momento en el que se agota el plazo del INSS para pronunciarse.

criterio de la entidad colaboradora⁸⁵⁷. Por lo tanto, se suaviza la pérdida competencial de las mutuas⁸⁵⁸, pero se defrauda el propósito de la ley, que era el efectivo control y pronunciamiento expreso por parte del INSS sobre todos los procesos de incapacidad temporal que se sujeten a una prórroga.

A partir de aquí, si se determina la continuación del proceso de incapacidad temporal, se entra en un terreno mucho más incierto que carece de regulación reglamentaria, puesto que el Real Decreto 625/2014, como su propia denominación indica, solo resulta aplicable durante los primeros trescientos sesenta y cinco días⁸⁵⁹. Si bien, se desprende de la ley que el trabajador estará sujeto, como mínimo, a un nuevo control de su estado de salud por parte de la entidad gestora antes de finalizar la prórroga de la incapacidad temporal. Así, se le reconocerá de nuevo para decidir, en su caso, la concesión de la segunda prórroga del artículo 174.2 LGSS, por la que se podrá alargar la incapacidad temporal por un máximo de ciento ochenta y cinco días adicionales. Esta solo se acordará en el caso de que *“continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar”* la calificación de la incapacidad permanente.

IV. LA FINALIZACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Como su propia denominación indica, la incapacidad temporal es una situación pasajera o un paréntesis que se abre durante el normal desarrollo de la actividad laboral que está llamado a concluir siempre en el menor tiempo posible. La razón de ser de dicha institución es, precisamente, permitir la recuperación de la capacidad laboral de aquel trabajador que la haya perdido coyunturalmente, por lo que, a diferencia de las contingencias de carácter permanente, su entera dinámica se estructura orientándose hacia su final, que es cierto, aunque indeterminado en el tiempo. Por tal motivo, la incapacidad temporal se configura como causa de suspensión del contrato de trabajo y no como causa resolutoria, presumiéndose solo un retraso y no una imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones laborales⁸⁶⁰. En este sentido, toda incapacidad temporal se trata en un principio como transitoria, presumiéndose que conducirá a la curación. Si durante la misma se constata que esta no es posible, su finalización vendrá por la vía de la apertura de un expediente de incapacidad permanente.

⁸⁵⁷ Conforme al Informe núm. 1027 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre la gestión y control de la incapacidad temporal por las entidades del sistema de la Seguridad Social aprobado el 27 de marzo de 2014, p. 75, parece hacerse un abuso de esta disposición, en la medida en que se indica que *“según se pudo constatar, todas las propuestas de las MATEPSS en relación con estos procesos en el periodo fiscalizado habían sido resueltas por silencio positivo en las Direcciones Provinciales del INSS fiscalizadas”*.

⁸⁵⁸ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad...* cit., p. 387.

⁸⁵⁹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites...* cit., p. 33.

⁸⁶⁰ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión...* cit., p. 27.

Igual que su inicio, la finalización de la incapacidad temporal a través del alta médica por mejoría o curación es un punto crítico desde la perspectiva de la gestión empresarial del absentismo, porque supone la necesidad de adoptar medidas organizativas tendentes a articular la reincorporación del trabajador. Por ello, el presente epígrafe se centrará en las dificultades jurídicas que pueden plantearse en esta fase, tales como el tratamiento disciplinario de los retrasos en la vuelta del empleado a su puesto de trabajo. Además, se abordarán varios supuestos en los que se distorsiona la relación directa que se establece generalmente entre el alta médica y la reanudación de la actividad laboral ordinaria. En tales casos, la aplicación de diferentes normas más o menos relacionadas con la institución de la incapacidad temporal tiene como efecto un retraso en la reincorporación laboral del trabajador, que se produce más allá del momento en el que un facultativo u organismo médico le ha considerado capaz de trabajar. Así ocurre, en particular, cuando la decisión extintiva se tiene que notificar al trabajador de conformidad con la normativa administrativa general. E, igualmente, también se produce una separación temporal entre el alta y la vuelta al trabajo en dos procedimientos especiales de impugnación de la decisión médica que alargan la suspensión contractual hasta su resolución.

1. El alta médica por mejoría o curación y la obligación de reincorporación laboral. Excepciones a la regla general y su tratamiento disciplinario

De acuerdo con el artículo 2.4 *in fine* del Real Decreto 625/2014, el alta debe producirse, en todo caso, cuando el facultativo del servicio público salud o de la mutua considere que el trabajador ha recuperado su capacidad laboral. Esta conveniente aclaración, inexistente en la regulación anterior⁸⁶¹, pone de manifiesto, como ya se venía señalando⁸⁶², que la recuperación debe entenderse en términos profesionales, no absolutos. Es decir, lo que se requiere es que el trabajador pueda volver a trabajar, con independencia de que haya recobrado por completo el nivel de salud del que disponía antes de producirse la contingencia. Esta idea se desprende también del artículo 5.1 de la misma norma, que indica que el alta médica debe dictarse sin perjuicio de que el trabajador siga percibiendo asistencia sanitaria, si se considera conveniente. Como en el caso de la declaración inicial de la incapacidad temporal o sus confirmaciones posteriores, el alta se produce generalmente tras el reconocimiento médico del trabajador interesado que permita la comprobación profesional del cese de la incapacidad.

Es importante recalcar que el único documento válido para producir la extinción de la incapacidad temporal, por la mejoría del trabajador, es el parte médico de alta. No sirven otros documentos como, por ejemplo, un informe de un facultativo de la sanidad privada emitido a iniciativa del empresario en virtud del artículo 20.4 ET. Los únicos órganos competentes para emitir un parte de alta son los encargados de llevar a cabo el

⁸⁶¹ Art. 1.4 Real Decreto 575/1997.

⁸⁶² GONZÁLEZ DE ALEJA, R.: La incapacidad temporal... cit., p. 12.

seguimiento del proceso, junto con las inspecciones médicas del servicio público de salud y del INSS⁸⁶³. La tramitación electrónica de dicho documento coincide con la aplicable al parte de baja, pero el plazo del que dispone el trabajador para entregar la copia correspondiente a la empresa se reduce a las veinticuatro horas siguientes a su expedición⁸⁶⁴. Además, en el caso de procesos originados por contingencias comunes cuya gestión corresponde a las mutuas, estas deben comunicar a la empresa el alta del trabajador y su fecha de efectos. De este modo, queda asegurado que la empresa tenga conocimiento del fin de la incapacidad temporal, incluso aunque el trabajador incumpla su obligación de comunicarlo.

En cuanto a la dimensión laboral de la extinción de la incapacidad temporal, la remisión implícita del artículo 45.1.c ET a la legislación de Seguridad Social supone, como indica el Tribunal Supremo⁸⁶⁵, que la duración de la suspensión del contrato coincide con la duración de la contingencia protegida. En principio, las fechas de baja y alta médica delimitan con precisión los días de comienzo y terminación de la vicisitud suspensiva, ofreciendo seguridad jurídica a ambas partes de la relación laboral y a otras a las que pueda afectar, como el trabajador interino por sustitución⁸⁶⁶. Por tanto, el fin del periodo de suspensión del contrato comporta, para ambas partes, de acuerdo con el artículo 45.2 ET, la reactivación de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

Para el trabajador, el alta médica supone el nacimiento del deber y el derecho de volver a su puesto de trabajo, porque cesa la causa que justificaba sus ausencias. El plazo en el que ha de ponerse a disposición del empresario para reanudar su trabajo se concreta en el artículo 5.1 del Real Decreto 625/2014, al introducir expresamente que *“el alta médica extinguirá el proceso de incapacidad temporal del trabajador con efectos laborales del día siguiente al de su emisión”*. Es más, dicha norma, insertada en el bloque normativo del Derecho de la Seguridad Social, evidencia su carácter laboral al entrar a regular directamente la reactivación del contrato de trabajo, estableciendo que *“El alta médica determinará la obligación de que el trabajador se reincorpore a su puesto de trabajo el mismo día en que se produzcan sus efectos”*. La exigencia de la inmediata reincorporación del trabajador se fundamenta en que, conforme al principio de ejecutividad general de los actos de las administraciones públicas⁸⁶⁷, el alta médica despliega plenos efectos desde el mismo momento de su emisión, incluso aunque sea susceptible de impugnación y, por tanto, no haya adquirido firmeza. La reincorporación,

⁸⁶³ Art. 5 Real Decreto 625/2014.

⁸⁶⁴ Art. 7.1 Real Decreto 575/1997.

⁸⁶⁵ STS 20/10/1988.

⁸⁶⁶ STS 15/04/1994 (Rec. núm. 2883/1993).

⁸⁶⁷ Art. 38 LPCAP.

por lo demás, debe ser efectiva, lo que implica, además de acudir al centro de trabajo, empezar a trabajar⁸⁶⁸.

Para el empresario, la emisión del alta médica se traduce en la facultad de exigir y el deber de garantizar, en el mismo plazo, la readmisión del trabajador cuyo puesto de trabajo debe haber mantenido reservado durante la suspensión, conforme al artículo 48.1 ET. En el caso de que la empresa no respete el derecho del trabajador a reincorporarse tempestivamente a su puesto de trabajo, ello se interpreta como un despido tácito que, como tal, será considerado improcedente. Si hay readmisión, no puede hablarse de despido, pero si esta se produce en términos gravemente defectuosos, se daría un incumplimiento contractual que, en su caso, podría afectar a la dignidad del trabajador y facultarle para recurrir a la extinción contractual del artículo 50.1.a ET. Así ocurre, por ejemplo, si no se reintegra al trabajador en el mismo puesto y condiciones de trabajo que venía ostentando antes de la baja sin seguir el adecuado procedimiento de modificación sustancial, o si se le priva de su derecho a la ocupación efectiva previsto en el artículo 4.2.a ET⁸⁶⁹.

La regla general de la reincorporación al día siguiente del alta médica admite algunas excepciones, como el supuesto de que no se trate de una jornada laborable. Del mismo modo, es habitual que antes de reincorporarse efectivamente a su trabajo, el trabajador disfrute de sus vacaciones, bien por estar planificadas en ese momento, o bien por no haberlas podido disfrutar cuando estaba previsto por su superposición con el periodo de incapacidad temporal. En este segundo caso, el artículo 38.3 ET indica que el trabajador podrá disponer de sus vacaciones *“una vez finalice su incapacidad”*. No obstante, ello debe entenderse sin perjuicio de la aplicación de la norma del artículo 38.2 ET, conforme a la cual la fecha de disfrute debe fijarse de común acuerdo entre las partes⁸⁷⁰. Por lo tanto, pese a lo que pudiera llevar a entender la literalidad de la ley, tampoco en este caso, y así lo reconoce nuestra doctrina judicial⁸⁷¹, cabe que el trabajador decida unilateralmente cuándo disfrutar de su periodo de descanso anual.

Con las anteriores salvedades, si el trabajador no se reincorpora tempestivamente tras su alta médica se dará, o bien una dimisión del artículo 49.1.b ET, o bien una serie de faltas repetidas e injustificadas de asistencia que podría justificar, en función de las circunstancias del caso, un despido disciplinario del artículo 54.2.a ET. La diferencia

⁸⁶⁸ STSJ Andalucía 21/12/2011 (Rec. núm. 1030/2011).

⁸⁶⁹ Por ejemplo, Vid., la STSJ Galicia 10/12/2013 (Rec. núm. 3194/2013).

⁸⁷⁰ Dispone la STJUE 10/09/2009 (C-277/08) que el momento en que haya de disfrutarse el periodo de vacaciones al que se tenga derecho después de una incapacidad temporal *“está sometida a las disposiciones y procedimientos de Derecho nacional aplicables a la fijación de las vacaciones de los trabajadores, teniendo en cuenta los diversos intereses concurrentes y, en particular, las razones imperiosas que se derivan de los intereses de la empresa”*.

⁸⁷¹ STSJ Valencia 21/11/2002 (Rec. núm. 2417/2002), STSJ Murcia 31/05/2004 (Rec. núm. 596/2004), STSJ Galicia 10/07/2013 (Rec. núm. 1491/2013) o STSJ Andalucía 12/11/2020 (Rec. núm. 920/2020).

entre ambas figuras reside en que, como ha establecido el Tribunal Supremo⁸⁷², de la mera inasistencia no cabe extraer “*de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato*”. Por lo tanto, para que la falta de reincorporación del trabajador pueda entenderse como una dimisión tácita por abandono se exige generalmente la concurrencia de algún acto del propio trabajador que sea indicativo de una voluntad resolutoria de la relación laboral⁸⁷³. Pese a ello, si la demora en reincorporarse tras el alta es significativa (de más de un mes), los tribunales han admitido que del evidente desprecio del trabajador por su puesto de trabajo también puede deducirse su desistimiento contractual, incluso aunque este haya explicitado su deseo de mantener viva la relación laboral⁸⁷⁴.

Por lo que respecta al despido disciplinario por faltas injustificadas, el Tribunal Supremo tiene establecido que la imprecisión del artículo 54.2.a ET sobre el número de inasistencias laborales requeridas para configurar una falta laboral suficientemente grave ha de suplirse por la aplicación complementaria de la normativa convencional correspondiente⁸⁷⁵. Además, ha de atenderse a las circunstancias de cada caso concreto, como la particularidad de la función profesional desarrollada por el trabajador y el alcance de la conducta sobre el orden empresarial. Asimismo, en el caso de que el convenio colectivo correspondiente guarde silencio, el mismo tribunal ha considerado en alguna ocasión que tres faltas injustificadas y consecutivas son suficientes para declarar la procedencia del despido⁸⁷⁶.

Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido una excepción a la regla general que permite sancionar disciplinariamente a los trabajadores que prolongan su ausencia más allá del alta médica. Para ello se exige el cumplimiento de una serie de requisitos que ponen de manifiesto la legitimidad de su comportamiento y cuya concurrencia permite generar una duda razonable sobre la adecuación del acto extintivo⁸⁷⁷. En primer lugar, se exige que, si el trabajador interesado está en desacuerdo con el alta médica, la impugne en tiempo y forma ante el órgano competente⁸⁷⁸. En segundo lugar, conforme a los deberes de diligencia y buena fe contractual, debe comunicar proactivamente a la empresa (i) que ha sido dado de alta, (ii) que ha impugnado el alta o tiene la intención de hacerlo y (iii) la voluntad de preservar la suspensión para prevenir la eventual apreciación de un desistimiento⁸⁷⁹. Por último, el trabajador debe ser capaz de aportar

⁸⁷² STS 21/11/2000 (Rec. núm. 3468/1999).

⁸⁷³ ORTEGA LOZANO, P. G.: ‘Las faltas repetidas... cit., p. 4.

⁸⁷⁴ Vid., como muestra, STSJ Andalucía 11/10//2011 (Rec. núm. 2016/2011) y STSJ Castilla la Mancha 6/10/2015 (Rec. núm. 722/2015).

⁸⁷⁵ STS 27/03/1990 (Rec. núm. 117/1989).

⁸⁷⁶ STS 20/11/1989.

⁸⁷⁷ STS 27/03/2013 (Rec. núm. 1291/2012).

⁸⁷⁸ STSJ Aragón 14/11/2002 (Rec. núm. 1128/2002), STSJ Murcia 18/05/1999 (Rec. núm. 1640/1998)

⁸⁷⁹ STSJ Cataluña 13/11/2008 (Rec. núm. 5846/2008), STSJ Madrid 14/06/2012 (Rec. núm. 2786/2012), STSJ Madrid 1/10/2015 (Rec. núm. 379/2015), STSJ Castilla y León 23/05/2018 (Rec. núm. 364/2018) y STSJ Asturias 3/12/2019 (Rec. núm. 2111/2019).

elementos objetivos de prueba que evidencien que su estado de salud es incompatible con el trabajo y que, por tanto, su falta de reincorporación está materialmente justificada, aunque carezca ya de amparo formal en la incapacidad temporal⁸⁸⁰.

Cuando el trabajador alega que, pese al alta médica, su estado de salud le impide volver a trabajar, el empresario tiene la opción de ordenar un reconocimiento médico para comprobarlo, pues se cumple el supuesto de hecho del artículo 20.4 ET. Ello se debe a que la articulación de la facultad de control está desvinculada de la dinámica prestacional de la incapacidad temporal, por lo que resulta muy útil en este tipo de casos. Como se ha indicado, esta es la única circunstancia en la que el reconocimiento médico puede considerarse obligatorio⁸⁸¹, en el sentido de que su evitación puede acarrear consecuencias disciplinarias, más que por desobediencia, por la consideración de las ausencias posteriores al alta como injustificadas. En efecto, una vez que la incapacidad temporal carece de respaldo técnico por parte de los organismos competentes, negar a la empresa la posibilidad de controlar si las alegaciones del trabajador que ha sido dado de alta son ciertas carece de justificación razonable.

Más allá del posible recurso a sus facultades de control, lo cierto es que los supuestos en que se emite el alta por incapacidad temporal sin que el trabajador esté completamente recuperado pueden situar a la empresa en una situación jurídicamente comprometida, al menos por dos motivos. En primer lugar, acaba de verse que el despido de un trabajador que no va a trabajar porque realmente no puede hacerlo, habiendo avisado a la empresa, se considera improcedente. En segundo lugar, a la empresa se le niega la posibilidad de impugnar el alta médica, pese a poder verse directamente perjudicada por la misma. Efectivamente, aunque el Tribunal Supremo reconoce que el empresario tiene un interés real en la cuestión, en tanto que le afectan las consecuencias contractuales de la relación de Seguridad Social, considera que carece de legitimación activa para poder actuar en defensa de un derecho *“que corresponde únicamente al trabajador”*⁸⁸².

⁸⁸⁰ STSJ Cataluña 15/06/2001 (Rec. núm. 9046/2000), STSJ Andalucía (Sevilla) 18/04/2012 (Rec. núm. 1847/2011) STSJ Castilla y León (Valladolid) 12/09/2012 (Rec. núm. 1393/2006), STSJ Valencia 5/02/2019 (Rec. núm. 313/2019).

⁸⁸¹ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites...* cit., p. 49

⁸⁸² STS 14/10/1992 (Rec. núm. 2500/1991) y STS 20/10/1992 y (Rec. núm. 2446/1991) sobre los supuestos de dos empresarios que impugnaron judicialmente las declaraciones de incapacidad permanente total de sendos trabajadores. Esta doctrina ha sido específicamente aplicada a la impugnación del alta médica de la incapacidad temporal en las STSJ Cataluña 15/02/1999 (Rec. núm. 3465/1998) y la STSJ Cantabria 9/04/2004 (Rec. núm. 1151/2002) y STSJ Cataluña 14/04/2008 (Rec. núm. 9239/2007). Sin embargo, también pueden verse, llegando a la conclusión contraria, la STSJ Cataluña 24/07/1992 considerando que la empresa actuaba en defensa de un interés legítimo *“porque la habilidad para el trabajo forma parte de los elementos de la relación laboral y su inexistencia repercute de forma evidente en el empleador”* y la STSJ Asturias 31/05/1996 (Rec. núm. 384/1996) en la que se argumenta que la empresa *“sí está afectada directamente por la resolución administrativa que acuerda el alta médica del trabajador, pues si éste no reúne objetivamente la idoneidad precisa para seguir desempeñando sus trabajos habituales aquella declaración incide directamente en el interés de la empresa”*.

Ante tal situación, las partes de la relación laboral se ven frente a una elección entre varias alternativas⁸⁸³ que resultan igualmente insatisfactorias⁸⁸⁴. Un recurso frecuente es acordar el disfrute de las vacaciones del trabajador, si tuviera derecho a las mismas, aunque esta es una solución temporalmente limitada, porque pueden agotarse fácilmente antes de la resolución de la impugnación. También puede suspenderse la relación laboral de mutuo acuerdo o *de facto*, por la no reincorporación del trabajador, pero ello supone la prolongación de su ausencia durante un periodo en el que no percibirá ni ingresos salariales ni sociales, a la vez que conlleva para el empresario alargar los costes que esta le acarrea durante un periodo indeterminado⁸⁸⁵. Puede valorarse si es posible la recolocación del trabajador en un puesto de trabajo compatible con su situación comprometida de salud, pero su movilidad funcional fuera del grupo profesional requerirá un acuerdo entre las partes. Ello se debe a que su malestar no es una razón técnica u organizativa que justifique el cambio de acuerdo con el artículo 39.2 ET y, en caso de conflicto, podría considerarse incluso que la reincorporación ha sido defectuosa. Puede, en fin, aceptarse la reincorporación del trabajador en su puesto habitual, asumiendo simplemente su menor rendimiento, con los correspondientes costes que ello también implica para la empresa.

En definitiva, lo que late en la poca razonabilidad de todas las salidas anteriores ante una situación de duda sobre la imposibilidad material de trabajar tras el alta es la inadecuación de la relación que nuestro ordenamiento establece entre la incapacidad temporal y el trabajo. Más en particular, el problema tiene su origen, a mi modo de ver, en la desatención que afecta gravemente a la transición entre la incapacidad y la reincorporación, cuando, pese a existir una mejoría en el proceso patológico que puede ser valorada por los médicos en el sentido de merecer el alta, persisten en el empleado secuelas de la enfermedad que obstaculizan el normal desarrollo de sus tareas. Las leyes laborales únicamente tienen en consideración la posible existencia de tales secuelas y prevén medidas adecuadas para afrontarlas si estas acarrear un riesgo laboral subjetivo para el trabajador, pero las obvian cuando afectan solamente a la capacidad laboral o al rendimiento esperable. Sobre esta cuestión se profundizará en el Capítulo Sexto y se propondrán algunas claves para su solución cabal para ambas partes de la relación laboral.

⁸⁸³ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 235.

⁸⁸⁴ SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: 'Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente', *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 1, (1999), p. 4 de la versión digital y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: 'El alta médica. Efectos laborales e impugnación por el trabajador: Examen especial de la posición de las mutuas de accidentes de trabajo', *Actualidad laboral*, núm. 11, (2008), p. 17 de la versión digital.

⁸⁸⁵ STSJ Cantabria 2/07/2021 (Rec. núm. 411/2021).

2. La notificación administrativa de la extinción de la incapacidad temporal. El problema de las demoras en la reincorporación al trabajo

Como regla general, el alta médica se firma en el mismo momento de la exploración facultativa del trabajador y se le entrega directamente en mano una copia en papel del parte correspondiente, de acuerdo con el artículo 7.1 del Real Decreto 625/2014. No obstante, en no pocas ocasiones, la decisión no es conocida inmediatamente por el trabajador tras un reconocimiento médico, sino que se le comunica posteriormente a través de una notificación administrativa. Tal es el caso, por ejemplo, de las altas que se emiten por el INSS tras la superación del plazo ordinario de la incapacidad temporal, puesto que, conforme al artículo 170.2 LGSS, se requiere la intervención de un Equipo de Evaluación de Incapacidades. Lo mismo ocurre con la extinción de la prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal que se produce, en virtud del artículo 174.5 LGSS, una vez que se califique negativamente una incapacidad permanente. De acuerdo con el artículo 82.4.b LGSS, el alta también debe notificarse administrativamente por la mutua cuando es el resultado de la estimación de una propuesta formulada ante el servicio público de salud o, subsidiariamente, ante el INSS. La enumeración anterior no es exhaustiva, solo ilustrativa de lo que ocurre en tantos otros casos similares⁸⁸⁶.

Conforme al artículo 129.1 LGSS, la notificación de un alta médica o de la confirmación de la extinción de la incapacidad temporal se somete al régimen administrativo general, igual que ocurría con la citación a los reconocimientos médicos de control. Por lo tanto, el órgano que dicte la resolución o acto debe notificarlo *“dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que haya sido dictado”*⁸⁸⁷. No se prevé, pese a ello, ninguna consecuencia para el incumplimiento del término, que no es extraño en la práctica. Y aunque la Administración intente la notificación tempestivamente, esta también puede retrasarse por causas ajenas a la misma, como en el caso ya tratado de que no haya nadie en el domicilio del interesado para recibirla. Sea como fuere, el trabajo del servicio de correos nunca es instantáneo, por lo que, con independencia de que se den o no retrasos relevantes, se genera un evidente desfase temporal entre el momento en que se extingue la incapacidad temporal y el momento en el trabajador tiene conocimiento fehaciente de ello. En consecuencia, la reincorporación del trabajador a la empresa no se produce al día siguiente de declararse el alta,

⁸⁸⁶ La notificación administrativa al trabajador también es necesaria para que surja efectos la confirmación por el INSS de la extinción del proceso de incapacidad temporal tras la revisión de un alta médica emitida por la mutua en un proceso por contingencias profesionales del art. 170.4 LGSS o tras un procedimiento de disconformidad del art. 170.2 LGSS. Asimismo, la notificación administrativa también es la vía a través de la que se comunica al trabajador la anulación por parte del INSS de una baja emitida por los servicios públicos de salud, por tratarse de la misma o similar patología por la que la entidad gestora ya había dado de alta al trabajador, conforme a los puntos primero y segundo del art. 170 LGSS.

⁸⁸⁷ Art. 40.2 LPCAP.

quebrándose la relación de continuidad que la ley establece generalmente entre ambas circunstancias.

Desde la perspectiva de la protección social del trabajador, este problema ha sido objeto de un abundante tratamiento jurisprudencial que ha variado en el tiempo. En un inicio, entre los años 2000 y 2002, el Tribunal Supremo, aplicando el ya citado principio de ejecutividad de los actos administrativos, determinó que la incapacidad temporal se extinguía en el mismo momento de dictarse la resolución del alta. Por lo tanto, el subsidio dejaba de abonarse desde ese instante, con independencia de su posterior notificación al interesado⁸⁸⁸. Se consideraba, a este respecto, que el conocimiento del contenido de la resolución por parte del trabajador constituía “*un elemento de carácter subjetivo*” que no podía tener incidencia alguna en el abono de la prestación económica. Por tanto, el trabajador sufría un periodo de desprotección durante la espera de la notificación, al no poder percibir ni prestación pública ni salario, por no haberse reincorporado al trabajo. Este perjuicio al trabajador, imputable a la falta de celeridad de la propia Administración, fue razonablemente criticado⁸⁸⁹.

Esta doctrina jurisprudencial fue corregida a través de las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2012⁸⁹⁰ y de 2 de diciembre del 2014⁸⁹¹, en las que se indicaba que es necesario abonar el subsidio por incapacidad temporal “*hasta el momento de la notificación de la resolución administrativa porque es a partir de dicho instante cuando el trabajador debe incorporarse a su puesto de trabajo y, por tanto, cuando empezará, en su caso, a lucrar el correspondiente salario*”⁸⁹². A su vez, este

⁸⁸⁸ STS 20/01/2000 (Rec. núm. 14/1999), STS 11/07/2000 (Rec. núm. 2509/1999), STS 30/04/2001 (Rec. núm. 1623/2000), STS 17/04/2001 (Rec. núm. 3461/2000) y STS 30/04/2002 (Rec. núm. 1192/20019), todas dictadas en supuestos relativos a trabajadores que se encontraban en la situación prevista en el artículo art. 131 bis.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Es decir, son casos en los que el INSS declaraba la extinción de la prórroga de la incapacidad temporal en el momento de denegar la declaración de incapacidad permanente de un trabajador que ya había sobrepasado los dieciocho meses de incapacidad temporal.

⁸⁸⁹ Vid., como muestra, en el ámbito judicial, la STSJ Navarra 5/07/2017 (Rec. núm. 242/2017) que se separa del criterio del Tribunal Supremo por considerar que “*puede llegar a provocar efectos contrarios a la finalidad propia de las normas que contempla y analiza, y se aviene mal con los principios inspiradores de nuestro Sistema de Seguridad Social*” o, en el ámbito doctrinal, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 168.

⁸⁹⁰ Rec. núm. 715/2011.

⁸⁹¹ Rec. núm. 573/2014.

⁸⁹² En ambas sentencias los supuestos de hecho versaban sobre trabajadores que habían sido dados de alta por el INSS en ejercicio de la facultad reconocida en el primer párrafo del artículo 170.2 LGSS. Por ello, el Tribunal Supremo argumenta sobre el cambio de doctrina que la introducción mediante la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, del procedimiento de disconformidad evidencia que el alta médica está sometida entonces a un régimen jurídico especial. Por ello, se entendió en algún caso que sus conclusiones no eran trasladables a altas dictadas en otras circunstancias. Vid., por ejemplo, las STSJ Madrid 1/04/2019 (Rec. núm. 1150/2018), 23/11/2020 (Rec. núm. 145/2020) y 5/02/2021 (Rec. núm. 531/2020). Sin embargo, el Tribunal Supremo ha evidenciado en su Auto de 4/07/2019 (Rec. núm. 4372/2018) que su nueva doctrina alcanza también las altas dictadas durante el periodo ordinario de incapacidad temporal, por lo que el TSJ de Madrid ya ha corregido su

cambio de postura fue asumido posteriormente por el legislador a través de la adición de un nuevo párrafo al artículo 170.2 LGSS⁸⁹³. Dicho párrafo indica que cuando el INSS deniegue la prórroga de la incapacidad temporal y emita el alta médica, cesará la colaboración obligatoria de la empresa en el pago de la prestación, que pasará a abonarse directamente por la entidad gestora o la mutua *“durante el periodo que transcurra entre la fecha de la citada resolución y su notificación al interesado”*.

Una vez más, puede observarse aquí que la discusión principal se ha centrado en la dimensión prestacional de incapacidad temporal, pero sus repercusiones contractuales sobre el absentismo laboral quedan en un segundo plano. Con independencia de su cobertura económica, el tiempo que tarde en realizarse la notificación representa un retraso justificado, pero sin fundamento desde el punto de vista de la reincorporación de los trabajadores a la empresa, que no ha suscitado la misma preocupación. Para tener una idea de la relevancia práctica de esta cuestión, basta indicar que en los supuestos sobre los que versan las sentencias analizadas en el presente apartado, las demoras oscilan entre los ocho y los veinte días (naturales) de absentismo adicional por la notificación. Y ello sin tener en cuenta casos especialmente graves, como aquellos en los que, por algún error, las altas no llegan a comunicarse a los trabajadores afectados, alargándose sus efectos hasta siete meses después de su emisión⁸⁹⁴. Ante esta indeseable situación de alargamiento innecesario de la incapacidad temporal, en un momento en el que el trabajador ya ha recobrado su capacidad para trabajar, cabe plantearse si es posible acortar su ausencia, comunicándole por otros medios la emisión del alta.

A este respecto, se dan supuestos en los que, antes de llegarle la resolución por escrito a su domicilio, el trabajador es avisado del alta por su propia empresa o por la mutua. Recuérdese que, al comunicarse ambas con la entidad gestora por medios electrónicos, muchas veces tienen noticia casi inmediata del alta y no padecen las dilaciones que pueden acarrear los servicios postales. Pues bien, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han dado soluciones divergentes a la cuestión de si el conocimiento del alta por medios distintos a la notificación administrativa activa directamente la obligación de reincorporación del trabajador. En un sentido, se ha considerado (i) que, si con arreglo a la última doctrina del Tribunal Supremo, el trabajador continúa percibiendo la prestación hasta el momento de la notificación, *“es lógico pensar que no tiene la obligación de reincorporarse al trabajo”*⁸⁹⁵ y (ii) que no puede concederse valor jurídico a la comunicación del alta al trabajador por parte de

postura en sus Sentencias de 28/01/2021 (Rec. núm. 989/2020), 11/03/2021 (Rec. núm. 34/2021) y 26/05/2021 (Rec. núm. 265/2021).

⁸⁹³ La modificación fue operada a través de la DA 31.3 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

⁸⁹⁴ STSJ Valencia 16/05/2011 (Rec. núm. 3051/2010) y STSJ Castilla-La Mancha 5/01/2015 (Rec. núm. 770/2014).

⁸⁹⁵ STSJ Castilla y León 6/05/2019 (Rec. núm. 571/2019).

terceros, debiendo ser directamente notificada por el INSS para que nazca su obligación de reincorporarse al trabajo⁸⁹⁶. En el sentido opuesto, se ha entendido que la suspensión contractual se extingue con la incapacidad temporal en el momento de firmarse la resolución, por lo que el trabajador tiene la obligación de reincorporarse en cuanto conoce el alta, con independencia de que el pago de la prestación se prorrogue hasta la fecha de la notificación “*para evitar su desprotección por demoras procedimentales*”⁸⁹⁷.

El mismo interrogante se ha planteado también a raíz del reciente ensayo de un sistema de avisos por mensaje de texto telefónico (SMS), con los que el INSS comunica a los interesados su alta médica el mismo día de producirse, sin perjuicio de la posterior notificación por escrito de la resolución. En el momento de redactarse estas líneas, se trata de un mecanismo que se ha introducido por la vía de las decisiones de gestión, sin apoyo normativo directo, y que únicamente se ha adoptado por parte de algunas direcciones provinciales, al no existir instrucciones generales a nivel estatal⁸⁹⁸. El tenor literal del contenido de los SMS referidos a los trabajadores difiere ligeramente, de modo que a veces se indica únicamente que se acaba de adoptar el alta médica⁸⁹⁹ y, otras veces, se va más allá, afirmándose que el trabajador “*Deberá incorporarse a su trabajo al día siguiente*”. A este último respecto, no deja de llamar la atención que la propia entidad gestora atribuya efectos jurídicos de índole contractual a la recepción de su mensaje.

De acuerdo con el artículo 132.1 LGSS, que regula las notificaciones de actos administrativos en el ámbito de la Seguridad Social, los sujetos no obligados a comunicarse con la Administración por medios electrónicos, entre los que se encuentran los trabajadores⁹⁰⁰, tienen derecho a ser notificados en su domicilio. Además, el artículo 41.1.b LPCAP, establece que la validez de las notificaciones requiere que el medio utilizado permita tener constancia de su recepción o acceso por parte del interesado. Por ello, no es controvertido que los SMS enviados por el INSS a los trabajadores no cumplen los anteriores requisitos administrativos y no pueden equipararse a las notificaciones. No obstante, la naturaleza jurídica de los SMS sí encuentra un acomodo adecuado en el artículo 41.6 de la misma ley. Tal precepto reza que las notificaciones administrativas pueden (o no) ser complementadas por un aviso al dispositivo electrónico o a la dirección de correo electrónico del interesado, con la función de que

⁸⁹⁶ STSJ Valencia 19/05/2020 (Rec. núm. 10/2020). Similarmente, de la STSJ País Vasco de 16/10/2018 (Rec. núm. 1821/2018) se desprende la misma idea.

⁸⁹⁷ STSJ Andalucía 29/10/2020 (Rec. núm. 849/2020). Similarmente, la STSJ Castilla y León 22/04/2015 (Rec. 269/2015), considera como faltas injustificadas las que se producen desde el momento en que la empresa exige la reincorporación de la trabajadora, aunque más por el hecho de que “*no adujo la imposibilidad de trabajar o el desconocimiento del alta médica*”.

⁸⁹⁸ Información obtenida a través de una consulta informal a la Dirección Provincial del INSS de las Islas Baleares realizada en el mes de junio de 2019.

⁸⁹⁹ Vid., los hechos probados de la STSJ Madrid 19/04/2021 (Rec. núm. 26/2021).

⁹⁰⁰ A *contrario sensu*, art. 3 de la Orden ESS/485/2013, de 26 de marzo, por la que se regulan las notificaciones y comunicaciones por medios electrónicos en el ámbito de la Seguridad Social.

conozca la “puesta a disposición de una notificación” en el organismo correspondiente e incrementar su seguridad jurídica⁹⁰¹.

Entre las todavía escasas sentencias que se han dictado en suplicación sobre la trascendencia que deba darse a los SMS pueden encontrarse pronunciamientos contradictorios, aunque son más numerosos los que atribuyen consecuencias laborales a estos avisos del INSS. De un lado, a favor del trabajador, se ha considerado que el momento en el que tiene que reincorporarse es después de la recepción por escrito del acto administrativo, “sin que sea suficiente a estos efectos la comunicación a través de un SMS”⁹⁰². De otro lado, a favor de la empresa, se ha considerado que esta actúa correctamente al sancionar disciplinariamente, como faltas injustificadas, los días de ausencia que se producen entre la recepción del SMS y la notificación formal del alta médica en el domicilio⁹⁰³. Estas últimas decisiones se basan en la finalización de la causa que sustenta la suspensión contractual y en la exigencia de un mínimo de diligencia a los trabajadores, de los que no se admite que, conociendo que han sido dados de alta, continúen actuando como si lo ignoraran. Por el contrario, se espera de ellos que se reincorporen al trabajo o, cuanto menos, acudan a las oficinas del INSS para ser notificados personalmente de la resolución completa.

En mi opinión, puede considerarse que la segunda opción es la que más se ajusta a la legalidad. Recuérdese que el artículo 39.1 LPACAP establece una regla general por la que los actos administrativos producen efectos desde la fecha en que se dictan. Dicha regla es matizada en el caso del alta médica, que, conforme al ya referido artículo 5.1 del Real Decreto 625/2014, produce efectos al día siguiente de dictarse. Por lo tanto, las ausencias que se dan entre el alta y su notificación son infundadas por el principio de ejecutividad, aunque no se sancionen disciplinariamente porque no se puede exigir al trabajador que actúe de conformidad con un acto que desconoce. Ahora bien, tal eximente deja de darse, conforme al deber de buena fe contractual, cuando puede presumirse indiciariamente que el trabajador ya tiene conocimiento del alta. Además, la presunción se convierte en certeza cuando a la recepción del aviso telefónico del INSS se le suma la desatención del requerimiento de la empresa para que se reincorpore al trabajo, como ocurre en la mayoría de los despidos que las resoluciones citadas consideran procedentes. Esta interpretación tampoco se opone a la última doctrina del Tribunal Supremo, por cuanto el propósito de alargar la duración del subsidio es evitar

⁹⁰¹ Punto V de la exposición de motivos de la LPCAP.

⁹⁰² STSJ Asturias 13/06/2017 (Rec. núm. 1315/2017).

⁹⁰³ STSJ Galicia 21/05/2018 (Rec. núm. 679/2018), STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 24/01/2019 (Rec. núm. 644/2018) y STSJ Madrid 19/04/2021 (Rec. núm. 26/2021). Asimismo, sin tratar directamente esta cuestión, en las STSJ Madrid 29/10/2018 (Rec. núm. 205/2018) y STSJ Valencia 10/12/2020 (Rec. núm. 1936/2020) se toma como referencia del momento en el que el trabajador debería haberse reincorporado el día siguiente al aviso telefónico del INSS.

la desprotección económica del trabajador, que no se produce si se reincorpora y empieza a percibir su salario con normalidad.

En fin, la digitalización de la Administración de la Seguridad Social presenta aquí, de nuevo, una ventana de oportunidad para reducir el tiempo de ausencia del trabajador por incapacidad temporal. En primer lugar, de forma indirecta, la comunicación telemática inmediata del INSS con las mutuas y los empresarios permite que la noticia del alta pueda llegar con mayor celeridad al trabajador. Ello no implica restar trascendencia administrativa a la notificación del alta por escrito al interesado, que sigue siendo imprescindible, por ejemplo, a los efectos de poder plantear el correspondiente recurso. Pero sí deslegitima la pasividad del trabajador a efectos contractuales desde que conoce la extinción de la incapacidad temporal y se le requiere para que reanude su actividad laboral. El único supuesto en el que, a mi modo de ver, el trabajador podría negarse a reincorporarse pese a ser informado del alta sería cuando esta la haya dictado el INSS en ejercicio de la facultad del artículo 170.2 LGSS. Como se verá a continuación, en dicho caso no opera el principio de ejecutividad, porque la impugnación del alta está sujeta a un régimen especial que sí permite suspender cautelarmente sus efectos laborales y de Seguridad Social.

En segundo lugar, de forma directa, la introducción de avisos telefónicos en la relación del INSS con los interesados también permite la transmisión instantánea de información relativa a la adopción del alta. Sin embargo, no deja de resultar perjudicial para la seguridad jurídica que cada dirección provincial del INSS actúe con criterio propio sobre la utilización o no de este mecanismo, sobre todo cuando de la desatención del aviso se están extrayendo efectos jurídicos tan trascendentes como despidos disciplinarios procedentes. Por ello, resultaría recomendable el establecimiento de un criterio unitario claro a nivel estatal y también, *lege ferenda*, la incorporación de un artículo dedicado a la trascendencia contractual de los avisos telefónicos, cuanto menos, en el Capítulo III de la Orden ESS/1187/2015. Igual que ocurría con la comunicación de la citación a los reconocimientos médicos de control, la aplicación de la normativa administrativa general a las vicisitudes de la incapacidad temporal también resulta inadecuada en este caso y merece la adopción de reglas especiales.

3. Las consecuencias sobre el absentismo de la impugnación del alta médica

El alta médica por incapacidad temporal, pese a sus particularidades, es un acto administrativo acordado por organismos de Derecho Público que, como tal, es susceptible de impugnación administrativa y ulteriormente judicial. Como se ha visto, el principio de ejecutividad hace que la interposición de un recurso contra el alta médica no suspenda sus efectos y, por lo tanto, no supone, en principio, un alargamiento de la suspensión del contrato de trabajo. No obstante, la anterior regla general no es aplicable en todo caso y el régimen jurídico de la incapacidad temporal contempla varios supuestos en los que se permite la postergación del retorno al trabajo mientras se

resuelve el recurso interpuesto. En tales casos, la impugnación sí tiene influencia en el incremento del absentismo laboral y adquiere mucho interés para el presente trabajo. A continuación se describe, muy sucintamente, el funcionamiento del procedimiento general de impugnación del alta, para facilitar su comparación con los procedimientos especiales, que resultan más problemáticos, y que se examinarán en los dos apartados siguientes.

Bajo el régimen general, el primer paso para la impugnación del alta es la interposición de una reclamación administrativa previa del artículo 71 LRJS ante la entidad gestora de la prestación. Con todo, en el caso de la impugnación de las altas médicas, la ley prevé una notable agilización de los plazos, tanto en su interposición, como en su resolución administrativa y posterior formulación de la demanda judicial⁹⁰⁴. Una vez cumplida la reclamación administrativa previa, el procedimiento judicial especialmente diseñado para la impugnación de las altas médicas del artículo 140 LRJS se caracteriza igualmente por la brevedad de sus plazos, que se reducen a cinco días para el señalamiento del juicio y a tres días para dictar sentencia. Además, tiene carácter urgente, es de tramitación preferente y se limitan estrictamente las partes procesales legitimadas para intervenir, así como el objeto sobre el que versa, con la finalidad de facilitar su resolución en el menor tiempo posible. La vocación de celeridad con la que están pensadas ambas fases de la impugnación, con plazos tan cortos, obedece a la voluntad de perjudicar lo menos posible al trabajador⁹⁰⁵, que se ve obligado a trabajar sin estar de acuerdo con la valoración médica sobre su capacidad laboral.

3.1. La revisión de las altas médicas expedidas por las mutuas

Conforme al artículo 80.2.a LGSS, las mutuas gestionan las prestaciones económicas y de asistencia sanitaria comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Ello implica que emiten todos los actos propios de su gestión, como son los partes de baja, confirmación y alta en las mismas condiciones y con los mismos efectos en que lo hacen los servicios públicos de salud. No obstante, sus altas médicas se ven sometidas a un régimen particular de impugnación que se sustancia a través del denominado procedimiento administrativo especial de revisión del artículo 170.4 LGSS. Dicho procedimiento proporciona al interesado la oportunidad de cuestionar ante el INSS la validez del alta emitida por la mutua y hace las veces de la reclamación administrativa previa necesaria para poder interponer una demanda judicial.

De acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad

⁹⁰⁴ De acuerdo con el art. 71 LGSS, mientras que, con carácter general, dichos plazos son, respectivamente, de treinta, cuarenta y cinco y treinta días, en el caso de la impugnación de las altas médicas se reducen a once, siete y veinte días.

⁹⁰⁵ MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: 'Control público de la incapacidad... cit.', p. 119.

temporal (en adelante, Real Decreto 1430/2009), el trabajador puede instar ante el INSS la revisión del alta emitida por la mutua en los diez días hábiles posteriores a su emisión. Una vez admitida dicha solicitud, el INSS da audiencia a la mutua para que informe sobre las causas que motivaron la emisión del alta médica o, en su caso, reconozca directamente su improcedencia en el plazo de cuatro días. Seguidamente, con independencia de que dicho requerimiento sea o no atendido por la mutua, el director provincial del INSS debe resolver la solicitud del trabajador en el plazo improrrogable de quince días hábiles *“previo informe preceptivo del equipo de valoración de incapacidades, que debe examinar y valorar el caso concreto”*. Dicha resolución podrá (i) confirmar el alta médica emitida por la mutua, (ii) marcar una nueva fecha de alta si el interesado recuperara la capacidad laboral durante el transcurso del procedimiento o (iii) determinar la invalidez del alta de la mutua y la continuación del proceso por incapacidad temporal. Adicionalmente, y de ser necesario, también podrá determinar la contingencia causante si concurren distintos procesos.

Pues bien, la principal característica del proceso de revisión, a los efectos que aquí interesan, es que *“su mera iniciación”* suspende los efectos del alta médica, prorrogándose de forma instantánea la situación de incapacidad temporal (art. 4.3 Real Decreto 1430/2009). Es decir, el trabajador continuará percibiendo su prestación y se mantendrá la suspensión de su contrato durante el periodo en que se tramite y resuelva el recurso. Esta medida se adopta como contrapeso del control total que las mutuas tienen sobre la gestión de los procesos de incapacidad temporal por contingencias profesionales y para responder a la crítica histórica del excesivo rigor que aplican en la emisión de altas, que algunos han calificado como *“indebidas”* o *“prematuras”*⁹⁰⁶. De este modo, se busca evitar los problemas jurídicos y prácticos, ya descritos, que se generan cuando el trabajador no se reincorpora tras un alta dudosa. También se mitiga el riesgo potencial de que el trabajador no recuperado de su enfermedad o accidente profesional se vea obligado a forzar sus capacidades físicas o psíquicas para reincorporarse a su trabajo, pudiendo perjudicar su salud. Si bien, como contrapartida, es obvio que este procedimiento especial también incrementa el riesgo de que se produzcan alargamientos innecesarios, o directamente fraudulentos, de la ausencia⁹⁰⁷.

La norma trata de compensar los perjuicios que el alargamiento de la incapacidad temporal puede suponer para las arcas públicas disponiendo que, si la revisión es desestimada, se considerarán indebidamente percibidas las cantidades obtenidas durante la tramitación del procedimiento (art. 4.8 Real Decreto 1430/2009). Ello, a mi

⁹⁰⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: ‘El control de las bajas... cit., p. 15; SEMPERE NAVARRO, A. V.; TORTUERO PLAZA, J. L.; MARTÍN JIMÉNEZ, R. y GARCÍA VIÑA, J.: Hacia un nuevo modelo... cit., p. 98 O TORTUERO PLAZA, J. L.: ‘Nuevamente la incapacidad... cit., p. 46.

⁹⁰⁷ Un ejemplo de este uso claramente desviado del procedimiento de revisión puede verse en la STSJ Andalucía (Sevilla) 14/06/2017 (Rec. núm. 2422/2016), en la que se relata el caso de un trabajador que, habiendo impugnado el alta médica de la mutua, fue observado por un detective trabajando en un establecimiento familiar y realizando tareas claramente incompatibles con su supuesta lesión lumbar.

juicio, merece una valoración positiva⁹⁰⁸, porque puede servir para asegurar un grado mínimo de prudencia por parte del trabajador a la hora de impugnar el alta médica. Una reclamación temeraria le supondrá un perjuicio económico en forma de falta de ingresos por un periodo de tiempo durante el que habrá perdido su prestación y no percibirá tampoco un salario. Además, la preocupación del legislador porque se haga un buen uso del procedimiento de revisión lo conduce incluso a disponer que la prestación percibida *“será incompatible con las rentas derivadas del ejercicio de la actividad profesional”*⁹⁰⁹. Se trata de una reiteración innecesaria de una regla que ya se establece con carácter general y en términos similares en el artículo 175.1.a LGSS, cuyo tratamiento se abordará en profundidad más adelante.

Sin embargo, peor remedio que la recuperación del subsidio tiene el hecho de que la suspensión contractual del trabajador se vea automáticamente alargada, con las consecuencias que ello tiene para el empresario. Si el alta se confirma, aunque se declare la extinción de la incapacidad temporal en su fecha original⁹¹⁰, es imposible que los efectos de la suspensión del contrato de trabajo se retrotraigan durante el periodo de más de un mes que puede durar la tramitación de la revisión. Así se explicita en la Sentencia del Tribunal de Justicia de Asturias de 31 de mayo de 2016⁹¹¹, al indicar que *“La desestimación por el INSS de la solicitud revisora produce unos efectos que no alteran la eficacia de la suspensión previa, respecto de la asistencia al trabajo, salvo que la resolución de la Entidad Gestora se exprese en unos términos que muestren la realización por el demandante de fraude, engaño, simulación o manipulación para conseguir su objetivo”*.

Como consecuencia, la configuración de este procedimiento especial de revisión de las altas de las mutuas incide directamente en la esfera de contención del gasto prestacional, pero no plantea una solución a nivel empresarial para compensar la falta de un trabajo que debió haberse prestado a partir del alta⁹¹². Es cierto que el procedimiento se considera preferente para la entidad gestora *“con el fin de que se dicte la resolución correspondiente en el menor tiempo posible”*⁹¹³. Y ello se debe a la propia anomalía que representa la continuidad de los efectos de la incapacidad temporal después de que un facultativo médico, por mucho que sea de una mutua, haya considerado que el trabajador está curado o presenta una mejoría suficiente para volver al trabajo. Pero la autoproclamada brevedad del procedimiento, que minimizaría sus

⁹⁰⁸ En sentido contrario, LÓPEZ-TAMÉZ IGLESIAS, R.: *Gestión y control de la incapacidad...* cit., p. 12 lo considera un castigo desproporcionado para el trabajador, carente de la base legal suficiente.

⁹⁰⁹ Como indica, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: ‘El control de las bajas... cit., p. 22, el reglamento obliga al trabajador a asumir el riesgo económico si el INSS confirma el alta médica. Aunque, por otra parte, y como luego se verá, si el trabajador prefiere evitarse la incertidumbre y reincorporarse al trabajo siempre le queda la opción de acudir a la impugnación por la vía ordinaria de la reclamación previa.

⁹¹⁰ Art. 4.7.a Real Decreto 1430/2009.

⁹¹¹ Rec. núm. 671/2016.

⁹¹² MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: ‘Control público de la incapacidad... cit., p. 130.

⁹¹³ Art. 4.1 Real Decreto 1430/2009 *in fine*.

efectos sobre el absentismo laboral, no es tanta, considerando que contiene algún trámite que puede demorar su conclusión más allá de lo aparente. Además, su pretendida celeridad se vio perjudicada por las modificaciones operadas por la disposición final del Real Decreto 625/2014, que alargó el plazo para iniciar el procedimiento de cuatro días naturales a diez días hábiles y el trámite de audiencia a la mutua de dos a cuatro días hábiles.

En particular, por lo que respecta al alargamiento del plazo para la presentación de la solicitud de revisión, existen argumentos que apuntan a que se trata de una medida desacertada, que contradice directamente la naturaleza especial y rápida del procedimiento. En primer lugar, resulta llamativa la similitud que adquiere el plazo de presentación de la solicitud de revisión con el de presentación de una reclamación administrativa previa frente a un alta ordinaria, teniendo en cuenta que el de revisión estaba llamado a ser un procedimiento alternativo y mucho más breve⁹¹⁴. En efecto, cuando se creó este procedimiento especial, su plazo de activación de cuatro días contrastaba muy claramente con los treinta días de los que disponía el interesado para interponer una reclamación previa⁹¹⁵. Sin embargo, habiéndose reducido el plazo para la interposición de tal reclamación previa a once días y ampliado a diez el plazo para la interposición de la solicitud de revisión, la diferencia ha quedado reducida a un solo día. Ello desdibuja, a mi modo de ver, la ventaja comparativa que debería darse, en términos de agilidad, entre una y otra vía procedimental, permitiendo poner en cuestión la necesidad de un trato diferenciado.

En segundo lugar, aunque el procedimiento de revisión hace las veces de reclamación administrativa previa, no la sustituye. Por ello, si a un trabajador se le pasaba el plazo de cuatro días para impugnar el alta médica a través del procedimiento especial de revisión, lo que podía hacer era interponer una reclamación previa ante el INSS dentro de los once días hábiles siguientes⁹¹⁶. Es decir, aunque se estableciera un plazo muy breve para la impugnación especial del alta de la mutua, el despiste del trabajador no le ocasionaba un perjuicio grave, porque podía recurrir a otro procedimiento que le abría igualmente las puertas de la vía judicial⁹¹⁷. Además, aunque la reclamación previa no suspenda los efectos del alta, tampoco tiene por qué verse en peligro la integridad física del trabajador, dado que nada le impide solicitar una nueva baja médica ante el servicio público de salud. De hecho, el propio art. 4.5 Real Decreto 1430/2009 reconoce esta posibilidad, al obligar al servicio de salud a informarle sobre

⁹¹⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: 'El control de las bajas... cit.', p. 15.

⁹¹⁵ Art. 71.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

⁹¹⁶ MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: 'Control público de la incapacidad... cit.', p. 131.

⁹¹⁷ Muestra de ello es el caso que queda reflejado en la STSJ Galicia 17/04/2012 (Rec. núm. 2276/2011) sobre una trabajadora que presentó una reclamación previa 20 días naturales después de ser dada de alta por la mutua. Ante esta situación, el tribunal pone de manifiesto que la expresión, "*el interesado podrá iniciar*", contenida en el art. 4.1 del Real Decreto 1430/2009, indica que el procedimiento de revisión es opcional para el trabajador y no deroga la posibilidad de acudir al marco general de impugnación del alta.

su derecho de iniciar un procedimiento de revisión. De ahí que el establecimiento de un periodo que pudiera dar lugar a presentaciones extemporáneas de la solicitud correspondiente no tuviera consecuencias graves para el trabajador.

En tercer lugar, el establecimiento de un plazo tan extenso como el actual para la presentación de la solicitud de revisión del alta de la mutua genera problemas de inseguridad jurídica para la empresa en el plano contractual. Dado que el alta médica debe comunicarse a la empresa al día siguiente de su emisión, existe una legítima expectativa de reincorporación del trabajador que conduce a la empresa a adoptar las correspondientes decisiones organizativas para prepararla. Sin embargo, dicha expectativa de regreso puede verse fácilmente frustrada, porque la Ley no obliga al trabajador a informar de su intención de impugnar el alta en el momento de entregar el parte médico. El artículo 4.2 del Real Decreto 1430/2009 solo establece que el trabajador debe informar a la empresa sobre la solicitud de revisión en el día hábil siguiente de haberla presentado⁹¹⁸. Es decir, si la preparación de la impugnación se alarga, la empresa podría permanecer durante once días en una situación de indeseable incertidumbre sobre el carácter justificado o no de las ausencias del trabajador.

Por otra parte, un aspecto que puede demorar la resolución del procedimiento tiene que ver con la previsión del artículo 4.2 del Real Decreto 1430/2009 relativa a la obligación de acompañar la solicitud de revisión con *“el historial médico previo relacionado con el proceso de incapacidad temporal de que se trate”*. Como es lógico, para resolver adecuadamente sobre la procedencia del alta, es necesario que *“la entidad gestora conozca los antecedentes médico-clínicos existentes con anterioridad”*. Pues bien, si el trabajador olvida presentar la documentación sanitaria pertinente, la entidad gestora deberá aplicar como norma subsidiaria el artículo 68.1 LPACAP⁹¹⁹ y requerirle para que subsane dicho defecto formal en un plazo de diez días. Por lo tanto, el plazo máximo legal de quince días hábiles del que dispone el INSS para resolver el procedimiento de revisión se suspende, de acuerdo con el artículo 22.1.a LPACAP, hasta que el interesado cumpla el requerimiento o hasta que expire el plazo concedido. En el peor de los casos, si se agota el plazo de subsanación, el procedimiento podría alargarse hasta treinta y nueve días hábiles desde el momento de la emisión del alta médica por parte de la mutua. Proporcionar un mayor margen al trabajador para favorecer la presentación de una solicitud completa y evitar la apertura de este plazo de subsanación

⁹¹⁸ A este respecto, anunciar a la empresa la intención de impugnar el alta en el momento de entregar el parte médico sería en todo caso un acto de buena fe, pero en la STSJ Madrid 14/06/2012 (Rec. núm. 2786/2012) se considera insuficiente si el trabajador no informa posteriormente de la presentación efectiva de la solicitud.

⁹¹⁹ En contra de esta consideración, Vid., la STSJ Cantabria 15/07/2010 (Rec. núm. 603/2010) relativa a un supuesto en el que el que la incapacidad temporal se acabó alargando inútilmente durante 21 días dado que la solicitud fue desestimada por el INSS, sin ni siquiera entrar en el fondo del asunto, *“por no aportar la trabajadora el historial médico o copia de la solicitud de dicho historial”*, momento hasta el cual el tribunal entiende prorrogada la incapacidad.

era quizás el único motivo razonable para alargar el plazo de presentación de la solicitud a diez días⁹²⁰.

Como propuesta de mejora, cabe plantear que, contando con los medios tecnológicos actuales, sería posible, a mi modo de ver, prescindir del papel del trabajador como nexo de unión informativo entre las mutuas y el INSS, de modo similar a lo que ya se sugería con la entrega de los partes médicos a la empresa. En lugar de atribuir tal función de intermediación al trabajador, resulta más razonable que sea la mutua quien comparta directamente con el INSS, por vía telemática, los datos médicos necesarios para resolver el procedimiento de revisión, de conformidad con el artículo 71.1.f LGSS. De hecho, la entidad gestora ya ha suscrito con la asociación que agrupa a las mutuas de nuestro país un convenio de colaboración que permite a sus inspectores médicos acceder por medios digitales a las historias clínicas completas de los asegurados cubiertos por las mutuas⁹²¹. Dicho convenio se refiere solo a la transmisión de información para fines de inspección, pero bastaría con permitir su aplicación al procedimiento de revisión. Por lo tanto, simplificando la solicitud que debe presentar el trabajador se evitaría definitivamente la apertura de trámites de subsanación y se produciría un ahorro de hasta diez días de absentismo burocrático, que es el que se da cuando falta la documentación clínica. Ello permitiría, a su vez, volver al plazo anterior de cuatro días para la presentación de la solicitud del trabajador, ya que habría desaparecido la razón de ser de su alargamiento, lo que supondría un recorte de hasta seis días de demora en la iniciación del procedimiento.

3.2. El procedimiento de disconformidad

El llamado procedimiento de disconformidad es otro procedimiento especial de impugnación del alta médica que tiene lugar cuando es emitida por el INSS, una vez superados los primeros trescientos sesenta y cinco días de incapacidad temporal, con independencia de la tipología de contingencia causante. Este procedimiento se regula en el artículo 170.2 LGSS y permite al trabajador contrastar la denegación por el INSS de la prórroga de la incapacidad temporal con el criterio de la Inspección Médica del servicio público de salud. Así se pretende evitar, como indicaba en la exposición de motivos la ley por la que se introdujo este procedimiento, *“la inseguridad jurídica que provoca la disparidad de diagnósticos de una y otra instancia”*⁹²². Como el procedimiento de revisión, el procedimiento de disconformidad es de mucho interés

⁹²⁰ En efecto, el anterior plazo de cuatro días naturales podía dificultar la presentación tempestiva de una solicitud íntegra. También es esta la única razón que explica que se ampliara el plazo para la solicitud de revisión del alta de la mutua y se mantuviera, al mismo tiempo, el plazo para iniciar el procedimiento de disconformidad en cuatro días. Para este último no es necesario aportar documentación adicional y solo se exige la cumplimentación de un modelo oficial disponible en la página web de la entidad gestora (art. 3.1 del Real Decreto 1430/2009).

⁹²¹ Informe Estadísticos de la Memoria de Actividades del INSS relativo al año 2019, p. 37.

⁹²² Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

para el presente trabajo porque supone una prórroga automática de la situación de incapacidad temporal, como mínimo, hasta su resolución por parte del INSS.

El procedimiento de disconformidad se inicia con una manifestación del interesado, que ha de producirse en los cuatro días naturales posteriores al alta. Cuando la Inspección Médica recibe la reclamación del trabajador y discrepa de la decisión del INSS, dispone de un plazo de siete días naturales para proponer a la entidad gestora que la reconsidere, de forma razonada. En cambio, si la Inspección no se opone a la decisión del INSS o no se pronuncia en el plazo señalado, el alta médica deviene efectiva. Concretamente, se indica en el artículo 170.2 LGSS que el alta adquirirá plenos efectos si se mantiene el silencio de la Inspección durante *“los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución”*. Por otra parte, si la Inspección se muestra disconforme con el alta médica, el INSS está obligado a pronunciarse expresamente en los siete días naturales siguientes, pudiendo reconsiderar su posición, con lo que la incapacidad temporal quedaría automáticamente prorrogada por ciento ochenta días.

Un primer aspecto que ha llamado la atención de la doctrina y ha suscitado sus críticas es la justificación de establecer un procedimiento diferenciado cuya aplicación depende únicamente de si la incapacidad temporal ha traspasado o no el plazo de duración ordinaria⁹²³. Así, resulta extraño que se aplique un régimen de impugnación especial a las altas dictadas en relación con procesos de duración superior a un año, cuando al resto de altas dictadas por la entidad gestora se les aplica el régimen de impugnación general. Es cierto que, cuando decide sobre la prórroga de la incapacidad temporal, la responsabilidad del INSS es mayor, porque no decide solo como supervisor de la actividad de los servicios de salud o las mutuas, sino que tiene el control exclusivo de los procesos. Aun así, tampoco puede afirmarse que, a partir de los trescientos sesenta y cinco días de baja, la decisión del INSS sea menos contrastada o deliberada, porque se toma a través de un Equipo de Evaluación de Incapacidades en el que participan al menos dos médicos, uno del INSS y otro de la Inspección de Sanidad⁹²⁴. Por el contrario, durante el periodo ordinario de incapacidad temporal, el alta la decide de forma individual el médico del INSS que realiza el reconocimiento médico de control, sin intervención alguna del servicio público de salud, que es el responsable ordinario del proceso.

Otro aspecto que permite poner en duda la necesidad o el sentido del procedimiento de disconformidad es la elección de la Inspección del Servicio de Salud como órgano con el que contrastar en todo caso la decisión del INSS. Por lo que respecta

⁹²³ MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: ‘Control público de la incapacidad... cit., p. 119 y PAREDES RODRÍGUEZ, J. M: ‘Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre: la culminación de un nuevo modelo de control de la incapacidad temporal’, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, núm. 21, (2010), p. 9 de la versión digital.

⁹²⁴ Art. 2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

a los procesos derivados de contingencias comunes, se ha afirmado que el diálogo con el órgano que había estado a cargo del proceso durante su primer año es una concesión razonable para el trabajador⁹²⁵, que debería permitir al INSS corregir errores en la expedición del alta médica y reducir su judicialización⁹²⁶. Sin embargo, teniendo en cuenta que uno de los integrantes del Equipo de Valoración de Incapacidades es un inspector del servicio de salud, es razonable pensar que la postura de la Inspección Sanitaria ya está representada en la discusión que se dé dentro del propio órgano colegiado.

Por lo que respecta a las contingencias profesionales, el trámite de audiencia se abre igualmente para la Inspección Sanitaria en lugar de para la mutua, que es quien ha conducido el proceso de incapacidad temporal durante todo un año⁹²⁷. Se produce así el sinsentido de pretender contrastar la decisión del INSS con el criterio de un órgano del servicio público de salud que no tiene ninguna información ni competencia de gestión sanitaria sobre el proceso de incapacidad temporal. Como consecuencia, lo que ocurre generalmente en la práctica es que la Inspección Médica se abstiene de pronunciarse sobre las disconformidades planteadas en relación con altas de procesos derivados de contingencias profesionales, porque carece de los antecedentes médicos necesarios para formarse un juicio válido⁹²⁸. En tales casos, el procedimiento de disconformidad no sirve para aportar ninguna opinión externa que contribuya a adquirir mayor certeza técnica o seguridad jurídica. En su lugar, se genera solamente un alargamiento artificial de la incapacidad temporal que es del todo ineficaz en relación con su propia finalidad.

En cuanto a las implicaciones del procedimiento de disconformidad sobre el alta médica, ya se ha adelantado que los efectos de la incapacidad temporal se prorrogan, al menos, hasta el momento de su resolución, con independencia de su resultado. Aunque se resuelva en sentido negativo, no solo se alarga la ausencia del trabajador, sino también la percepción del subsidio, ya que las cantidades ingresadas por el interesado desde la emisión del alta inicial hasta su posterior confirmación no se han de devolver⁹²⁹. En este punto, el procedimiento especial de disconformidad se diferencia claramente del de revisión de las altas de las mutuas. Por lo tanto, la prestación económica está garantizada sin condicionamiento particular alguno, lo que supone en la práctica, además de un coste económico para las arcas públicas, una verdadera bonificación al absentismo laboral⁹³⁰. El procedimiento de disconformidad ofrece de este modo la

⁹²⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites... cit., p. 38.

⁹²⁶ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: 'El alta médica...' cit., p. 6

⁹²⁷ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 226, ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites... cit., p. 37 y SEMPERE NAVARRO, A. V.; TORTUERO PLAZA, J. L.; MARTÍN JIMÉNEZ, R. y GARCÍA VIÑA, J.: Hacia un nuevo modelo... cit., p. 92

⁹²⁸ Informe núm. 1027 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre la gestión y control de la incapacidad temporal por las entidades del sistema de la Seguridad Social aprobado el 27 de marzo de 2014, p. 77.

⁹²⁹ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 172

⁹³⁰ MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: 'Control público de la incapacidad...' cit., p. 115.

posibilidad de prolongar el proceso de incapacidad temporal por el mero hecho de recurrir⁹³¹ y sin estar sujeto a ningún desincentivo económico que limite las impugnaciones temerarias, emprendidas sin mayor propósito que el de ganar tiempo⁹³². De hecho, la entrada en vigor de este procedimiento triplicó las impugnaciones de las altas médicas del INSS en el momento de decidir sobre la prórroga de la incapacidad temporal⁹³³.

El artículo 170.2 LGSS marca un límite temporal al alargamiento de la incapacidad temporal cuando indica que *“Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, la mencionada alta médica adquirirá plenos efectos”*. Pero volvemos a estar ante un tope establecido con la evidente intención de circunscribir el gasto público en la prestación, absolutamente despreocupado por el acotamiento del absentismo laboral. En efecto, aunque el precepto legal hable de los *“plenos efectos”* que adquiere el alta, en realidad su reactivación afecta únicamente a su vertiente prestacional, no a la contractual. En sentido contrario, se ha afirmado que el plazo de once días también marca el momento a partir del que el trabajador ha de reincorporarse al trabajo, por lo que debería estar atento al eventual silencio administrativo negativo del servicio de salud⁹³⁴. Con todo, conforme al artículo 170.2 LGSS, a quien se dirige el Servicio de Salud (proponiéndole, en su caso, que reconsidere su posición) es al INSS, no al interesado. Por lo tanto, es claro que, en el momento de transcurrir los once días, el trabajador desconoce si se ha producido o no un pronunciamiento del servicio de salud y no lo sabrá, de hecho, hasta que el INSS le notifique la resolución del procedimiento.

En consecuencia, lo que ocurre en la práctica cuando el servicio de salud no se pronuncia es que la prestación solo se abona por los once días naturales posteriores al alta, pero la ausencia del trabajador puede postergarse legalmente por más tiempo. Valga como prueba el supuesto enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2020⁹³⁵. En tal caso, cobrándose el subsidio por el correspondiente plazo legal de once días, el resultado de la tramitación del proceso de disconformidad en términos de absentismo de la trabajadora interesada fue de cuarenta y cuatro días naturales de faltas al trabajo tras el alta médica del INSS, que deben considerarse plenamente justificadas al tener la empresa conocimiento de la reclamación administrativa en curso. Este desfase entre el periodo previsto de resolución de la disconformidad y el periodo de resolución real que se produce en la práctica se debe a que el plazo de once días se obtiene de sumar los cuatro días que

⁹³¹ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M: ‘Real Decreto 1430/2009... cit., p. 5.

⁹³² DESDENTADO BONETE, A.: ‘Mutuas de Accidentes ... cit., p. 32.

⁹³³ AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 59.

⁹³⁴ ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Controles y límites...* cit., pp. 38 y 39.

⁹³⁵ Rec. núm. 621/2020.

tiene el trabajador para presentar la solicitud y los siete días del trámite de audiencia de la Inspección, pero no tiene en cuenta el tiempo que toman otros aspectos procedimentales igualmente preceptivos.

Por lo tanto, incluso aunque los trámites se cumplan tempestivamente, no es razonable presumir, como parece hacer la ley, que la disconformidad quede resuelta en los once días posteriores al alta, por varias razones. Primera, el plazo de cuatro días del que dispone el interesado para manifestar a su disconformidad con el alta no se inicia con la firma de la resolución del INSS, sino con su debida notificación administrativa⁹³⁶. Por tanto, hay que tener en cuenta el tiempo que esta notificación tarde en producirse, que, como ya se ha visto, tiene marcado un plazo de diez días en la normativa administrativa general, pero puede ser superior. Segunda, el trabajador no presenta la disconformidad ante el servicio público de salud, sino ante el INSS o sus Centros de Atención e Información⁹³⁷, por lo que debe sumarse el término (no reglado) que la entidad gestora tarde en remitir la solicitud. Tercera, una vez agotado el plazo que tiene para pronunciarse el servicio de salud, el INSS debe proceder a actuar en consecuencia y dictar la resolución denegatoria (en otro término no reglado)⁹³⁸. Y cuarta, dicha resolución ha de ser, de nuevo, debidamente notificada al interesado para que este conozca su sentido negativo y nazca la obligación de reincorporarse.

Si, por el contrario, el servicio público de salud manifiesta su discrepancia con la decisión de la entidad gestora, esta dispone de siete días naturales para revocar o confirmar su propia decisión. En el caso de que se confirme el alta, no se establece un límite temporal a la prórroga del subsidio, sino que se dispone que *“solo se prorrogará la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución”*. Por lo tanto, sumando tal plazo de siete días a los once anteriores, cabría pensar que la incapacidad temporal puede verse prorrogada por un máximo de dieciocho días naturales. En esta variante procedimental, la resolución del INSS pone fin al procedimiento de disconformidad y a la incapacidad temporal, de forma simultánea, tanto a efectos de la

⁹³⁶ Se indica como obiter dicta en la STS 18/01/2012 (Rec. núm. 715/2011) que *“Lógicamente, ello [el recurso] presupone la notificación de la resolución por la que se acuerda el alta médica, pues de no otro modo se hace imposible que el interesado puede mostrar su disconformidad”*.

⁹³⁷ El art. 3.2 del Real Decreto 1430/2009 indica claramente que *“La manifestación de disconformidad se presentará ante la inspección médica del servicio público de salud”*. Si bien, el apartado anterior de dicho precepto indica que *“Dicha disconformidad se cumplimentará en el modelo aprobado a tal efecto por la correspondiente entidad gestora, que estará a disposición de los interesados en las correspondientes páginas web de dichas entidades”* y en tal documento se dispone su entrega a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social o en un Centro de Atención e Información de la Seguridad Social. Igualmente, también podría registrarse la solicitud ante cualquiera de los órganos indicados en el art. 16.4 LPACAP.

⁹³⁸ Conforme al Informe núm. 1027 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre la gestión y control de la incapacidad temporal por las entidades del sistema de la Seguridad Social aprobado el 27 de marzo de 2014, p. 74, el tiempo medio transcurrido desde la presentación de la disconformidad hasta la comunicación de la falta de respuesta del Servicio Público de Salud fue de veinte días, aunque cabe pensar que, con la modernización tecnológica que ha experimentado la gestión de la incapacidad desde que se realizó tal análisis, los datos actuales pueden ser mejores.

prestación económica, como de suspensión del contrato de trabajo. No obstante, de nuevo, el tiempo real de resolución del procedimiento es generalmente mayor en la práctica⁹³⁹, sin que se prevea para evitarlo ningún tipo de consecuencia legal. Dicho retraso habitual se explica por la misma acumulación de las razones que acaban de enumerarse y por otras, como que, si la entidad gestora se reafirma en su posición, debe aportar un refuerzo argumental⁹⁴⁰ en forma de “*pruebas complementarias que la fundamenten*”.

⁹³⁹ De acuerdo con el Informe núm. 1027 del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre la gestión y control de la incapacidad temporal por las entidades del sistema de la Seguridad Social aprobado el 27 de marzo de 2014, p. 74, el tiempo medio transcurrido desde la presentación de la disconformidad hasta la resolución del Equipo de Evaluación de Incapacidades fue de 28 días.

⁹⁴⁰ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad...* cit., p. 229.

CAPÍTULO QUINTO:

EL CONTROL EMPRESARIAL DEL ABSENTISMO LABORAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El control público, o institucional, de la incapacidad temporal queda jurídicamente instrumentado a través de los correspondientes partes médicos -baja, confirmación y alta- y actuaciones complementarias, especialmente los reconocimientos médicos del INSS y/o de las mutuas. Este control, como se ha visto, es objeto de regulación específica, mediante la legislación de Seguridad Social, atendiendo de manera prácticamente exclusiva a la dimensión prestacional de la incapacidad temporal, la que tiene que ver con el subsidio, dejando al margen las implicaciones de la suspensión del contrato de trabajo en el día a día de la organización empresarial. Este diseño institucional de la incapacidad temporal incide de forma refleja en la esfera de la gestión del empresario, uno de los destinatarios de los correspondientes partes médicos dado que estos cumplen la función de acreditar la veracidad de la convalecencia que está en el origen de la suspensión del contrato de trabajo. Pero, con la legislación de Seguridad Social en la mano, poco más que adoptar una actitud pasiva puede hacer el empresario, permaneciendo a la espera de la remisión de los partes, de la eventual reincorporación del trabajador tras ser dado de alta o, en su caso, a la espera asimismo de recibir explicaciones del trabajador por la falta de remisión en plazo de los correspondientes partes, por la ausencia de reincorporación o por su reincorporación tardía.

Además del ámbito prestacional de la incapacidad temporal, que vendría a quedar cubierto por la vertiente referida al ejercicio 'pasivo' del poder de dirección empresarial, el control empresarial de la ausencia médica del trabajador también puede adoptar una dimensión activa, de base contractual, fundamentado en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, destinado a comprobar que, con independencia de que el trabajador haya justificado documentalmente la razón de su ausencia, este se encuentra realmente imposibilitado para desarrollar su trabajo por motivos de salud⁹⁴¹. El presente Capítulo se dedica precisamente al estudio del régimen jurídico aplicable al control activo, o de fondo, que puede ejercer el empresario sobre la salud del trabajador, cuyo contrato se halla suspendido porque ha sido formalmente declarado en situación de incapacidad temporal.

⁹⁴¹ Esta dualidad se expresa, por ejemplo, en la STSJ Asturias 27/11/2009 (Rec. núm. 2522/2009) en la que se indica que *“La inasistencia sólo deja de ser sancionable en el grado que se adecue a su entidad cuando queda justificada. La justificación corre a cargo del trabajador y se integra por dos elementos, material, uno, y formal, el otro: la interferencia de una causa real e involuntaria que imposibilita personarse en el puesto de trabajo para desarrollar la actividad contratada, y dar noticia de ella a la empresa, a ser posible con carácter previo.”*

Ya se ha visto que, por la lógica del riesgo moral que afecta a la incapacidad temporal, además de desincentivar económicamente la ausencia del trabajador, interesa también contar con controles que contribuyan a asegurar la verdadera concurrencia de su supuesto de hecho. De eso se encargan el INSS y las mutuas, pero también los empresarios, en la medida de que también ocupan la posición económica de ‘asegurador’ que asume costes como consecuencia del absentismo. Por ello, están igualmente interesados en desvirtuar la apariencia formalmente legítima de las bajas fraudulentas, amparadas en un acto administrativo, pero carentes de fundamento fáctico. Así lo corrobora nuestra doctrina judicial, que tiene declarado que la incapacidad temporal *“regulada y protegida por las normas laborales y de Seguridad Social, no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho a controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a su salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado”*⁹⁴².

Al ser los empresarios sujetos formalmente ajenos a los procesos de incapacidad temporal, su posición a la hora de controlar a los trabajadores presenta una mayor complejidad que la del INSS o las mutuas y requiere de una fundamentación jurídica más detallada. En este sentido, los controles que puede ejercer el empresario tienen un carácter más tangencial del que pueden realizar las entidades gestoras o colaboradoras. Los mecanismos de control que puede utilizar el empresario, además, se desprenden del contrato de trabajo y, por ello, su regulación carece de la exhaustividad de cariz administrativo de la que se dota la regulación de la prestación de Seguridad Social. Por otra parte, el empresario tiene acceso a una información muy limitada sobre las causas de la ausencia, aunque, por otro lado, también puede tener un conocimiento personal más cercano del trabajador y de las circunstancias que puedan llevarlo a ausentarse de forma fraudulenta. Todo ello implica que el estudio de su régimen jurídico requiere de un análisis que integre lo escueto de la regulación estatutaria, fundamentalmente, a través del contraste con las limitaciones que implica el necesario respeto al derecho a la privacidad del trabajador.

II. FUNDAMENTO Y LÍMITES GENERALES DE LA FACULTAD DE CONTROL DEL TRABAJADOR AUSENTE

1. El control del absentismo como control extralaboral del trabajador

En el ámbito laboral, el empleado se sitúa en una posición de subordinación, que obedece a la propia caracterización sociológica y jurídica del trabajo asalariado, así como a la necesidad de que el empresario ordene y dirija su incorporación en el marco organizativo de la empresa⁹⁴³. Por ello, el empresario dispone de un poder de dirección

⁹⁴² STSJ País Vasco 24/01/1994 (Rec. núm. 2319/1993).

⁹⁴³ MONTOYA MELGAR, A.: El poder de dirección del empresario, Sevilla, 1962, p. 44.

que le permite dictar órdenes tendentes a la ordenación de las prestaciones laborales, controlar su cumplimiento y castigar disciplinariamente su infracción. Pero, conforme al artículo 20.1 ET, el trabajador únicamente está sujeto al poder directivo del empresario en la realización del trabajo convenido. Es decir, no se concibe que, una vez traspasadas las fronteras de la empresa, el trabajador continúe sujeto a ningún deber de obediencia que le vincule a cumplir los mandamientos de su empleador⁹⁴⁴. El reciente reconocimiento del derecho a la desconexión digital del artículo 20 bis ET da buena muestra de ello al evidenciar que el trabajador puede desatender los requerimientos empresariales que reciba durante su tiempo de descanso⁹⁴⁵.

En vista de lo anterior, como la facultad de control deriva del poder de dirección empresarial⁹⁴⁶, podría pensarse que la fiscalización del trabajador debe circunscribirse al mismo ámbito empresarial⁹⁴⁷. La aplicación estricta de este razonamiento impediría, en principio, cualquier tipo de control empresarial del absentismo laboral, ya que este se produce, por definición, cuando el trabajador deja de acudir a la empresa. Con todo, existen dos aspectos a considerar que apuntan en la dirección opuesta.

De un lado, los deberes laborales del trabajador no se agotan en la mera prestación laboral, ni su ámbito de eficacia se limita exclusivamente al contexto organizativo de la empresa. Del contrato de trabajo emanan directamente obligaciones que siguen vinculando a los trabajadores que están temporalmente exentos de prestar servicios y que serían totalmente ineficaces si el empresario no tuviera ningún tipo de capacidad para detectar su incumplimiento. Dichas obligaciones derivan del deber de buena fe, que permanece inalterado, como indica el Tribunal Supremo⁹⁴⁸, con independencia de cualquier vicisitud que pueda afectar al contrato de trabajo, incluida su suspensión⁹⁴⁹. Por lo tanto, dichas obligaciones, que para el trabajador resultan vinculantes extramuros de la empresa, por así decirlo, deben entenderse incluidas entre “*las obligaciones y deberes laborales*” que el artículo 20.3 ET establece como objeto de la vigilancia y control empresarial.

De otro lado, tanto el artículo 18 ET como el artículo 20.4 ET son disposiciones que permiten el control del trabajador en relación con aspectos que no están directamente vinculados con la prestación del trabajo. Este último, que es el que aquí más interesa, permite al empresario controlar el estado de salud del trabajador cuando se ausenta

⁹⁴⁴ Vid., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, Pamplona, 2003, p. 22.

⁹⁴⁵ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: ‘Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador’, Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 59, (2019), p. 13 de la versión digital.

⁹⁴⁶ STC 10/07/2000 (Rec. núm. 2662/1997).

⁹⁴⁷ GOÑI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial, Madrid, 1988, p. 112.

⁹⁴⁸ Vid., STS 24/05/1984.

⁹⁴⁹ Así lo pone de manifiesto el art. 20.2 ET, al indicar que trabajador y empresario deben someterse a las exigencias de la buena fe “*en cualquier caso*”.

alegando causas médicas. Este artículo está inspirado⁹⁵⁰ en el artículo 5 del *Statuto dei Lavoratori* italiano, que, a pesar de prohibir que el empresario pueda controlar directamente el estado de salud del trabajador ausente, le reconoce el derecho a solicitar a los órganos de inspección de la Seguridad Social que lo sometan a un reconocimiento médico.

Tanto el artículo 20.3 ET como el artículo 20.4 ET conducen a la afirmación de que el poder de control empresarial puede extenderse más allá de la empresa. En este sentido, la doctrina española⁹⁵¹, siguiendo a la italiana, ha establecido una bifurcación de la facultad de control empresarial en dos modalidades. Así, se distingue el poder de control empresarial “*propriamente dicho*” del poder de control de carácter “*extralaboral*”⁹⁵². La facultad de control *propriamente dicha* se corresponde con una facultad íntimamente conectada con el poder de dirección y centrada principalmente en la prestación laboral. Por otra parte, el control extralaboral sirve para que la empresa pueda adquirir conocimiento de aquellos aspectos de la vida personal del trabajador con significación laboral. Durante la suspensión contractual por incapacidad temporal, es evidente que la facultad de control *propriamente dicha* decae, puesto que recae directamente sobre la prestación laboral⁹⁵³. Pero, por el contrario, la facultad de control extracontractual se mantiene plenamente vigente, al residir su sentido, precisamente, en asegurar la exigibilidad de las obligaciones accesorias del trabajador⁹⁵⁴, como son las derivadas del deber de buena fe contractual.

Ante la configuración de una facultad de control tan específica como la del artículo 20.4 ET, hay quien se ha planteado si el legislador no habrá querido que el control extralaboral del absentismo laboral se encauce necesariamente por esta vía⁹⁵⁵. Es decir,

⁹⁵⁰ MONTOYA MELGAR, A.: ‘Artículo 20: Dirección y control de la actividad laboral’ en AA.VV., Comentarios a la Leyes Laborales, Tomo V, Dir. BORRAJO DACRUZ, E., Madrid, 1985, p. 148, resalta la diferencia fundamental que separa los preceptos español e italiano: en el primer caso el control depende directamente del empresario y en el segundo de los institutos de previsión competentes. Ciertamente, como indica TATARELLI, M.: I Poteri del datore di lavoro privato e pubblico, Padua, 1996, p. 132, los facultativos que en Italia llevan a cabo el reconocimiento médico de control tienen la consideración de autoridades públicas, poniéndose un importante énfasis en su imparcialidad. Muy brevemente expuesto, el italiano es un control obligatorio para el trabajador conforme al Decreto Ministeriale de 8 de enero de 1985, que en caso de no ser atendido puede conllevar, en una primera ocasión, la pérdida de la prestación por incapacidad temporal durante un periodo máximo de diez días, en una segunda ocasión, la pérdida del 50 % de la cuantía de la misma y a la tercera, a la pérdida total de la prestación durante el periodo restante de ausencia. Además, si el médico que realiza el control considera que la ausencia es injustificada puede instar la reincorporación del trabajador.

⁹⁵¹ Vid., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: Las facultades empresariales... cit., p. 24 o MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control del empresario en la relación laboral, Madrid, 2002, p. 35.

⁹⁵² ICHINO, P.: Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro, Milán, 1979, p. 78, se refiere a esta vertiente del control empresarial como control “*paracontractual*”, no porque considere que no tenga naturaleza contractual, sino porque no es esencial en relación con la causa laboral del contrato.

⁹⁵³ Vid., BERAUD, J.: La suspensión... cit., p. 78.

⁹⁵⁴ Vid., RIVAS VALLEJO, P.: La suspensión... cit. p. 108.

⁹⁵⁵ Vid., PALOMO BALDA, E.: ‘Aspectos laborales de la incapacidad temporal’, VI Jornadas Laboralistas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Colegio de Graduados Sociales de las Islas Baleares,

si al permitir expresamente el sometimiento de los trabajadores a un control médico, no se habrá querido evitar la utilización de otro tipo de controles de carácter conductual amparados en el artículo 20.3 ET⁹⁵⁶. En esta línea, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de junio de 1993 se declaró que, ante la sospecha empresarial de que la baja de un trabajador es fraudulenta “*el camino a seguir lo determina el art. 20.4 del propio Estatuto de los Trabajadores*”⁹⁵⁷. A mi modo de ver, en cambio, los apartados 3 y 4 del artículo 20 ET dan lugar a posibilidades distintas de control que no son incompatibles entre sí⁹⁵⁸. Lo mismo se entiende en Italia, donde la *Corte di Cassazione*⁹⁵⁹ ha declarado expresamente que la facultad empresarial de control sanitario del trabajador ausente no impide que su titular pueda recurrir igualmente a la investigación externa de comportamientos personales que demuestren la inexistencia de la enfermedad.

Pero, pese a considerarse que el artículo 20.3 ET puede amparar medidas de control de carácter extralaboral, además del control laboral propiamente dicho, la diferente vinculación de ambos controles con el poder de dirección empresarial⁹⁶⁰ tiene consecuencias prácticas. El sometimiento del trabajador a la dirección del empresario en el desarrollo de su prestación implica que no solo debe cumplir con su obligación principal de realizar las tareas que se le asignan, sino que, además, debe hacerlo en la forma en la que el empresario lo ordene. Así se justifica que la facultad de control pueda

ponencia presentada en Palma el 5/10/2018, p. 6, refiriéndose al artículo 20.4 ET como un instrumento instituido en un control específico y “*típico*”, más apropiado para el control del trabajador ausente por motivos de salud, salvo que el trabajador se haya negado expresamente a ser sometido al reconocimiento médico. En la misma línea, VIDA SORIA, J.: La suspensión... cit. p. 125, indicaba que lo más normal era que se le concediera al empresario una facultad destinada a controlar la realidad del supuesto suspensorio “*en este caso por visitas médicas a su cargo*”.

⁹⁵⁶ Vid., GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal, control empresarial y consecuencias disciplinarias de la ausencia del trabajador por enfermedad, accidente o maternidad’, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 5, (1999), p. 30, quien estima que cualquier indagación llevada a cabo por personal no sanitario, como son los detectives privados, supone vulnerar el contenido del artículo 20.4 ET.

⁹⁵⁷ En contra, la STSJ Cantabria 10/01/2015 (Rec. núm. 765/2015) afirmando en relación con las redes sociales, como obiter dicta que el empresario puede acudir a cuantos medios de prueba sean jurídicamente lícitos en términos comunes y no solamente a los reconocimientos del art. 20.4 ET, porque la realización de actividades que demuestran la capacidad para trabajar también sirve para desvelar que la cobertura formal amparada por los servicios de la Seguridad Social debe ser desacreditada.

⁹⁵⁸ Similarmente, Vid., SALA FRANCO, T.: La incapacidad temporal... cit., p. 98 o RODRÍGUEZ CARDO, A.: Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador, Oviedo, 2009, p. 48.

⁹⁵⁹ Sentencia de 26/11/2014 (Rec. núm. 25162).

⁹⁶⁰ Como se ha visto, la facultad de control propiamente dicha se deriva directamente del poder de dirección. En cambio, la vinculación de la facultad de control extralaboral con el poder de dirección es más discutida, al tener la primera un objeto más amplio. Así, ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: Poder de dirección, Valladolid, 1992, p. 118, considera que el mayor alcance de la facultad de control sirve para poder hablar de una facultad con entidad propia y específica, relacionada pero no dependiente del poder de dirección. En cambio, FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: Las facultades empresariales..., cit., pp. 21 y 25 critica esta postura segregacionista a la vez que reconoce que la vigilancia de circunstancias extralaborales no puede formar parte de la facultad genérica de control ni, en última instancia, del poder de dirección. Por su parte, MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control... cit., p. 40, considera que ambas formas de control se reconducen al ámbito organizativo del contrato por su claro matiz instrumental respecto de otros poderes empresariales, como son las facultades disciplinarias, integrantes del poder de dirección.

ejercerse sobre la prestación laboral de forma intensa, constante y discrecional. En cambio, no parece que las mismas características puedan predicarse del control extralaboral. Más allá del ámbito de la empresa, no existe justificación para una observación tan penetrante de la conducta del trabajador, puesto que la intensidad de los deberes que este debe cumplir no es comparable a la de realizar debidamente la prestación laboral. Por ello, esta modalidad de control debe sujetarse, en su ejercicio, a límites más estrictos y contornos más estrechos⁹⁶¹, en los que se entrará seguidamente.

2. Las obligaciones materiales del trabajador ausente por motivos de salud

Cualquier tipo de control contractual, laboral o no, presupone necesariamente la existencia de una obligación jurídica cuyo cumplimiento se trata de verificar. Y, como se acaba de exponer, la propia existencia de la modalidad extralaboral de control, que permite la fiscalización del trabajador ausente, se justifica por la necesidad de poder comprobar que este cumple con las obligaciones cuya eficacia se proyecta más allá del ámbito organizativo de la empresa. La labor que se lleva a cabo en las siguientes páginas, consiste en tratar de identificar cuáles son dichas obligaciones extralaborales del trabajador, porque rigen fuera de los contornos del ámbito organizativo de la empresa, y cómo se configuran jurídicamente.

2.1. Inexistencia de una obligación extralaboral de procurar mantener la capacidad laboral. Irrelevancia de la culpa del trabajador en la producción del accidente a efectos del reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal

La incapacidad por enfermedad o accidente no es un riesgo objetivo o aleatorio, sino que las personas tienen un cierto margen de influencia sobre su estado de salud, por ejemplo, a través de la elección de un estilo de vida más o menos expuesto a ciertos peligros. Por ello, una cuestión preliminar es determinar si existe un deber del trabajador, previo a su ausencia por incapacidad temporal, por el que este deba procurar evitar que la misma se produzca. Volviendo a la terminología económica, se trata de dilucidar si la conducta del agente (trabajador) anterior a la materialización del evento asegurado (incapacidad) es un elemento cuyo control pueda tener interés desde un punto de vista jurídico, a efectos de intentar contrarrestar el riesgo moral por acción oculta. Esta vertiente se refiere al riesgo de que el trabajador no actúe con la diligencia suficiente para evitar la consumación de la contingencia, porque su coste lo asumen otros sujetos.

Históricamente, la Ley del Contrato de Trabajo configuraba expresamente como requisito de la suspensión del contrato por incapacidad laboral transitoria que el accidente o enfermedad al que obedeciera no pudiera "*atribuirse al trabajador*" (art. 79.1). Hoy en día, la ley no contiene ninguna referencia similar, pero, para un sector de

⁹⁶¹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: Las facultades empresariales... cit., p. 25.

la doctrina, el deber de buena fe contractual⁹⁶² y el de mantener el rendimiento debido⁹⁶³ obligan al trabajador a hacer lo posible para conservar la capacidad laboral, de cara a poder cumplir con el contrato de trabajo. De forma más matizada, otro importante sector doctrinal entiende que limitar la vida personal del trabajador en función de lo que sea conveniente para la empresa implicaría convertir a la persona en un mero agente productivo⁹⁶⁴. La misma idea se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2003⁹⁶⁵, en la que se establece que subordinar la actividad del trabajador en su tiempo libre al interés empresarial de que se encuentre en plenas condiciones a la hora de trabajar sería contrario a su dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución⁹⁶⁶. Tampoco los tribunales ordinarios censuran la realización por parte del trabajador de actividades peligrosas⁹⁶⁷, aunque puedan comprometer su disponibilidad para trabajar⁹⁶⁸.

Por la vía del Derecho de la Seguridad Social, la legislación actual no contiene tampoco ninguna referencia a un componente subjetivo en la configuración del supuesto de hecho de la incapacidad temporal⁹⁶⁹. Aun así, algunos autores⁹⁷⁰ afirman que la incapacidad temporal excluye aquellos supuestos en los que el trabajador haya actuado con dolo o culpa grave en la producción del accidente⁹⁷¹. A mi modo de ver, esta posición es desacertada. Muestra de ello es que, incluso los accidentes sufridos en el trabajo debido a una imprudencia temeraria del propio trabajador –que requieren

⁹⁶² SALA FRANCO, T.: La incapacidad temporal... cit., p. 33.

⁹⁶³ GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: 'El rendimiento debido... cit., p. 377 y GARATE CASTRO, F.: El rendimiento en la prestación de trabajo, Madrid, 1984, pp. 114 y ss.

⁹⁶⁴ MONTOYA MELGAR, A.: 'Artículo 20... cit., p. 136 o GOERLICH PESET, J. y NORES TORRES, L.: 'El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido', Revista de Información laboral, núm. 11, (2017), p. 5.

⁹⁶⁵ Rec. núm. 4492/2001.

⁹⁶⁶ La sentencia resuelve un supuesto en el que la empresa despidió a un trabajador por haber dedicado sus vacaciones a trabajar para otro empleador y no haber descansado "*en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales*".

⁹⁶⁷ La práctica de deportes peligrosos se permite, incluso, durante la incapacidad temporal, por la STSJ Asturias 22/11/2002 (Rec. núm. 1052/2002).

⁹⁶⁸ No obstante, esta consideración admite excepciones, como sería el caso de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, cuya obligación de mantenerse en las condiciones físicas adecuadas puede derivarse del artículo 7.1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

⁹⁶⁹ El artículo 11.1.b de la Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen general de la Seguridad Social, continúa autorizando actualmente la denegación, anulación o suspensión del subsidio por incapacidad temporal cuando esta se deba a una imprudencia temeraria del beneficiario. Si bien, a mi modo de ver, dicha regla debe de entenderse tácitamente derogada por el art. 175 LGSS que prescinde de dicha causa.

⁹⁷⁰ Vid., VIDA SORIA, J.: 'La incapacidad temporal... cit., p. 13 o SALA FRANCO, T.: La incapacidad temporal... cit., p. 33.

⁹⁷¹ Conforme a esta tesis, podría considerarse, por ejemplo, que no dan lugar a la declaración de la incapacidad temporal las lesiones provocadas por un intento de suicidio, en la medida en que han sido ocasionadas por el propio trabajador. Vid., en este sentido ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.: Instituciones de Seguridad Social... cit., p. 80, excluyendo los supuestos de autolesionismo del concepto de accidente. En contra se pronuncian ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 240.

que este se haya puesto en un peligro grave con claro menosprecio hacia su propia vida⁹⁷²-, son objeto de cobertura por el sistema de Seguridad Social, si bien se reconducen de la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales a la misma prestación por contingencias comunes. En este mismo sentido apuntan dos sentencias del Tribunal Supremo⁹⁷³ sobre sendas tentativas autolíticas, en las que se establece que la voluntariedad en la producción de la contingencia no puede conllevar la desprotección del trabajador en la esfera de Seguridad Social.

A efectos, por consiguiente, del acceso a la situación de incapacidad temporal, basta con que se cumpla su supuesto de hecho objetivo, sin necesidad de indagar en la causa o motivo de la producción de la contingencia; ello incluso aunque el trabajador no haya sido diligente fuera de la empresa y pueda imputársele responsabilidad por la enfermedad o el accidente sufrido. Y dado, por lo demás, que hay que estar a los requisitos constitutivos de la incapacidad temporal del artículo 169.1.a LGSS, los escenarios de malestar físico o psíquico que sufra un trabajador que no deriven de enfermedad o accidente, o en los que no se reciba asistencia sanitaria desde el sistema público de Seguridad Social, no serán susceptibles de producir una situación de incapacidad temporal.

Tal ocurre, por ejemplo, con las operaciones de cirugía estética que se llevan a cabo al margen del sistema público de la Seguridad Social por libre iniciativa del interesado y sin tener relación con ninguna patología o malformación previa. En dichas circunstancias, aun estando el trabajador impedido para el trabajo, ni su situación se debe a una enfermedad o accidente, ni recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social, por lo que no se produce una situación de incapacidad temporal, como así lo declaró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de febrero de 2012⁹⁷⁴. En cambio, en la Sentencia del mismo Tribunal de 8 de enero de 2020⁹⁷⁵, se reconoce el derecho a la incapacidad temporal de una trabajadora que se había sometido a una cirugía ocular por la sanidad privada para corregir su hipermetropía, astigmatismo y presbicia. La diferencia reside en que, en el último caso, sí existían unas enfermedades oculares previas, aunque el tratamiento específico escogido por la trabajadora no apareciera en la cartera de los servicios públicos de salud.

2.2. Las obligaciones derivadas del deber de buena fe contractual

El artículo 20.2 ET contiene una cláusula general por la que ambas partes del contrato de trabajo deben recíprocamente relacionarse de acuerdo con las exigencias del deber de buena fe. La actuación conforme a este principio se configura expresamente como uno de los deberes básicos del trabajador (art. 5.a ET) y su transgresión se prevé como causa de despido disciplinario (art. 54.2.d ET). Con respecto

⁹⁷² Vid., por todas, STS 13/03/2008 (Rec. núm. 4592/2006).

⁹⁷³ STS 10/06/2009 (Rec. núm. 3133/2008) y 9/02/2010 (Rec. núm. 1703/2009).

⁹⁷⁴ Rec. núm. 769/2011.

⁹⁷⁵ Rec. núm. 3179/2017.

a la ausencia por motivos de salud, en concreto, el deber de buena fe del trabajador se proyecta en dos prohibiciones básicas que, sin embargo, no están expresamente recogidas en la ley. La primera consiste en no simular el padecimiento de una dolencia cuya manifestación ante el facultativo médico dé lugar a la declaración de la situación de incapacidad temporal. Dicha simulación de enfermedad puede ser originaria o sobrevenida⁹⁷⁶. La simulación originaria consiste en fingir una dolencia ante el facultativo médico, consiguiendo que este acredite una incapacidad temporal falsa. La simulación sobrevenida supone intentar aparentar la pervivencia de un padecimiento que, aunque hubiera sido real en un principio, se ha curado sin haber dado lugar a la debida alta médica.

La calificación jurídica de esta conducta como transgresión de la buena fe contractual es sencilla, en la medida en la que interviene de forma muy evidente un elemento doloso, de fraude o engaño. El ánimo dañino que se desprende de tal comportamiento da lugar, incluso, a un tipo cualificado de transgresión contractual al que el artículo 54.1.d ET se refiere expresamente como abuso de confianza⁹⁷⁷. Esta forma de deslealtad quiebra la relación interpersonal establecida entre las dos partes del contrato, que es indispensable para su correcto desarrollo y, por ello, es suficiente en sí misma, por su gravedad y culpabilidad intrínsecas, para justificar su extinción⁹⁷⁸. Es por ello que las circunstancias adyacentes al supuesto concreto que normalmente servirían para graduar la sanción, como el mayor o menor perjuicio económico que se haya causado a la empresa, la antigüedad del trabajador o la no comisión de otras infracciones a lo largo de la relación laboral, se vuelven irrelevantes a la hora de proceder al despido⁹⁷⁹.

La segunda prohibición principal que, por aplicación del deber de buena fe, debe cumplir todo trabajador en situación de incapacidad temporal es la de no perjudicar la pronta curación de su enfermedad o accidente. Ello implica no llevar a cabo actuaciones que puedan interferir en su recuperación y su consecuente reincorporación al trabajo, por estar médicamente contraindicadas. Por ejemplo, no guardar el debido reposo en caso de ser necesario o abandonar sin justificación el tratamiento médico prescrito. Asimismo, el trabajador debe mostrar una actitud proactiva, encaminada a su reincorporación al trabajo, y ello comporta instar la expedición del alta médica desde el momento en que note que su situación de salud mejora, sin esperar a que se produzca la próxima revisión conforme a los plazos reglamentariamente fijados. A diferencia de la anterior, esta no es una prohibición absoluta, sino que su contenido depende de la dolencia en la que se fundamenta en cada caso la incapacidad temporal. La lista de

⁹⁷⁶ Vid., SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 34 o GOERLICH PESET, J. y NORES TORRES, L.: *‘El fraude a la incapacidad...* cit., p. 5.

⁹⁷⁷ STS 16/07/1982.

⁹⁷⁸ MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe...* cit., p. 64.

⁹⁷⁹ STSJ Cantabria 18/3/2011 (Rec. núm. 159/2011).

actividades concretas prohibidas es tan variable como lo son los distintos accidentes y enfermedades que pueden afectar a las personas, así como la incidencia que puedan tener sobre cada una de ellas. Un ejemplo muy claro es el de la práctica de deportes, que en el caso de lesiones osteomusculares suele estar contraindicada⁹⁸⁰, mientras que ante enfermedades mentales es una recomendación médica habitual.

En el caso de la prohibición de no perjudicar el proceso de curación, la calificación jurídica del incumplimiento del trabajador como transgresión del deber de buena fe contractual es algo más compleja, al ser posible que no exista un dolo claro. Aquí, más que una evidente intención de defraudar, lo que se produce es una desconsideración hacia los intereses del empresario por parte del trabajador, que conoce que la prolongación de la ausencia le perjudica y no actúa con la diligencia suficiente para evitarlo. Se infringe así el deber de colaboración, una manifestación específica del deber de buena fe contractual conforme a la que las partes, aunque tengan intereses contrapuestos, están vinculadas por un compromiso leal que les obliga a salvaguardar los intereses de la otra⁹⁸¹. La pérdida de productividad empresarial que se produce durante la ausencia del trabajador se considera socialmente tolerable en atención al principio de conservación del contrato y a la protección del trabajador enfermo, pero deja de serlo cuando este coste empresarial se incrementa más de lo estrictamente necesario. Por esta razón, en el transcurso de la incapacidad temporal se exige un grado de diligencia en el cuidado personal que, en cambio, acaba de verse, no condiciona generalmente la vida privada del trabajador cuyo contrato de trabajo no se encuentra suspendido.

En consecuencia, la realización de actividades que puedan retrasar la reincorporación del trabajador a la empresa también puede ser motivo de despido disciplinario. Pero, al contrario de cuando se produce un abuso de confianza, que reviste en sí mismo una gravedad suficiente como para hacer tambalear los cimientos de la relación personal entre las partes, aquí es necesario que la conducta tenga la entidad suficiente para poder calificarse como culposa⁹⁸². Esto es, no cualquier actuación que pueda incidir de forma indirecta o anecdótica en la recuperación de la capacidad laboral representa una transgresión de la buena fe⁹⁸³. Es necesario que la actividad desarrollada tenga una potencialidad lesiva relevante, que implique que un trabajador medio la evitaría diligentemente en atención a los perjuicios que puede provocar. En este tipo de

⁹⁸⁰ Vid., STSJ Galicia 29/10/2010 (Rec. núm. 2940/2010) o STSJ Castilla y León 29/10/2018 (Rec. núm. 1401/2018).

⁹⁸¹ MONTOYA MELGAR, A.: *La buena fe...* cit., p. 68.

⁹⁸² STSJ Valencia 4/07/2002 (Rec. núm. 846/2002).

⁹⁸³ Por ejemplo, conforme a la STS 24/06/1990 (Rec. núm. 89/90) no es una conducta suficientemente grave la de retirarse el yeso de la mano en dos ocasiones para conducir un vehículo durante un periodo de tiempo muy corto y después volver a colocárselo.

casos, cuando se plantean dudas sobre la entidad de la conducta del trabajador, sí es de aplicación la teoría gradualista⁹⁸⁴.

Sobre esta materia, la jurisprudencia ha sufrido una evolución notable desde los inicios de la democracia⁹⁸⁵, cuando casi toda actividad distinta de permanecer en el domicilio era susceptible de justificar un despido⁹⁸⁶. En la actualidad, los tribunales reconocen a los trabajadores un amplio margen de actuación para desenvolverse en su entorno dentro de los límites de la razonabilidad. Como se ha afirmado en alguna ocasión, la baja no es asimilable a un “*castigo de reclusión*”⁹⁸⁷. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre con la obligación de trabajar, existen determinadas responsabilidades familiares que no son susceptibles de ser suspendidas temporalmente, ni aun estando el trabajador en situación de incapacidad temporal. Por esta razón, jueces y tribunales se muestran acertadamente flexibles con los trabajadores que realizan en el cuidado de sus hijos actuaciones que pueden no ser de lo más adecuadas medicamente⁹⁸⁸. Del mismo modo, tampoco se tiende a considerar reprochable que el trabajador lleve una vida social normal en el caso de que le sea posible, cosa que por otra parte es especialmente recomendable ante el padecimiento de una enfermedad mental⁹⁸⁹.

3. Límites generales de la facultad de control del trabajador ausente

Una vez conocido el ámbito objetivo del control empresarial extracontractual del trabajador temporalmente ausente por motivos de salud, cabe dirigir la atención hacia su delimitación externa, que reside principalmente en que este control debe ser ejercido con el debido respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores⁹⁹⁰. En este sentido apunta el propio artículo 20.3 ET, que establece que en la adopción y aplicación de las medidas de control se debe guardar la consideración debida a la dignidad del trabajador. En concreto, el derecho a la privacidad, entendido en sentido amplio, es especialmente sensible ante el control extralaboral del trabajador que se encuentra ausente por motivos de salud. De hecho, el afán empresarial por controlar las ausencias médicas de los trabajadores debidas a causas de salud se ha llevado, en supuestos

⁹⁸⁴ Vid., por ejemplo, STSJ Navarra 20/12/2000 (Rec. núm. 418/2000).

⁹⁸⁵ Vid., las STS 10/05/1983 y STS 28/05/1985 en las que se reproduce un contundente fragmento en el que se indicaba que el trabajador enfermo en situación de incapacidad temporal tenía vedado “*cualquier tipo de quehacer*”.

⁹⁸⁶ Vid., la STCT 11/05/1983 en la que se considera el despido de un trabajador por no haber sido encontrado en su domicilio estando en situación de incapacidad temporal.

⁹⁸⁷ STSJ Cantabria 24/09/2018 (Rec. núm. 563/2018).

⁹⁸⁸ Vid., por ejemplo, la STSJ Valencia 14/01/2005 (Rec. núm. 2923/2004) indicando que “*Ciertamente se pudiera pensar que alguno de los actos ejecutados, como por ejemplo el coger en brazos a un niño, no son recomendables, pero tampoco se puede llegar a la conclusión de que con ellos se está transgrediendo la buena fe contractual con un intensidad tal que merezca la imposición de la sanción de despido*” o, en el mismo sentido, la STJS Andalucía 25/01/2018 (Rec. núm. 453/2017).

⁹⁸⁹ STSJ Castilla-La Mancha 11/09/2018 (Rec. núm. 640/2018), STSJ Islas Canarias 15/05/2018 (Rec. núm. 955/2017), STSJ Andalucía 25/04/2018 (Rec. núm. 1780/2017).

⁹⁹⁰ Por todas, Vid., STC 18/10/1993 (Rec. núm. 2410/1990).

excepcionales, hasta extremos insospechados, de los que pueden encontrarse muestras tanto a nivel internacional⁹⁹¹ como nacional,⁹⁹² y que han comportado el acceso a informaciones pertenecientes al ámbito más estricto de la intimidad del trabajador, así como su posterior revelación pública. Dichos ejemplos ponen de manifiesto la importancia de enfatizar los límites constitucionales a la facultad de control empresarial, también en el caso del absentismo laboral.

3.1. El derecho fundamental a la intimidad personal

En principio, fuera del lugar y tiempo de trabajo, el trabajador puede comportarse como estime oportuno, sin que el empresario tenga por qué interesarse por su comportamiento. Por ello, poniendo énfasis en la necesidad de guardar una nítida separación entre la vida profesional y personal, se afirma que, como regla general, cualquier investigación sobre la vida privada del trabajador fuera de la empresa es improcedente y atentatoria contra el derecho a la intimidad⁹⁹³. Ahora bien, este derecho a la preservación a la intimidad personal en el desarrollo de la vida privada no es un derecho absoluto. Cuando el trabajador comete una infracción laboral, aun en el seno de su vida privada, se permite la aplicación empresarial tanto de la facultad de control como de la disciplinaria⁹⁹⁴. Fuera de la empresa prevalece en el trabajador la condición principal de ciudadano en pleno uso de sus derechos y libertades sobre una faceta laboral que vendría a ser secundaria. Sin embargo, dicha faceta pervive, porque el trabajador debe seguir atendiendo unas obligaciones laborales básicas que le acompañan también más allá del centro de trabajo⁹⁹⁵.

⁹⁹¹ Destaca, por su dureza, el caso enjuiciado en la STEDH 25/03/2014 (Asunto Radu c. Moldavia) sobre una profesora embarazada que tuvo que ser hospitalizada por un grave riesgo de aborto, quedando en situación de baja laboral. En tales circunstancias, sus superiores requirieron al centro de salud para que se les proporcionara toda la información sobre el ingreso hospitalario y la difundieron entre compañeros y alumnos de la academia.

⁹⁹² En la STSJ Asturias 15/11/2010 (Rec. núm. 2099/2010) se refleja el caso de un empresario que mediante engaño se dirigió a una facultativa del servicio público de salud para obtener información sobre una trabajadora de su empresa que se encontraba en situación de incapacidad temporal. Asimismo, la STSJ País Vasco 6/07/2004 (Rec. núm. 1232/2004) recoge el caso de una trabajadora que venía padeciendo una situación de acoso laboral, que había desembocado en una depresión, por la cual se encontraba en situación de incapacidad temporal. En tales circunstancias, interpuso una demanda contra la empresa para extinguir su contrato de trabajo y, con la finalidad de fabricar una prueba que utilizar en dicho proceso, la empresa la llamó a un reconocimiento en virtud del art. 20.4 ET, que efectuaría un psicólogo clínico. El informe médico resultante, que contenía respuestas de la trabajadora a preguntas sobre cuestiones tan íntimas como sus apetencias sexuales, fue entregado al empresario y posteriormente difundido por este entre los demás trabajadores de la empresa.

⁹⁹³ MATEU CARRUANA, M. J.: 'Facultades de control fuera del centro de trabajo: Medidas de control sobre conductas extralaborales del trabajador', *Tribuna Social*, núm. 169, (2005), p. 37. Similarmente, Vid., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: Las facultades empresariales... cit., p. 61 indicando que el centro el trabajo funciona como límite natural de muchas de las medidas de control, que no pueden ser activadas más allá del mismo.

⁹⁹⁴ STS 21/07/2017 (Rec. núm. 2397/2015).

⁹⁹⁵ APILLUELO MARTÍN, M.: 'Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial', núm. 5, (2003), p. 2.

La identificación del punto en el que la injerencia empresarial en el derecho a la intimidad del trabajador deja de ser constitucionalmente tolerable, hasta convertirse en una vulneración, es una operación que debe llevarse a cabo a través del triple juicio de proporcionalidad, como instrumento de ponderación de los actos limitativos de derechos fundamentales. En primer lugar, conforme al principio de idoneidad, las medidas empresariales que impliquen la restricción de un derecho fundamental deberán ser idóneas o adecuadas. Es decir, deben obedecer a una finalidad legítima o a un interés empresarial digno de tutela, sin que sea suficiente alegar una *“mera utilidad o conveniencia para la empresa”*⁹⁹⁶. Como se ha comentado, la facultad de control de la prestación laboral presenta, como regla general, una nota de habitualidad o continuidad que normalmente no exige otro presupuesto que no sea el desarrollo corriente del trabajo. Pero, en cambio, el control extralaboral del trabajador, por su naturaleza excepcional, sí requiere una especial justificación. En este sentido, cualquier control rutinario sobre la vida personal de los trabajadores sería inadmisibles⁹⁹⁷, al representar un sacrificio desmesurado de su privacidad.

Lo anterior convierte el control extralaboral del trabajador en un control de tipo *“extraordinario”*⁹⁹⁸ o *“defensivo”*⁹⁹⁹. Es decir, se trata de un control de corte reactivo y no preventivo, que se activa cuando existe alguna razón para poner en duda la confianza que debe regir la relación entre empresario y trabajador. Por ello, el juicio de idoneidad se vincula en este tipo de controles con la existencia previa de sospechas fundadas sobre un posible comportamiento antijurídico del trabajador¹⁰⁰⁰. La empresa, antes de proceder a indagar en la vida privada del trabajador en ejercicio de la facultad del artículo 20.3 ET, debe contar con indicios suficientes de que puede estar cometiendo alguna irregularidad que le perjudica¹⁰⁰¹. Ahora bien, el artículo 20.4 ET representa una excepción a esta regla general, ya que la propia ley configura su supuesto de hecho de forma abierta y no condicionada a la aparición de dudas razonables que hagan dudar de la honestidad del trabajador. Es decir, el control médico, aun cuando es un control de carácter extralaboral, se concibe como una facultad creada expresamente *ex lege*,¹⁰⁰²

⁹⁹⁶ STC 10/04/2000 (Rec. núm. 4015/1996).

⁹⁹⁷ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales...* cit. p. 181

⁹⁹⁸ FABREGAT MONFORT, G.: *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control empresarial*, Albacete, 2016, p. 21.

⁹⁹⁹ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales...*, cit. p. 48.

¹⁰⁰⁰ STC 3/03/2016 (Rec. núm. 7222/2013).

¹⁰⁰¹ Ello debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de que pueda tener conocimiento de la infracción, sin haber procedido a la investigación del trabajador, a través de un *“hallazgo casual”*, un término propio del proceso penal referido a la obtención fortuita de fuentes de prueba, que como indica PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: ‘Internet en el trabajo’, Revista de Justicia Laboral, núm. 51, (2012), p. 5 de la versión digital, puede trasladarse al ámbito laboral.

¹⁰⁰² Vid., DEL VALLE VILLAR, J.M.: ‘El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español’, en AA.VV. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, coord. GARCÍA SAN MIGUEL, L., Madrid, 1992, p. 176; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: *Las facultades empresariales...* cit., p. 168 o GOÑI SEIN, J.: *El respeto...* cit., p. 220.

para cuyo ejercicio no se contempla más requisito que la comunicación por parte del trabajador de que su ausencia del trabajo es debida a causas de salud¹⁰⁰³.

En segundo lugar, según el principio de necesidad, la medida debe ser imprescindible, de manera que no exista otra menos gravosa pero igual de eficaz para verificar la presunta infracción. Aplicado a la elección entre las distintas medidas por las que permite optar el artículo 20.3 ET (esencialmente, los detectives privados y las redes sociales) o el reconocimiento del artículo 20.4 ET, no parece que, con carácter general, el principio de necesidad obligue a otorgar preferencia a uno de dichos preceptos frente al otro¹⁰⁰⁴. Ello se debe a que, como se verá, las características de ambas modalidades de control difieren tanto que son difícilmente comparables a la hora de establecer su mayor o menor gravosidad. El control extralaboral basado en el artículo 20.3 ET incide sobre la dimensión personal del derecho a la intimidad, se lleva a cabo de forma oculta, y puede conllevar directamente la imposición de sanciones disciplinarias. En cambio, la facultad del artículo 20.4 ET incide principalmente sobre la dimensión corporal de la intimidad, es un control transparente y voluntario y, con carácter general, no es susceptible de generar directamente la certeza necesaria de fraude que requiere la imposición de una sanción disciplinaria con seguridad jurídica. De hecho, en numerosos supuestos, un control realmente eficaz puede requerir hacer un uso complementario de las facultades reconocidas por ambos preceptos¹⁰⁰⁵.

Por último, el control empresarial debe poder calificarse como equilibrado o proporcionado en sentido estricto, lo que significa que el perjuicio que puede sufrir el trabajador en su intimidad debe de ser proporcionado en relación con el fin perseguido. Este principio comporta, en el ámbito que nos ocupa, limitar el objeto del control empresarial a verificar la capacidad laboral del trabajador para desarrollar su trabajo, tanto en el caso de las medidas que permitan la observación de su conducta, como en el caso del reconocimiento médico. Ello implica, respectivamente, como se verá más adelante, que la investigación por parte del detective no puede abarcar más de lo estrictamente necesario en términos temporales y espaciales, o que no puede someterse al trabajador a pruebas clínicas que no estén relacionadas con la causa médica de su incapacidad temporal.

¹⁰⁰³ MATEU CARRUANA, M. J.: 'Facultades de control... cit., p. 37, critica concretamente este aspecto del art. 20.4 ET por considerar que *"aparece el trabajador como un presunto culpable a priori y sin que el empresario tenga que justificar por qué cuestiona la palabra dada por el trabajador de los propios servicios médicos que han dado la baja"*.

¹⁰⁰⁴ Vid., con una visión distinta, PALOMO BALDA, E.: 'Aspectos laborales... cit., p. 6.

¹⁰⁰⁵ Ante la falta de prueba suficiente para demostrar el carácter fraudulento de la suspensión contractual, en ocasiones algún tribunal ha reprochado a la empresa no haber hecho uso de ambas facultades de control. Puede verse, por ejemplo, la STSJ Asturias 22/11/2002 (Rec. núm. 1052/2002) y la STSJ Castilla-La Mancha 18/07/2017 (Rec. núm. 636/2017).

3.2. El derecho fundamental a la protección de datos

El derecho a la protección de datos personales confiere a su titular un poder de autodeterminación sobre los datos relativos a su propia persona. Mientras que el derecho a la intimidad estrictamente considerada se limita a proporcionar protección frente a las conductas de acceso ilícito o difusión de información que forma parte del ámbito propio y reservado¹⁰⁰⁶, el derecho a la protección de datos otorga la facultad de decidir respecto de cualquier actuación que se lleve a cabo sobre la información relativa a uno mismo. Tal facultad de decisión se concreta en la exigencia principal de que para el tratamiento de los datos personales se cuente con la autorización de la persona interesada, manifestada a través de su consentimiento informado. Aun así, la ley contempla también habilitaciones legales adicionales que permiten el tratamiento de datos personales omitiendo la recabación del consentimiento en supuestos en los que se considera necesario. Dichas habilitaciones se encuentran recogidas en el marco normativo del RGPD, que en España ha sido complementado por la LOPDGDD, y varían en función de la tipología de datos personales.

Dentro del objeto amplísimo que protege el derecho a la protección de datos personales (art. 4.1 RGPD), existen algunas tipologías de datos, entre los que se incluyen los datos relativos a la salud, a los que se otorga una protección reforzada, porque se consideran datos especialmente sensibles (art. 9 RGPD). Los datos relativos a la salud se definen en el artículo 4.15 RGPD como los *“datos personales relativos a la salud física o mental de una persona física, incluida la prestación de servicios de atención sanitaria, que revelen información sobre su estado de salud”*¹⁰⁰⁷. Como se ve, se trata de un concepto que abarca cualquier tipo de información generada en o relacionada con el ámbito sanitario, con la finalidad de que este quede protegido en su conjunto. Así lo pone de manifiesto, en el plano laboral, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea de 6 de noviembre de 2003 (Asunto Lindqvist)¹⁰⁰⁸, en la que se declara que *“es preciso dar una interpretación amplia a la expresión”* considerando que *“la indicación de que una persona se haya lesionado un pie y está en situación de baja parcial constituye un dato personal relativo a la salud”*. Por tanto, tendrá esta consideración cualquier información relacionada con el absentismo médico de los trabajadores,

¹⁰⁰⁶ Considérese, en este sentido, el art. 7 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en el que se prevé el catálogo de intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad.

¹⁰⁰⁷ Además, dicha definición se complementa por el Considerando 35 que contiene una relación ejemplificativa de datos personales que deben considerarse relativos a la salud y que incluye, entre otros, los datos de carácter administrativo que se recojan con ocasión de la prestación de asistencia sanitaria, la información obtenida de pruebas o exámenes de una parte del cuerpo y cualquier información relativa a una enfermedad, una discapacidad, el tratamiento clínico o el estado fisiológico o biomédico del interesado, independientemente de su fuente.

¹⁰⁰⁸ C-101/01.

incluyendo la contenida en los partes de baja, confirmación y alta por incapacidad temporal o en cualquier justificante médico alternativo¹⁰⁰⁹.

En España, la amplitud del concepto recogido en el RGPD resulta novedosa, al menos por lo que se refiere a la esfera empresarial o laboral, en la que se venía manejando tradicionalmente un concepto restrictivo de datos relativos a la salud. Por ejemplo, la AEPD venía sosteniendo una noción, difícilmente compatible con la europea, que excluía toda aquella información de los trabajadores que, aun estando relacionada con la salud, no hiciera referencia a un diagnóstico o a una enfermedad concreta¹⁰¹⁰. Incluso se llegó a afirmar que el ejercicio regular del artículo 20.4 ET no implicaba ningún tipo de tratamiento de datos relativos a la salud por parte del empresario que lo ordenaba¹⁰¹¹. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ya ha puesto de manifiesto la necesidad de superar esta posición restrictiva, reconociendo que la mera mención de la incapacidad temporal de un trabajador constituye un dato relativo a su salud¹⁰¹² y, por tanto, su tratamiento está, *a priori*, prohibido. Ello implica que la gestión de los datos sobre absentismo médico queda supeditada a la concurrencia de alguna de las excepciones contempladas en el artículo 9.2 RGPD, entre las que destacan el consentimiento del interesado y el ejercicio de derechos u obligaciones empresariales reconocidos legal o convencionalmente.

La extensión con la que ha quedado configurado a nivel europeo el concepto de datos relativos a la salud obliga a reparar, a la vez, en la gran heterogeneidad de datos que se subsumen en el mismo. Dentro del género de datos relativos a la salud, pueden identificarse los datos médicos como datos “hipersensibles”, que reciben un tratamiento jurídico especial, más protector que el que el de los datos sensibles generalmente

¹⁰⁰⁹ ALONSO MARTÍNEZ, C.: ‘Aproximación a determinados conceptos del real decreto 994/1999, de 11 de junio, sobre medidas de seguridad’, Actualidad Informática Aranzadi, núm. 35, (2000), p. 11.

¹⁰¹⁰ Así, por ejemplo, en la Resolución de archivo de actuaciones de 18 de junio de 2010 (Expediente N.º: E/02333/2009) se aplica dicho concepto con claridad a la realización de reconocimientos médicos. Pero no se aplica en cambio el régimen jurídico referente a los datos relativos a la salud a la difusión de un parte médico por incapacidad temporal en la Resolución de archivo de actuaciones del Expediente N.º: E/01123/2013). También se lleva a cabo un difícil ejercicio de atemperamiento del concepto en la Resolución de archivo de actuaciones del Expediente N.º: E/01168/2016 relativa a la difusión, entre los trabajadores, de un documento en el que constaban los periodos de incapacidad temporal de todos ellos y el tipo de contingencia que lo había originado. En este caso sí se consideró un tratamiento de datos relativos a la salud, aunque sorprendentemente no se sancionaba como tal porque “*las causas de baja de absentismo (enfermedad común, accidente de trabajo, maternidad) no puede afirmarse en sentido estricto revelen datos sensibles relativos a una enfermedad específica, sino que refieren términos genéricos*”.

¹⁰¹¹ Resolución de 1 junio 2009 (Expediente N.º: E/00489/2008) sobre un caso en que la empresa TRANSCOM contrató a TEBEX para que llevara a cabo el control del absentismo laboral de los trabajadores en situación de incapacidad temporal. Hay que tener en cuenta que, para ello, TRANSCOM enviaba a TEBEX una “*relación nominal de los trabajadores en situación de baja activa, con el fin de que se procediera al seguimiento de las mismas*” junto con sus datos de contacto e indicación de su puesto de trabajo. Esta última respondía con “*un listado de las bajas comunicadas con la última actuación realizada, la justificación de la baja, fecha prevista de reincorporación*”.

¹⁰¹² STS 20/07/2018 (Rec. núm. 2355/2017), en la que se censura por la vía de la vulneración del derecho a la intimidad la comunicación pública de este hecho.

considerados. Estos datos fueron definidos por el Grupo de Trabajo del artículo 29 como “*datos relativos a la salud mental o física generados por un profesional en un contexto médico*”¹⁰¹³. Son aquellos datos relativos a la salud que hacen referencia directa a la situación clínica de un paciente y que se originan en un entorno sanitario, por ejemplo, un diagnóstico médico, la prestación de un tratamiento médico determinado o los datos contenidos en la historia clínica de un paciente. Es decir, aunque todos los datos manejados en relación con el absentismo del trabajador por motivos sanitarios son datos relativos a la salud, dentro de estos puede distinguirse la subcategoría de los datos médicos, especialmente protegida debido a su hipersensibilidad.

La especial protección de los datos médicos, intrínsecamente conectados al núcleo duro del derecho a la intimidad personal, se reconoce expresamente en la jurisprudencia europea en materia de derechos humanos¹⁰¹⁴ y en las resoluciones del Tribunal Constitucional¹⁰¹⁵. La garantía de refuerzo de estos datos médicos hipersensibles la establece el Derecho europeo mediante el principio de minimización de los datos (art. 5.1.c RGPD), conforme al cual los datos que sean objeto de tratamiento deben limitarse a los estrictamente necesarios en relación con los fines para los que son tratados¹⁰¹⁶. La privacidad de los datos médicos del trabajador también queda reforzada por la normativa sanitaria a través de Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, Ley de Autonomía del Paciente), que reconoce el derecho de todo paciente a que se garantice el carácter confidencial de los datos referentes a su salud (art. 7) , en especial de los recogidos en la documentación clínica (art. 16).

La hipersensibilidad de determinados datos relativos a la salud de los trabajadores, y su consiguiente protección reforzada, son aspectos que tienen importantes repercusiones en el marco de las políticas empresariales dirigidas a la contención del absentismo médico. Quedó patente en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de

¹⁰¹³ Anexo a la Carta de 5 de febrero de 2015 en respuesta a un requerimiento de la Comisión sobre los datos de salud en aplicaciones y dispositivos, p. 2.

¹⁰¹⁴ Es muy significativa la STEDH de 17 de julio de 2008 (caso I. c. Francia): “*La protección de los datos personales, en concreto de los datos médicos, es de esencial importancia en el disfrute de un individuo del derecho al respeto de su vida privada y familiar, tal y como garantiza el artículo 8 del Convenio. Respetar la confidencialidad de los datos médicos, es un principio vital en los sistemas legales de los Estados Contratantes del Convenio es crucial, no solo respetar el sentido de la privacidad de un paciente, sino también, preservar su confidencialidad en la profesión médica y en los servicios de salud en general.*”

¹⁰¹⁵ Por ejemplo, STC 15/09/2003 (Rec. núm. 2980/2000) “*Resulta evidente que el padecimiento de una enfermedad se enmarca en la esfera de privacidad de una persona, y que se trata de un dato íntimo que puede ser preservado del conocimiento ajeno. El derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas (STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2), quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma.*”

¹⁰¹⁶ Tal minimización no se aplica exclusivamente en sentido cuantitativo, sino que contemplada también desde el punto de vista cualitativo impide cualquier tratamiento de los datos médicos si es desproporcionado, al ser suficiente con el tratamiento de otro tipo de datos relativos a la salud.

noviembre de 1999¹⁰¹⁷, que fijó los límites constitucionales del tratamiento empresarial de los datos de los trabajadores¹⁰¹⁸ y, más concretamente, de su tratamiento con fines de control de la incapacidad temporal. La resolución abordaba la actuación de una empresa que colaboraba voluntariamente con la Seguridad Social y que, como tal, gestionaba directamente la prestación sanitaria por incapacidad temporal de sus trabajadores¹⁰¹⁹. En el ejercicio de tal actividad, la empresa iba registrando en su base de datos informática la información relativa a las incapacidades temporales de los trabajadores. Tal base de datos recibía el nombre de “*absentismo con baja médica*”, por lo que el Tribunal parte de la premisa de que su propósito no era otro que el de controlar este problema. El supuesto resuelto por el máximo intérprete de la Constitución tenía de particular que entre los datos sobre absentismo que trataba la empresa figuraban, en general, datos relativos a la salud de los trabajadores, por ejemplo, las fechas de baja y alta, y figuran también, en particular, datos médicos, o hipersensibles, como el diagnóstico de la enfermedad.

En este contexto, un trabajador instó la cancelación de sus datos personales y la empresa se negó, por entender que tenía derecho a su conservación, amparándose en sus obligaciones de vigilancia de la salud laboral y sus facultades de control del absentismo. Pues bien, la primera de las razones por las que el Tribunal declara vulnerado el derecho a la protección de datos personales del trabajador es la falta de una causa legal habilitante que permitiera, omitiéndose la recabación de su consentimiento, el tratamiento de los datos atinentes a la concreta enfermedad que padecía. La sentencia de instancia indicaba al respecto que tal habilitación podía encontrarse en la facultad de control empresarial porque “*la inclusión del diagnóstico en los partes de baja médica por incapacidad transitoria facilita la posible decisión empresarial de controlar (...) la evolución de los trabajadores que se encuentran en dicha situación*”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que entre las facultades que confiere la legislación vigente al empresario para el control del absentismo laboral “*no figura la de proceder al almacenamiento en soporte informático de los datos atinentes a la salud de los trabajadores -y en concreto del diagnóstico médico-*”.

¹⁰¹⁷ Rec. núm. 4138/96.

¹⁰¹⁸ TASCÓN LÓPEZ, R.: ‘Ejecución de las obligaciones de hacer: eliminación de datos médicos sobre absentismo’, *Temas Laborales*, núm. 80, (2005), p. 258.

¹⁰¹⁹ Esta es una opción de colaboración en la gestión sanitaria ya no está disponible hoy en día, habiendo desaparecido parcialmente a raíz de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (disposición transitoria sexta) y de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, respecto de la incapacidad temporal por contingencias comunes. Más recientemente, en relación con las contingencias profesionales, a raíz de la DA final segunda del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

La segunda razón por la que el tratamiento de los datos relativos al diagnóstico médico del trabajador se considera ilícito es que transgrede el que actualmente¹⁰²⁰ se conoce como principio de limitación de la finalidad¹⁰²¹. En el caso enjuiciado, los datos médicos de los trabajadores se recogían en el marco de la prestación de asistencia sanitaria por incapacidad temporal y, en consecuencia, su conservación para fines de control empresarial del absentismo laboral se separaba del legítimo objetivo con el que se habían obtenido. Por todo lo anterior, se estima el recurso de amparo, condenando a la empresa demandada a la “*supresión de los diagnósticos médicos consignados en la base de datos denominada absentismo con baja médica existente en dicha entidad crediticia*”¹⁰²².

Nuestra doctrina científica valoró que esta sentencia podía cerrar la puerta a cualquier tipo de tratamiento empresarial de los datos relativos a las ausencias por motivos de incapacidad temporal de los trabajadores, criticando al respecto que el artículo 20.4 ET debería permitir a la empresa, tácitamente al menos, una mínima anotación de este tipo de ausencias¹⁰²³. A mi juicio, con todo, de una lectura de esta sentencia apegada al Derecho de protección de datos y a la normativa sanitaria aplicable no cabe extraer dicha valoración. De hecho, con dicha sentencia en la mano, el almacenamiento en el fichero informático empresarial de las anotaciones de las fechas de altas y bajas de los trabajadores, que no son datos de salud hipersensibles, no constituye una conducta reprochable¹⁰²⁴, porque lo permite expresamente la legislación laboral y en materia de Seguridad Social. Solo queda vedado el acceso de la empresa al diagnóstico del trabajador, que es un dato médico, innecesario para controlar el absentismo¹⁰²⁵.

¹⁰²⁰ En su momento, este principio encontraba su reflejo en los principios de congruencia y racionalidad, recogidos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

¹⁰²¹ Art. 5.1.b RGPD conforme al que los datos personales serán “*recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines*”.

¹⁰²² Por ello, siguiendo la estela que deja tras sí la sentencia puede encontrarse, por ejemplo, la prohibición de la AEPD a varias Administraciones Públicas de que obligaran a sus trabajadores a presentar a los servicios médicos un justificante o una copia del parte de baja en el que apareciera el diagnóstico (Resolución R/00065/2014 del procedimiento N° AP/00038/2013 y resolución R/02555/2014 del procedimiento N° AP/00034/2014) o la Instrucción de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid 2/2009 de 21 de diciembre de 2009 que indica a los profesionales sanitarios que no deben consignar en los justificantes médicos ninguna referencia al diagnóstico o pruebas realizadas, en vista de la obligación que pueden tener los trabajadores de presentarlos en sus departamentos de personal.

¹⁰²³ Vid., GARCÍA MURCIA, J.: ‘Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: anotación de las bajas médicas’, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 13, (2000), p. 8.

¹⁰²⁴ TASCÓN LÓPEZ, R.: ‘Ejecución de las obligaciones... cit., p. 263.

¹⁰²⁵ En efecto, la falta de necesidad de conocer el diagnóstico médico para controlar a los trabajadores en situación de incapacidad temporal se demuestra por la simple razón de que la inmensa mayoría de las empresas no tienen la posibilidad de acceder a dicha información y ejercen con normalidad su potestad de control. El caso analizado es un supuesto excepcional, dado que la empresa tuvo la oportunidad de acceder a los diagnósticos porque colaboraba voluntariamente con la Seguridad Social en la gestión de la prestación sanitaria por incapacidad temporal. Como explica GARCÍA GARNICA, C.: ‘La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (A propósito de la STC 202/1999, 8 de noviembre)’, Derecho

Todo control del absentismo por incapacidad temporal implica el tratamiento empresarial de datos sensibles relativos a la salud de los trabajadores. El artículo 9.2.b RGPD señala que no se precisa el consentimiento del trabajador para el tratamiento de estos datos cuando ello “*es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social*”. Extremo que, en nuestro caso, enlaza con el artículo 102 LGSS, que señala al empresario como colaborador obligado en la gestión de la prestación. Y en el plano contractual, el tratamiento de los datos relativos a la salud para el control material del absentismo médico viene indirectamente autorizado por los artículos 20.3 y 20.4 ET, que abren al empresario la posibilidad de comprobar la veracidad de la afectación de la capacidad laboral alegada por el trabajador para obtener la baja. Lo que no es posible, a la luz del RGPD y la normativa sanitaria, es el conocimiento y registro empresarial de los datos médicos del trabajador referidos, entre otros extremos, a su enfermedad y/o a los tratamientos que recibe, porque lo impiden los ya citados principios del Derecho europeo sobre la minimización de los datos y a la limitación de la finalidad del tratamiento.

III. MEDIDAS DE CONTROL DEL TRABAJADOR AUSENTE AMPARADAS EN EL ARTÍCULO 20.3 ET

Las principales medidas por las cuales puede optar el empresario, al margen de la facultad del artículo 20.4 ET, para el controlar el absentismo laboral son la contratación de detectives privados y la indagación en internet y las redes sociales. Aunque ambas medidas se abordan separadamente por motivos de claridad expositiva, de un tiempo a esta parte es muy frecuente su uso combinado. Por un lado, el hallazgo de determinada información en las redes sociales puede llevar a la contratación de un detective privado. Por otro, internet se ha vuelto una herramienta de trabajo indispensable para estos profesionales, hasta el punto de convertirse su rastreo en la primera fase de cualquier investigación. Así, los datos obtenidos de fuentes de internet pueden ser suficientes para finalizar el encargo o complementar los métodos tradicionales de los detectives¹⁰²⁶. En este sentido, es lícito que ambas medidas se utilicen de forma complementaria, sin que, a mi modo de ver, el principio constitucional de necesidad obligue a optar, *a priori*, por una u otra vía de actuación.

Privado y Constitución, núm. 14, (2000), pp. 160 y 161, las empresas colaboradoras venían accediendo en la práctica a los diagnósticos de sus trabajadores a través del modelo de parte médico de baja dirigido a la entidad gestora o mutua en virtud del artículo 1.2 del RD 575/1997, por asimilación a dichas entidades. En cambio, tanto en la Orden de 19 de junio de 1997 como en la de 18 de septiembre de 1998 se observa que en los modelos oficiales de parte médico de baja dirigidos a la empresa, no se incluye el diagnóstico, debiéndose indicar solo las conclusiones alcanzadas en el reconocimiento médico respecto a la capacidad laboral del trabajador.

¹⁰²⁶ Vid., como muestra, la detallada exposición de hechos probados de la STSJ Madrid 5/05/2017 (Rec. núm. 722/2016).

1. La contratación de detectives privados

En la actualidad, no puede entenderse la actividad profesional de los detectives privados sin tener en cuenta la función que desempeñan en el control del absentismo laboral. En 2018, la Asociación Profesional de Detectives Privados de España estimaba que cerca del 90 % de la actividad profesional de los detectives la constituía el cumplimiento de encargos de empleadores y mutuas dirigidos a la investigación de infracciones laborales, entre las cuales destacan los supuestos fraudulentos de incapacidad temporal¹⁰²⁷. Tan es así, que, en los últimos años, al tiempo que se incrementaba el absentismo laboral y la preocupación empresarial por el mismo, se ha visto aumentado el volumen de negocio del sector¹⁰²⁸. Esta realidad social se ha trasladado, a su vez, al ámbito de la jurisdicción social¹⁰²⁹ que es la que visitan con mayor frecuencia estos profesionales, dando lugar a una jurisprudencia abundante pero poco homogénea en algunos aspectos.

Los despachos de detectives privados se regulan por la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (en adelante, LSP), que los define como “*oficinas constituidas por uno o más detectives privados que prestan servicios de investigación privada*” (art. 2.11 LSP). Sus servicios consisten en la “*realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados*” relacionados, entre otros, con el ámbito laboral (art. 48.1.a LSP). De lo anterior se derivan dos ideas relevantes. En primer lugar, aunque hay quien no lo entiende así¹⁰³⁰, los detectives son profesionales que pueden investigar lícitamente la comisión de incumplimientos contractuales de carácter laboral. En segundo lugar, cuando un detective realiza una investigación para un empresario está actuando por cuenta de este, que ostenta la posición de sujeto legitimado para la obtención de determinada información en ejercicio de su facultad de control. Por ello, la investigación que pueda realizar el detective estará sujeta al mismo objeto y límites que la facultad empresarial.

¹⁰²⁷ SEMPERE, P.: ‘Las bajas fraudulentas ya copan el 90 % del trabajo de los detectives privados’, El País, Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/10/09/fortunas/1539108545_471618.html (Fecha de consulta: 17/11/2018). Similarmente, pueden verse diversos testimonios individuales de directores de despachos de detectives privados en CARRETERO, N.: ‘Los detectives lo tenemos más fácil que nunca’. El País. Recuperado de https://elpais.com/politica/2017/05/12/actualidad/1494586107_145189.html (Fecha de consulta: 17/11/2018).

¹⁰²⁸ BARNÉS, H.: ‘A qué se dedican los detectives de hoy: el fraude por falsas bajas laborales aumenta’. El Confidencial. Recuperado de: https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2017-01-04/detectives-fraude-falsa-baja-laboral_1298646/. (Fecha de consulta 17/11/2018).

¹⁰²⁹ BLANCO FERNÁNDEZ, S.; VELASCO RODRÍGUEZ, J. y GONZÁLEZ PAIS, C.: ‘Despidos disciplinarios... cit., p. 134, observan que en un 45 % de procesos por fraude en la incapacidad temporal que se sustancian ante los tribunales intervienen detectives privados.

¹⁰³⁰ Vid. GOÑI SEIN, J.: *El respeto...* cit., p. 137, considerando que el poder de control puede ser ejercido únicamente por el empresario o por colaboradores integrados en la estructura jerárquica de la empresa.

La investigación privada es una actividad que se reserva en exclusiva a los detectives (art. 5.2 LSP), porque se entiende que debe ejercerse con ciertas garantías de profesionalidad que permitan la preservación de los derechos fundamentales de los investigados (arts. 10.1.b y 29.c LSP). En consecuencia, los empresarios deben recurrir forzosamente a estos profesionales para llevar a cabo determinadas actuaciones de control extralaboral del trabajador¹⁰³¹. Un empresario no puede, por ejemplo, ya sea por sí mismo o a través de algún colaborador cualquiera (incluidos los vigilantes de seguridad¹⁰³²), realizar un seguimiento presencial de la actividad extralaboral del trabajador. Por ello, son los detectives quienes se encargan de comprobar si el trabajador, en el desarrollo de su vida privada, incurre en conductas de las que pueda inferirse que está simulando su enfermedad o lleva a cabo actuaciones que puedan perjudicar su recuperación.

Tal y como prevé la propia LSP en su artículo 37.2.c, la actividad del detective no se agota con la realización de la investigación que se le encarga, sino que, en caso de que sea necesario, ratifica el contenido de sus informes de investigación ante las autoridades judiciales. Es por ello que, como se ha adelantado, la actuación del detective está muy ligada al proceso laboral que pueda iniciar el trabajador impugnando la validez del despido disciplinario. De hecho, la confianza que depositan los empresarios en estos profesionales se debe, en buena medida, a la especial credibilidad que les otorgan los tribunales¹⁰³³. La intervención del detective en el proceso se materializa a través de su declaración testifical. En este contexto, adquiere una gran importancia la incidencia que la investigación del detective privado haya podido tener en los derechos fundamentales del trabajador porque, de acuerdo con el artículo 90.2 LRJS, cualquier prueba obtenida con vulneración de algún derecho fundamental debe ser expulsada del proceso judicial. A esta cuestión se destinan los siguientes epígrafes.

1.1. Incidencia en el derecho a la intimidad del trabajador

La posición de la doctrina es prácticamente unánime,¹⁰³⁴ la contratación de un detective privado para investigar la conducta del trabajador más allá de su jornada

¹⁰³¹ A este respecto, establece la STSJ Andalucía (Sevilla) 4/04/2008 (Rec. núm. 1509/2007) que el engaño a la empresa sobre la falta de condición legal de detective privado de la persona contratada no afecta a la validez probatoria de su investigación.

¹⁰³² Conforme al art. 5.2 LSP las funciones de detectives y vigilantes de seguridad son incompatibles.

¹⁰³³ Vid., al respecto, STS 6/11/1990 (Rec. núm. 501/1990) indicando que el testimonio de los detectives privados tiene, en favor de su veracidad, la garantía de una profesión reglada y la experiencia que proporciona la precisa y continuada dedicación al testimonio que se emite, que suele ir acompañado de acreditaciones complementarias, gráficas y sonoras. En contra puede verse, la STSJ Madrid 27/06/2007 (Rec. núm. 2233/2007) considerando que un detective carece de objetividad, proporciona una versión subjetiva de los hechos y no es imparcial, pues actúa por cuenta del empresario.

¹⁰³⁴ Vid., FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales...* cit., p. 70; RODRÍGUEZ CARDO, A.: *Poder de dirección...* cit., p. 49; SALCEDO BELTRÁN, M.: 'Intervención de detectives en las relaciones laborales', *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 368, (2019), pp. 107 y 117; PALOMO BALDA, E.: 'Aspectos laborales...' cit., p. 7; AGUILERA IZQUIERDO, A.: 'El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de agencias de detectives', *Revista Española*

laboral requiere, conforme al principio constitucional de idoneidad, la preexistencia de sospechas fundadas sobre la comisión de algún tipo de irregularidad. En la práctica, de hecho, es esperable que exista algún tipo de indicio, porque el alto coste económico que conlleva esta medida actúa como un factor desincentivador de investigaciones caprichosas, que busquen la satisfacción de la curiosidad frívola. En todo caso, la exigencia de sospechas previas a la hora de contratar un detective para el control extralaboral del trabajador en situación de incapacidad temporal no ha sido una cuestión pacífica en los tribunales. Mientras que el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional¹⁰³⁵ no se han pronunciado de forma expresa y específica sobre esta cuestión, los tribunales superiores de justicia están divididos.

Por un lado, pueden encontrarse resoluciones que aplican con rigor el requerimiento de una justificación constitucional clara para permitir la investigación de la vida privada del trabajador, declarando la nulidad de la prueba en caso contrario¹⁰³⁶. Por otro lado, hay también resoluciones que admiten que el juicio de idoneidad se cumple con la presunción de un interés empresarial genérico en descubrir la transgresión de la buena fe¹⁰³⁷. Conforme a esta última línea, para que la contratación del detective sea legítima, la única exigencia que debe cumplirse es la prevista en el artículo 48.2 LSP, por la que el solicitante de los servicios de un detective privado debe acreditar un interés legítimo respecto de su encargo, entendido como *“la finalidad lícita perseguida por quien contrata al detective y que guarda relación directa con derechos de los que se es titular”*¹⁰³⁸. En mi opinión, dicha argumentación puede servir para justificar la contratación de un detective que vigile el cumplimiento de la prestación

de Derecho del Trabajo, núm. 158, (2013), p. 132; APARICIO ALDANA, R.: Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales, Cizur Menor, 2016, p. 54 de la versión digital; CABEZA PEREIRO, J.: ‘Informe de detectives, intimidad y otras cuestiones en el entorno de la potestad disciplinaria del empresario’, Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 415, (2017), p. 179 y ÁLVAREZ ALONSO, D: ‘Despido disciplinario, seguimiento por detective privado y derecho a la intimidad’, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 171, (2014), p. 10 de la versión digital. En contra de que se requieran sospechas fundadas para la contratación de un detective pueden verse DÍAZ RODRÍGUEZ, J.: ‘Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial’, Actualidad Laboral, núm. 7, (2011), p. 4 de la versión digital y POQUET CATALÁ, R.: ‘Poder de control empresarial mediante detectives privados y validez de sus pruebas’, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 58, (2021), p. 397.

¹⁰³⁵ Si bien en alguna sentencia como la STS 24/07/1990 se trata la licitud de la prueba de detective, no se discute la necesidad de que deba venir precedida por una sospecha fundada por parte de la empresa. En cambio, sí se ha establecido claramente dicho requisito en relación con el control de los representantes de los trabajadores durante el uso del crédito horario, una situación semejante a la de los trabajadores en situación de incapacidad temporal, en la medida en que se trata de un control que se produce más allá del ámbito organizativo de la empresa: Vid. Auto del TC 17/09/1999 (Rec. núm. 3744/1998) o STS 13/03/2012 (Rec. núm. 1498/2011).

¹⁰³⁶ STSJ Cantabria 18/3/2011 (Rec. núm. 159/2011), STSJ Madrid 5/07/2013 (Rec. núm. 823/2013), STSJ País Vasco 20/03/2018 (Rec. núm. 437/2018) y STSJ Andalucía 20/07/2021 (Rec. núm. 12/2020).

¹⁰³⁷ STSJ Cataluña 30/03/2015 (Rec. núm. 519/2015) y STSJ Cataluña 29/05/2017 (Rec. núm. 1694/2017).

¹⁰³⁸ STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 17/01/2018 (Rec. núm. 584/2017).

laboral por parte del trabajador, pero no puede equipararse dicho caso al control de su vida privada, que debe regirse por criterios más estrictos.

Las sospechas que pueden dar lugar a la contratación de un detective privado para el control del absentismo laboral son de muy diversa índole. Un informe médico negativo del facultativo médico al que se ha encargado un reconocimiento del artículo 20.4 ET, por ejemplo, sería un motivo idóneo para proceder al control extralaboral del trabajador. Del mismo modo, parece razón suficiente para dudar de la honestidad del trabajador que la incapacidad temporal se produzca inmediatamente después de un desencuentro con el empresario¹⁰³⁹ o, precisamente, la misma fecha en que el trabajador pretendía disfrutar de un día de libranza que se deniega¹⁰⁴⁰. Asimismo, son hechos que pueden dar lugar a una indagación de esta naturaleza en la vida privada del trabajador la publicación en medios de comunicación¹⁰⁴¹ o en las redes sociales¹⁰⁴² de informaciones que lleven a pensar que el trabajador puede estar realizando actividades incompatibles con su situación de incapacidad temporal, un uso del teléfono móvil profesional más intenso de lo que sería razonable en dicha situación¹⁰⁴³, la duración inusualmente larga de una baja en relación con la dolencia que la causa¹⁰⁴⁴, la existencia de comentarios entre los trabajadores de la plantilla sobre el comportamiento del trabajador¹⁰⁴⁵ o que el trabajador deje de remitir los partes de confirmación a la empresa, quedando la baja sin cobertura formal¹⁰⁴⁶.

Por el contrario, no es tan claro que pueda considerarse un indicio de fraude que el trabajador se haya negado al reconocimiento del artículo 20.4 ET. Es cierto que la regulación en materia de Seguridad Social viene a presumir el carácter fraudulento de la incapacidad temporal si el trabajador no acude a los reconocimientos de seguimiento y control¹⁰⁴⁷. Pero dicha presunción no parece trasladable a los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET, puesto que, como se verá, aquellos son obligatorios y éstos últimos voluntarios. Tampoco es, a mi modo de ver, motivo suficiente para generar dudas fundadas sobre todos los trabajadores en su conjunto que en un momento dado se produzca un alto nivel de absentismo en la empresa¹⁰⁴⁸. Es decir, no es posible ejercer

¹⁰³⁹ STSJ Galicia 29/01/2009 (Rec. núm. 5470/2008) sobre un trabajador que, ante una orden directa de atender un puesto de trabajo diferente, amenaza con coger una baja si tiene que cumplirla.

¹⁰⁴⁰ STSJ Madrid 5/11/2010 (Rec. núm. 1205/2010).

¹⁰⁴¹ STSJ Galicia 27/11/2003 (Rec. núm. 5400/2003).

¹⁰⁴² STSJ Asturias 14/06/2013 (Rec. núm. 241/2013).

¹⁰⁴³ STSJ Cantabria 18/3/2011 (Rec. núm. 159/2011) y STSJ Madrid 5/07/2013 (Rec. núm. 823/2013).

¹⁰⁴⁴ STSJ Andalucía (Granada) 15/07/2009 (Rec. núm. 2453/2011).

¹⁰⁴⁵ STSJ Baleares 17/10/2008 (Rec. núm. 339/2008).

¹⁰⁴⁶ STSJ Cataluña 7/05/2018 (Rec. núm. 946/2018).

¹⁰⁴⁷ Recuérdesse que el art. 175.3 LGSS establece como causa de suspensión cautelar del derecho al subsidio por incapacidad temporal la incomparecencia a los reconocimientos médicos realizados por el INSS o por la mutua, *“al objeto de comprobar si aquella [incomparecencia] fue o no justificada”*.

¹⁰⁴⁸ Vid., en contra, STSJ Valencia 22/03/1999 (Rec. núm. 4191/1998)

un control sistemático los trabajadores en situación de incapacidad temporal, ya que la justificación de cada investigación debe ser individualizada.

Además del juicio de idoneidad, la contratación de detectives debe cumplir también con el juicio de necesidad. Al respecto, se entiende jurisprudencialmente que la elección del detective privado como medida de control empresarial es adecuada, en tanto que es la única forma legal de poder supervisar la actividad privada del trabajador¹⁰⁴⁹. Y, en cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, deben considerarse distintos factores. En primer lugar, debe tenerse en cuenta el criterio temporal, en el sentido de que la investigación que lleve a cabo el detective debe ser lo más breve posible. No se permite una investigación que pueda durar meses¹⁰⁵⁰ ya que esta revelaría, más que la confirmación de unas sospechas preexistentes, una búsqueda de motivos que justifiquen la decisión previa de extinguir el contrato del trabajador en cuestión. En segundo lugar, se tiene también en cuenta un criterio espacial que se concreta específicamente en el artículo 48.1.3 LSP, el cual dispone que *“En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados”*. A estos efectos, se entiende que forman parte del domicilio los espacios cerrados anejos al mismo como los garajes, pero no en cambio el jardín¹⁰⁵¹, por tratarse de un espacio abierto a la vista de todos. Asimismo, respecto de los lugares reservados, se excluyen los locales comerciales abiertos al público en horario de apertura¹⁰⁵², aun en el caso de que sean negocios familiares¹⁰⁵³.

Por último, el artículo 25.1.g LSP establece como obligación general de los despachos de detectives la de asegurar el archivo y conservación de la documentación relativa a su ejercicio profesional haciendo expresa referencia al *“material de imagen y sonido obtenido”* recabado en el transcurso de sus investigaciones. Asimismo, el artículo 49.4 LSP dispone que las imágenes y sonidos grabados durante las investigaciones quedan sometidos a la normativa en materia de protección de datos. La lectura conjunta de ambos preceptos pone de manifiesto que forma parte del trabajo del detective documentar su investigación mediante sistemas técnicos que contribuyan a probar los hechos de los que es testigo. En particular, sobre la captación de imágenes por parte del detective privado, ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 27 de mayo de 2014¹⁰⁵⁴ que no vulneran el derecho a la privacidad, siempre que (i) su única finalidad sea servir como medio de prueba en un proceso judicial, sin

¹⁰⁴⁹ Vid. STSJ Madrid 5/07/2013 (Rec. núm. 823/2013) en contraposición con la STS 13/03/2012 (Rec. núm. 1498/2011).

¹⁰⁵⁰ STSJ Madrid 27/07/2007 (Rec. núm. 2233/2007).

¹⁰⁵¹ STSJ Madrid 5/07/2013 (Rec. núm. 823/2013).

¹⁰⁵² STSJ Cataluña 30/03/2015 (Rec. núm. 519/2015).

¹⁰⁵³ STSJ Valencia 3/02/2000 (Rec. núm. 1699/1999).

¹⁰⁵⁴ Caso de la Flor contra España.

que sean publicadas ni tengan vocación de serlo, (ii) no sean captadas de manera sistemática o permanente y (iii) se graben únicamente lugares públicos.

También como forma de complementar el seguimiento realizado por los detectives, se ha planteado en la práctica la utilización de dispositivos GPS que rastreen la posición del trabajador en situación de incapacidad temporal. En particular, este medio de control tecnológico se empleó en un supuesto de hecho para que el detective pudiera seguir recabando información del trabajador durante los momentos en los que cesaba el seguimiento presencial de su actividad. En tal caso, consideró el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Sentencia de 10 de mayo de 2011¹⁰⁵⁵ que esta forma de utilización de la tecnología de geolocalización atentaba contra el derecho a la intimidad del trabajador, porque no respetaba el principio constitucional de necesidad. Es decir, se conseguía por este medio un control más invasivo de la vida privada del trabajador, justificado exclusivamente por la conveniencia para el investigador. En este sentido, el GPS se diferencia de la grabación de imágenes y sonidos durante el seguimiento en que permite una ampliación muy significativa de la investigación del detective, ya que la recogida de información no se limita a constatar lo que el investigador conoce directamente por sus propios sentidos. Por ello, la utilización de la geolocalización debe reservarse para cuando no es posible realizar un control visual del trabajador¹⁰⁵⁶.

1.2. Incidencia en el derecho a la protección de datos del trabajador

El encargo de una investigación a un detective privado, la realización de la investigación en sí misma o la comunicación de sus resultados al empresario, son todo supuestos de tratamiento de datos de carácter personal del trabajador. Además, el detective analiza el comportamiento del interesado con el propósito de obtener información sobre su estado de salud y comprobar si se ajusta a su situación de baja laboral¹⁰⁵⁷, por lo que se realiza un tratamiento de datos sensibles. En consecuencia, dicho tratamiento ha de fundamentarse en el artículo 9.2.b RGPD, que, como se ha visto, lo permite cuando sea necesario para el ejercicio de derechos específicos del empresario en el ámbito del derecho laboral. En este sentido, parece razonable interpretar, como hacen la AEPD¹⁰⁵⁸ y nuestra doctrina judicial,¹⁰⁵⁹ que de la conexión entre el artículo 20.3

¹⁰⁵⁵ STSJ País Vasco 10/05/2011 (Rec. núm. 644/2011). Puede verse también la STS 21/06/2012 (Rec. núm. 2194/2011) que, si bien inadmite el recurso contra esta sentencia, pone de manifiesto como la utilización del GPS es un factor determinante a la hora de declarar la nulidad del despido.

¹⁰⁵⁶ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: 'Poderes del empresario... cit., p. 11.

¹⁰⁵⁷ En contra, Vid. SANMARTÍN, D. A.: 'Protección de datos para detectives privados' en AA.VV.: Dirección y gestión de seguridad (DYGSEG), Dir. PÉREZ ÁLVAREZ, F., Salamanca, 2013, p. 1240, que, adoptando una visión restringida del concepto de dato relativo a la salud predominante en el ámbito laboral español con anterioridad al RGPD, considera que un vídeo donde se observe si una persona adolece de cojera no es, por sí mismo, un dato relativo a la salud, aunque a partir del mismo los profesionales sanitarios sí pueden "crear" datos médicos.

¹⁰⁵⁸ Resolución Nº.: R/02831/2016 Procedimiento Nº.: TD/01926/2016 y Resolución Nº.: R/02958/2011. Procedimiento Nº.: TD/01259/2011.

¹⁰⁵⁹ STSJ Islas Canarias (Tenerife) 17/01/2018 (Rec. núm. 584/2017).

ET y el artículo 48.1.a LSP, referido a la investigación de conductas privadas relativas al ámbito laboral, nace un derecho concreto del empresario a contratar un detective privado para el control extralaboral del trabajador en situación de incapacidad temporal,¹⁰⁶⁰ sin que sea necesario su consentimiento¹⁰⁶¹.

En esta problemática también tiene incidencia el derecho de información del interesado sobre el tratamiento de sus datos personales (art. 12 RGPD), que comporta, como regla general, que, en el momento de recoger los datos, el responsable del tratamiento debe informar a su titular (art. 13 RGPD). Con todo, el artículo 23.1 RGPD permite que los estados miembros pueden prever excepciones a dicha regla general, siempre y cuando sean proporcionadas y obedezcan a determinadas finalidades, entre las que se incluye “*la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros*”. Por ello, puede entenderse que la LSP, al habilitar la actuación de los detectives privados en el ámbito laboral, está configurando implícitamente una excepción al deber previo de información sobre sus investigaciones. Así, dicha excepción contribuye a proteger los derechos del empresario, que ostenta un interés legítimo. Como se pone de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2003 (*Asunto IPI contra Geoffrey Englebert y otros*)¹⁰⁶², sería imposible que los detectives privados pudieran ejercer eficazmente su actividad si tuvieran que comunicar su identidad y los motivos de su investigación al interesado, incluso antes de comenzarla.

Esta excepción al principio de transparencia opera también en relación con la captación de imágenes por parte de los detectives privados durante su seguimiento del trabajador en situación de incapacidad temporal, que se rige por principios diferentes de los que operan en materia de videovigilancia laboral. Tal y como reconoce nuestra doctrina judicial¹⁰⁶³, cuando un detective privado graba en vídeo o toma fotografías de la persona a la que está investigando, lo hace a los meros efectos de dejar constancia de lo que experimenta por sí mismo, como aspecto que forma una parte no esencial o complementaria del que será su informe de investigación. Por ello, no le son de aplicación los artículos 22 y 89 LOPDGDD, reguladores, respectivamente, del tratamiento de datos personales con fines de videovigilancia con carácter general y de la videovigilancia en el lugar de trabajo. La mera utilización de la expresión “*sistemas de cámaras o videocámaras*” haciendo referencia a un conjunto estructurado y mínimamente estable de elementos técnicos ya es suficientemente expresiva de la

¹⁰⁶⁰ Asimismo, si bien la propia LSP prohíbe en su artículo 8.4.b que los detectives puedan tratar determinadas categorías de datos sensibles (los relativos a afiliación sindical, convicciones políticas y creencias religiosas), no lo hace con los datos relativos a la salud.

¹⁰⁶¹ Similarmente, Vid. SALCEDO BELTRÁN, M.: ‘Intervención de detectives... cit., pp. 121 y ss.

¹⁰⁶² Asunto C-473/12.

¹⁰⁶³ STSJ Islas Canarias 27/03/2017 (Rec. núm. 934/2016) y STSJ Islas Canarias 17/01/2018 (Rec. núm. 584/2017).

exclusión de la actividad de los detectives del ámbito de aplicación objetivo de dichos preceptos.

Los detectives, por otro lado, se ven sometidos a un especial deber de confidencialidad respecto de los datos recabados en el seno de sus investigaciones. Su sujeción al deber de reserva profesional les prohíbe difundir la información que conocen con motivo de sus investigaciones más que a las personas que se las encomendaron y a los órganos judiciales (art. 50.1 LSP). Además, únicamente podrán comunicar al cliente aquella información que esté directamente relacionada con el objeto de la investigación contratada, sin incluir datos especialmente protegidos que, habiéndose recabado en el transcurso de la investigación, resulten irrelevantes en relación con la finalidad del encargo (art. 49.2 LSP). Esta expresa manifestación del principio de proporcionalidad o minimización de datos (art. 5.1.b RGPD) comporta, por tanto, que la privacidad del trabajador que es sometido a una investigación ha de quedar garantizada no solo frente a terceros, sino también frente al propio empresario que contrata al detective, que no podrá tener conocimiento de aquellos hechos que sean ajenos a la eventual comisión de infracciones laborales¹⁰⁶⁴.

Por último, también es perfectamente lícito utilizar los datos personales obtenidos por el detective en el ámbito preprocesal y procesal. Aunque es una maniobra que se ha intentado utilizar en la práctica, el derecho de cancelación de los datos que se reconoce al interesado (art. 17 RGPD) no puede utilizarse para pretender la eliminación de los resultados válidamente obtenidos de la investigación privada. En este sentido, la AEPD niega que pueda tener éxito la solicitud de un trabajador a la empresa y a la agencia de detectives de que se supriman sus datos personales, a efectos de no poder ser utilizados en un procedimiento judicial¹⁰⁶⁵. Tampoco puede impedirse la aportación al juicio de la información recabada por el detective, aunque contenga datos personales sensibles del trabajador. Evidentemente, esta cesión no requiere su consentimiento, pues ello sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, que comprende la posibilidad de aportar los medios de prueba que sean pertinentes para la defensa de los justiciables¹⁰⁶⁶. De hecho, en atención a dicho derecho fundamental, el artículo 9.2.f RGPD contempla expresamente una excepción que permite el tratamiento de datos sensibles cuando sea necesario para *“la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial”*.

2. Las recabación de información a través de internet y las redes sociales

Las redes sociales son plataformas digitales de comunicación por internet utilizadas por millones de usuarios para compartir información de la más variada índole. Dichos espacios virtuales nacen en el contexto de la Web 2.0., una nueva era de internet

¹⁰⁶⁴ Vid., similarmente, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 158.

¹⁰⁶⁵ Resolución de la Nº.: R/02831/2016 Procedimiento Nº.: TD/01926/2016.

¹⁰⁶⁶ Resolución de archivo de actuaciones de la del Expediente Nº: E/01396/2013 y Resolución de archivo de actuaciones del Expediente Nº: E/01008/2009.

cuya principal característica es que el internauta no es un mero receptor de información, sino un emisor de contenido en línea, ya sean textos, fotografías, videos u otras formas de expresión digital. La difusión *on line* de información por parte de los trabajadores sobre su vida o sus intereses ha venido dando lugar, desde hace tiempo, al descubrimiento de supuestos fraudulentos de absentismo laboral. Uno de los primeros casos de los que se tiene constancia fue el de un empleado de banca estadounidense que, en el año 2007, comunicó que debía ausentarse del trabajo durante unos días debido a una emergencia familiar para ser descubierto, a las pocas horas, subiendo a un recién nacido Facebook fotos de sí mismo en una fiesta¹⁰⁶⁷.

En España, la utilización de las redes sociales es intensiva desde la aparición de los teléfonos móviles conectados a internet¹⁰⁶⁸. Por ello, la investigación en las redes sociales de los trabajadores absentistas como forma de control empresarial es un fenómeno reciente, pero prácticamente generalizado. En los últimos años, han llegado ante nuestros tribunales numerosos supuestos de trabajadores que, estando en incapacidad temporal, han sido despedidos por llevar a cabo actividades económicas por cuenta propia de las que su empresario ha tenido conocimiento a través de su publicitación en redes sociales de índole profesional¹⁰⁶⁹. Asimismo, se han dado distintos supuestos de trabajadores en la misma situación despedidos por compartir en sus redes sociales de carácter personal fotografías relativas a salidas de fiesta nocturnas¹⁰⁷⁰ o imágenes en las que se les veía practicando distintos deportes que, a juicio de la empleadora, podían perjudicar su recuperación¹⁰⁷¹.

Con todo, la novedad de esta vía de control del trabajador a través de internet contrasta claramente con la escasa conflictividad que la utilización de este medio de prueba ha suscitado hasta ahora en el ámbito procesal. En el momento de redactar estas líneas, aunque sí lo han planteado las defensas de algunos trabajadores, ninguna sentencia de suplicación ha declarado la nulidad de la investigación empresarial en las redes sociales de los trabajadores. Lo más común en todas las resoluciones que se acaban de traer a colación a título ejemplificativo es obviar la cuestión o, simplemente, presumir que el empresario ha tenido un conocimiento fortuito de los contenidos

¹⁰⁶⁷ Vid., DANILOFF C.: 'Facebook got me fired', BU Today, Recuperado de: <http://www.bu.edu/today/2011/facebook-got-me-fired/> (Fecha de consulta: 30/12/2018).

¹⁰⁶⁸ Según el Informe anual del ONTSI 'La Sociedad en Red 2009', p. 62, el tiempo que pasaban los usuarios en las redes sociales era de poco más de dos horas mensuales en 2007, subiendo a más de cinco horas y media en 2009, hasta llegar a la actualidad en la que, según el informe del mismo organismo 'La Sociedad en Red 2017', p. 87, a un uso diario por parte de más del 70 % de los usuarios.

¹⁰⁶⁹ STSJ Cataluña 18/12/2015 (Rec. núm. 5453/2015), STSJ Galicia 11/04/2018 (Rec. núm. 653/2018), STSJ Cataluña 10/01/2019 (Rec. núm. 5919/2018), STSJ País Vasco 26/02/2019 (Rec. núm. 274/2019), STSJ Andalucía 19/09/2019 (Rec. núm. 269/2018), STSJ Murcia 11/05/2011 (Rec. núm. 1261/2019), STSJ Valencia 6/10/2020 (Rec. núm. 1372/2020), STSJ Cantabria 11/01/2021 (Rec. núm. 715/2020) y STSJ Castilla La Mancha 28/01/2021 (Rec. núm. 1417/2020).

¹⁰⁷⁰ STSJ País Vasco 12/07/2011 (Rec. núm. 1407/2011).

¹⁰⁷¹ STSJ Galicia 21/11/2016 (Rec. núm. 2533/2016), STSJ Asturias 2/10/2018 (Rec. núm. 1681/2018) y STSJ Andalucía 3/06/2020 (Rec. núm. 2268/2019).

digitales. Este grado de unanimidad en la permisividad ante un método tecnológico de vigilancia y control de los trabajadores sorprende por su carácter inaudito, en comparación con los ricos debates y vaivenes jurisprudenciales suscitados en relación con otras técnicas. También contrasta con la postura de quien considera una extralimitación empresarial cualquier recabación de información que el trabajador no haya compartido en la red con la finalidad de que pueda ser tratada con fines profesionales¹⁰⁷².

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2020¹⁰⁷³, pese a no abordar una controversia de naturaleza laboral, constituye un referente en la materia que aquí se trata, porque proporciona pautas para valorar la legalidad del uso que pueda darse a la información personal encontrada en internet. En dicha resolución se afirma que, aunque las redes sociales hayan cambiado el modo en el que se relacionan con su entorno y con extraños, sus usuarios siguen siendo titulares de los derechos fundamentales que garantizan su privacidad. Es más, se afirma que *“por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados”*. Ello implica que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios de actitud que han suscitado en el comportamiento las personas, lejos de desplazar la operatividad de los derechos a la intimidad y/o a la protección de datos, *“añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales”*. Por lo tanto, se hace evidente que el régimen jurídico aplicable a la obtención empresarial de información personal del trabajador con relevancia jurídico-laboral en internet merece un trato más minucioso del que refleja la jurisprudencia social en general y, en particular, en materia de absentismo.

Con este propósito, es especialmente relevante distinguir de entrada entre las redes sociales de carácter profesional y personal¹⁰⁷⁴. Las redes sociales profesionales serían aquellas cuyo contenido se centra en la vida laboral de las personas. Se incluiría en esta categoría un perfil en redes especializadas en el establecimiento de relaciones comerciales y laborales, como LinkedIn, en las que los usuarios incluyen sus datos curriculares y comparten su actividad profesional. Es más, el tratamiento de la información personal con fines laborales forma parte de la propia razón de ser de la red

¹⁰⁷² TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: ‘Redes sociales del trabajador, protección de datos y acceso al empleo’, Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo), Dirs., MONREAL BRINGSVAERD, E.; THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., Valencia, 2020, p. 277 en relación con los datos personales tratados en el marco de la selección de personal.

¹⁰⁷³ Rec. núm. 1369/2017.

¹⁰⁷⁴ Esta no es una distinción que pueda establecerse en términos absolutos, ya que en el caso de las microempresas es frecuente la utilización profesional y personal (mixta) de las cuentas en redes sociales. Vid., Estudio de la Fundación Telefónica ‘Desarrollo empresarial y redes sociales: el caso de las microempresas españolas’ de 2014, p. 10.

social¹⁰⁷⁵. Esta categoría también comprende aquellas cuentas abiertas en redes sociales generalistas, como Facebook o Instagram, pero dirigidas específicamente a la promoción de una actividad económica que se lleva a cabo por cuenta propia¹⁰⁷⁶. El acceso por parte del empresario a las redes sociales de corte profesional que gestiona un trabajador es jurídicamente poco problemático porque, por su propia naturaleza, el contenido de dichas cuentas no es susceptible de afectar a la intimidad. De hecho, si se trata de una cuenta con la que se publicite una actividad económica, su vocación natural como herramienta de márketing digital es la de alcanzar una audiencia lo más amplia posible.

En cambio, las redes sociales de carácter personal son más frecuentemente espacios donde los usuarios suelen compartir experiencias de su propia vida privada (eventos sociales con amigos o familia, relaciones sentimentales, viajes, aficiones, opiniones políticas, etc.) con otras personas, generándose nuevas formas de socialización distintas y complementarias a las que se producen en el mundo analógico. Además, dentro de los perfiles personales en redes sociales puede distinguirse metodológicamente entre los abiertos y cerrados¹⁰⁷⁷. En los espacios virtuales cerrados dicho usuario, en principio, comparte sus experiencias personales únicamente con un grupo de “*amigos*” o “*seguidores*” que ha seleccionado previamente. En cambio, los espacios virtuales abiertos son aquellos cuyas publicaciones pueden visualizarse por un número indeterminado de personas. Son estos últimos los que recientemente tienden a adquirir mayor popularidad entre los usuarios¹⁰⁷⁸.

La anterior no es una distinción que pueda trazarse siempre en términos absolutos, porque el carácter más o menos accesible al público de la información que se comparte en las redes sociales depende tanto del propio diseño de la red social, como de la configuración que dentro de la misma se permite realizar al usuario. Además, el Grupo de Trabajo del artículo 29¹⁰⁷⁹ ha abogado por otorgar también relevancia jurídica al número de personas a las que se permite el acceso a un espacio configurado como cerrado. Así, aunque teóricamente el usuario tenga el control de las personas a las que dirige sus publicaciones, cuando por el número de personas a las que se admite es tan elevado que evidencia la falta de cualquier tipo de selección o filtro, su tratamiento

¹⁰⁷⁵ Vid., TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: ‘Redes sociales... cit. p. 275.

¹⁰⁷⁶ Según el informe del ONTSI ‘e-Pyme 2017: Análisis sectorial de la implantación de las TIC en las empresas españolas’, p. 22, en 2017 el 49’6 % de las pymes y grandes empresas y el 31’2 % de las microempresas poseen un perfil de usuario en alguna plataforma de comunicación *on line*.

¹⁰⁷⁷ En contra de esta diferenciación Vid., TALENS VISCONTI, E.: ‘Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales’, Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 23, (2016), p. 8 de la versión digital, considerando que la publicación de contenido en una red social se realiza siempre con la consciencia de que dicho contenido se está haciendo público, independientemente del tipo de configuración del perfil por el que se haya optado.

¹⁰⁷⁸ Indica el informe anual del ONTSI ‘La Sociedad en Red 2017’, p. 102, que en 2016 ya sólo un 50 % de los usuarios de las redes sociales restringe el acceso a su información exclusivamente a sus contactos.

¹⁰⁷⁹ ‘Opinion 5/2009 on online social networking’ de 26 de junio de 2018, p. 6.

jurídico puede equipararse fácilmente al que se da a un perfil abierto al público en general. Esta posición se sustenta empíricamente en el hecho de que la conducta más habitual entre los usuarios que desean proteger la privacidad de lo publicado en su perfil personal, además de configurarlo como cerrado, es restringir prudencialmente el número de sujetos a los que aceptan como contactos¹⁰⁸⁰.

2.1. Los espacios virtuales cerrados

La configuración de un perfil como privado en una red social evidencia la voluntad del usuario de que lo que allí se comparte sea conocido por un número determinado de personas. Se trata del clásico perfil de Facebook restringido a los “*amigos*”, una cuenta de Twitter en la que se hayan “*protegido*” los tweets o una cuenta privada de Instagram a cuyo contenido únicamente pueden acceder los “*seguidores aprobados*”. Además de los muros o *timelines* de cada red, tienen un carácter análogo a los anteriores espacios cerrados, las funcionalidades internas de mensajería directa que ofrecen todas las redes sociales citadas para la comunicación privada. E, igualmente, podrían incluirse aquí las aplicaciones móviles especializadas en la mensajería instantánea, como Whatsapp, Telegram o Snapchat, que permiten crear grupos cerrados de comunicación entre múltiples usuarios.

Como límite jurídico más elemental, el empresario no puede exigir al trabajador que le acepte como contacto para visualizar su perfil virtual privado¹⁰⁸¹. Tampoco podría intentarlo mediante engaño o fraude, en contra de la buena fe que se deben las partes de la relación laboral, a través de la creación de un perfil falso o la suplantación de la identidad de otra persona¹⁰⁸². Lo mismo ocurriría con otros medios ilegítimos de acceso directo al perfil del usuario, como el descubrimiento de su contraseña por medio de técnicas de hackeo o por su simple observación presencial.

Más allá de lo anterior, la voluntad de privacidad con la que se configuran este tipo de perfiles o grupos no excluye que el empresario pueda tener un conocimiento indirecto, y legítimo, de su contenido. Así, no es extraño que el trabajador acepte voluntariamente entre sus contactos a compañeros de trabajo u otras personas que, por iniciativa propia, decidan comunicar al empresario la información a la que han tenido acceso. Sería el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 29 de octubre de 2015¹⁰⁸³ que resuelve el caso de un trabajador que tuvo

¹⁰⁸⁰ CHEN, H. y CHEN, W.: ‘Couldn’t or wouldn’t? The influence of privacy concerns and self-efficacy in privacy management on privacy protection’, *Cyberpsychology Behavior and Social Networking*, núm. 1, (2015), p. 13.

¹⁰⁸¹ ‘Opinion 2/2017 on data processing at work’ de 8 de junio de 2017, p. 12. En el mismo sentido se ha pronunciado LLORENS ESPADA, J.: ‘El uso de Facebook... cit.’, p. 64 y TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: ‘Redes sociales... cit.’, p. 277.

¹⁰⁸² MELLO, J. A.: ‘Social media, employee privacy and concerted activity: Brave new world or big brother?’, *Labour Law Journal*, núm. 3, (2012), p. 168. Similarmente, entre nosotros, Vid., GÓMEZ BIEDMA, E.: ‘Uso de redes sociales y control empresarial’, *Temas Laborales*, núm. 150, (2019), p. 125.

¹⁰⁸³ Rec. núm. 2723/2014.

noticia, desde su ordenador particular, de que un compañero en situación de incapacidad temporal estaba realizando comentarios despectivos hacia los responsables de la empresa y se lo comunicó después a los mismos por correo electrónico¹⁰⁸⁴. Similarmente, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2021¹⁰⁸⁵ se enjuicia un supuesto relativo a un empresario que conoció por su hija, que era ‘amiga’ en Facebook de una trabajadora en incapacidad temporal por aislamiento preventivo para evitar el contagio por coronavirus, que esta aparecía en varias fotografías subidas por su marido en distintos actos sociales incompatibles con su situación.

En este tipo de casos, ni puede considerarse que el acceso de la empresa a la información sea antijurídico, ni sería razonable exigirle que haga caso omiso de los hechos de los que se le ha dado cuenta. En este sentido, no se vulnera la intimidad cuando el contenido publicado en una red social es compartido o difundido por una persona que había sido escogida como destinataria de la misma. La propia política de privacidad de Facebook¹⁰⁸⁶, por ejemplo, indica a este respecto que *“si otras personas comparten información sobre ti, aunque se trate de algo que hayas compartido con ellas pero no hayas hecho público, pueden optar por hacerlo público”*. En este sentido, cuando uno comparte algo en una red social, aunque seleccione muy bien el público a quien inicialmente va dirigido, dicha información es fácilmente susceptible de convertirse en pública. Lo mismo ocurre con las conversaciones privadas de Whatsapp, cuya revelación al empresario por uno de sus interlocutores legítimos no vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE¹⁰⁸⁷. Como tiene establecido el Tribunal Constitucional¹⁰⁸⁸, dicho derecho protege frente a las intromisiones ilegítimas de terceros, pero no frente a la revelación de la comunicación recibida por uno de sus destinatarios.

Por lo que respecta al derecho a la protección de datos, la información vertida en un espacio virtual cerrado de índole privada queda, en principio, fuera de su ámbito de aplicación, porque se da la que se ha venido a llamar la *“exención doméstica”*¹⁰⁸⁹. Así, el artículo 2.2.c RGPD excluye expresamente de sus restricciones *“el tratamiento efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas”*. En particular, el Considerando 18 aclara que dichas actividades incluyen

¹⁰⁸⁴ Similarmente, Vid., la STSJ Aragón 18/05/2016 (Rec. núm. 300/2016) relativa a un supuesto de ofensas hacia los superiores jerárquicos.

¹⁰⁸⁵ Rec. núm. 355/2021.

¹⁰⁸⁶ Recuperado de: https://www.facebook.com/help/www/1297502253597210/?helpref=hc_fnav (Fecha de consulta: 03/01/2019).

¹⁰⁸⁷ Puede verse la ya citada STSJ Cataluña 7/05/2018 (Rec. núm. 946/2018) en la que una encargada facilita a la empresa las conversaciones de Whatsapp en las que el trabajador comparte con ella la causa de su incapacidad temporal y la duración prevista de su ausencia.

¹⁰⁸⁸ STC 29/11/1984 (Rec. núm. 167/1984).

¹⁰⁸⁹ Grupo de Trabajo del artículo 29, ‘Opinion 5/2009 on online social networking’ de 12 de junio de 2018, p. 6.

las llevadas a cabo en redes sociales de contenido exclusivamente personal. No es posible, por tanto, colocar a los contactos de un círculo virtual cerrado en una posición similar a la de un cesionario de datos personales, que debe guardar secreto sobre los mismos conforme al principio de confidencialidad de los datos del artículo 5.1.f RGPD.

2.2. Los espacios virtuales abiertos

La jurisprudencia se ha referido a los espacios virtuales abiertos como aquellos de acceso libre, *“que no requiere uso de claves ni tiene restricción alguna”*¹⁰⁹⁰ o las que no están *“reservadas a un grupo de amigos”*¹⁰⁹¹. En nuestra doctrina judicial impera la idea de que los trabajadores hacen públicos los contenidos vertidos en dichos espacios por voluntad propia y, en consecuencia, los extraen expresamente del ámbito de su vida privada. Por lo tanto, aunque se trate de informaciones de contenido estrictamente doméstico, que tradicionalmente formarían parte del núcleo duro del derecho a la intimidad familiar, su difusión posterior desvirtúa su carácter reservado¹⁰⁹². Es decir, se niega que exista ningún tipo de expectativa de privacidad sobre la información que uno difunde abiertamente haciéndola accesible a un número indeterminado de personas¹⁰⁹³. Por eso, el empresario puede indagar libremente en la información relativa a sus trabajadores publicada en la red y utilizarla en su caso como medio de prueba en un eventual procedimiento por despido¹⁰⁹⁴. Por lo que respecta, en particular, al control del absentismo laboral, se afirma incluso, en tales resoluciones, que *“en aquella situación en la que la trabajadora se encuentra de baja médica, fuera del ámbito de control directo del empresario, es legítimo y necesario el seguimiento de su estado y actividad a través de un medio idóneo como es una red social”*¹⁰⁹⁵.

Esta tesis, si bien se ha enfocado principalmente desde el punto de vista de la intimidad, tiene también su reflejo en el ámbito de la protección de datos personales. Así, bajo el RGPD se permite el tratamiento de datos sensibles si *“se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos”* (art. 9.2.e). Esta excepción a la prohibición general de tratamiento de datos sensibles obedece a la

¹⁰⁹⁰ Vid., por ejemplo, STSJ Andalucía 29/10/2015 (Rec. núm. 2723/2014) indicando que las fotografías compartidas en Facebook son contenidos abiertos al público y que al no ser necesario utilizar ni clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas no se vulnera el derecho a la intimidad.

¹⁰⁹¹ STSJ Cantabria 10/09/2015 (Rec. núm. 765/2015).

¹⁰⁹² Vid., el ATS 14/05/2019 (Rec. núm. 3656/2018) relativo a un trabajador de una funeraria que compartió fotos irrespetuosas con los difuntos en su perfil de Facebook o la STSJ Canarias 22/01/2016 (Rec. núm. 1167/2015) en la que se considera lícito utilizar fotografías tomadas en un momento de privacidad doméstica, pero que han sido posteriormente compartidos por la trabajadora con terceros en una red social pública.

¹⁰⁹³ Sosteniendo doctrinalmente una idea similar, Vid., APARICIO ALDANA, R.: Derecho a la intimidad... cit., p. 34 o LLORENS ESPADA, J.: ‘El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos’, Revista de derecho social, núm. 68, (2014), p. 63.

¹⁰⁹⁴ Como indica GÓMEZ BIEDMA, E.: ‘Uso de redes...’ cit. p. 127, estos pronunciamientos son tremendamente significativos en tanto que legitiman explícitamente que se puedan hacer búsquedas directas y explícitas en internet para informarse sobre las conductas privadas de los trabajadores.

¹⁰⁹⁵ STSJ Canarias 22/01/2016 (Rec. núm. 1167/2015).

consideración de que actúa contra sus propios actos quien primero expone públicamente sus datos para después alegar que el acceso a los mismos vulnera su privacidad¹⁰⁹⁶. De hecho, pese a no ser ésta una excepción contenida en la anterior regulación, la AEPD ya había aplicado un razonamiento similar. Así, por ejemplo, ante el caso de una trabajadora que había expuesto públicamente en Facebook su malestar por haber sido objeto de despido por razón de su enfermedad, se consideró lícito que la empresa respondiera mediante otro texto publicado en la misma red social defendiendo su postura, aunque hiciera también referencia a la dolencia de la trabajadora y a las numerosas bajas por incapacidad temporal que esta le había ocasionado¹⁰⁹⁷.

Pero tras la idea de que los usuarios que comparten información en foros públicos están renunciando voluntariamente a su intimidad, subyace una realidad social que no cabe obviar. En la práctica, una amplia mayoría de usuarios de las redes sociales no son conscientes de las consecuencias legales que puede tener su actuación en dicho marco¹⁰⁹⁸. En muchas ocasiones, detrás del hecho de compartir contenido en internet no existe una verdadera decisión consciente y voluntaria de hacerlo accesible al público en general¹⁰⁹⁹. Esto pone de manifiesto, la conveniencia de aplicar con cautela las consideraciones anteriores¹¹⁰⁰. Asimismo, no está de más recordar que la investigación de la actividad que el trabajador lleva a cabo en internet no deja de ser en ejercicio de la facultad de control extralaboral. Por esta razón, la monitorización de la información publicada en internet tampoco puede producirse de forma sistemática o injustificada¹¹⁰¹. A través del escrutinio de los perfiles digitales de los empleados los empresarios tienen la capacidad técnica de obtener de forma permanente información sobre sus amigos, sus hábitos, su paradero o su vida familiar entre otras cuestiones y,

¹⁰⁹⁶ Tal fundamentación para el tratamiento de datos no está exenta de polémica y, de hecho, el Consejo de Estado en su Dictamen 757/2017 de 26/10/2017 pone de manifiesto la contradicción que supone que la publicidad manifiesta de los datos sensibles permita su tratamiento conforme al art. 9.2.e RGPD, pero que no se prevea la misma habilitación para el tratamiento de los datos “ordinarios” en el art. 6 RGPD.

¹⁰⁹⁷ Resolución de archivo de actuaciones del Expediente Nº: E/03648/2015.

¹⁰⁹⁸ Según el Estudio del ONSTI sobre la ‘Ciberseguridad y confianza en los hogares españoles’ (2017), p. 26, el 57 % de los internautas españoles afirman no leer las condiciones e información legal antes de aceptarlas al registrarse o darse de alta en proveedores de internet.

¹⁰⁹⁹ Vid. VILASAU SOLANA, M.: ‘Redes sociales y usuarios: cuestiones sobre su regulación’, en AA.VV.: Derecho y redes sociales, Coords. RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Madrid, 2013, p. 14 de la versión digital.

¹¹⁰⁰ En este sentido, Vid. la ‘Opinion on some key issues of the Law Enforcement Directive (EU 2016/680)’ del Grupo de Trabajo del artículo 29 de 29 de noviembre de 2017, p. 10, indicando que mientras la publicación de datos sensibles en una página web abierta al público revela que se está renunciando a la especial protección otorgada a los mismos, la apertura de una cuenta en una red social puede comportar la aceptación de ciertas normas en materia de protección de datos que no son advertidas por los usuarios, no siendo realmente conscientes de los sujetos que tienen acceso a sus datos.

¹¹⁰¹ Similarmente, Vid., CARDONA RUBERT, M.: ‘Redes sociales en el contrato de trabajo’, en AA.VV., Derecho y redes sociales, Coords. RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Madrid, 2013, p. 5 de la versión digital y GÓMEZ BIEDMA, E.: ‘Uso de redes... cit. p. 126. En el ámbito internacional, Vid., CIOCCHETTI, C.A.: ‘The eavesdropping employer: a twenty-first century framework for employee monitoring’, *American Business Law Journal*, (2011), p. 32.

por ende, se trata de una actividad que nunca debería tener lugar de forma generalizada¹¹⁰².

En esta línea apunta la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2020¹¹⁰³ cuando afirma que la libre circulación de datos privados por internet no significa *“que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de lugar público”*. En particular, se refiere el Tribunal a los datos que pueden recalar en las redes sociales sin que el interesado haya consentido su difusión, lo que no impide que sean fácilmente localizables a través de sus motores de búsqueda. En este sentido, uno de los malos hábitos más comunes de los usuarios en el contexto de las redes sociales es la difusión de información sobre terceros de forma no consentida¹¹⁰⁴, siendo posible, incluso, identificar digitalmente a personas que no disponen de cuenta en la red social en cuestión. Por ello, lo que viene a significar la doctrina constitucional, a este respecto, es que la pérdida de control que se produce *de facto* sobre la información relativa a uno mismo que se produce en internet no puede implicar la pérdida del poder jurídico de disposición sobre los propios datos.

En vista de lo anterior, debe advertirse sobre los casos, nada infrecuentes en la práctica, en los que la investigación empresarial se extiende a las redes del entorno personal del trabajador, incluyendo los perfiles de su familia o amigos¹¹⁰⁵. Esta conducta, desde mi punto de vista, merece una consideración especial, porque ya no se trata solo de consultar la información que ha publicado libremente el propio trabajador, sino que el rastreo se extiende a terceros totalmente ajenos a la empresa, algo, cuanto menos, jurídicamente problemático¹¹⁰⁶. En virtud de la citada doctrina constitucional, es más que dudoso presumir, como hace, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que tomarse fotos que muestren la dudosa legitimidad de una incapacidad temporal en lugares públicos equivale a admitir *“la eventualidad de su proyección pública a través del facebook”* en perfiles de terceros y deducir de ello que su consulta por parte del empresario *“no vulnera derecho alguno, además de ser una de las características de esta red social”*¹¹⁰⁷.

Como indicó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia relativa al ya mencionado asunto Lindqvist, *“la conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios”*

¹¹⁰² ‘Opinion 2/2017 on data processing at work Adopted on 8 June 2017’ de 8 de junio de 2017, p. 12,

¹¹⁰³ Rec. núm. 1369/2017.

¹¹⁰⁴ Vid. TRONCOSO REIGADA, A.: ‘Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una’, Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 15, (2012), p. 64.

¹¹⁰⁵ Como muestra, puede consultarse la STSJ Andalucía 29/10/2015 (2723/2014) sobre un proceso en el que se aportan fotografías publicadas por la pareja de la trabajadora o la STSJ Asturias 14/06/2013 (Rec. núm. 241/2013) que enjuicia un supuesto en el que las imágenes que dan lugar al despido se obtienen después de rastrear diversos perfiles de las amigas de la trabajadora.

¹¹⁰⁶ Similarmente, Vid., TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: ‘Redes sociales... cit., p. 278.

¹¹⁰⁷ STSJ Cantabria 10/01/2015 (Rec. núm. 765/2015).

constituye un supuesto de tratamiento de datos personales. Y este pronunciamiento es trasladable a las redes sociales de perfil abierto, porque se trata de la misma actividad realizada con una herramienta tecnológicamente más avanzada¹¹⁰⁸. Por lo tanto, si a la hora de publicar datos personales sensibles en sitios web de acceso abierto no se cuenta con el consentimiento del interesado o se cumple alguno de los demás supuestos habilitantes del artículo 9 RGPD, se está produciendo un tratamiento ilícito. En consecuencia, no parece que pueda utilizarse el argumento de que es el propio interesado quien ha elegido hacer pública determinada información, exponiéndose voluntariamente a los riesgos que ello conlleva. Es más, el artículo 9.2.e RGPD excepciona la prohibición de tratamiento de los datos sensibles únicamente cuando hayan sido publicados “*por el interesado*”. Lo anterior permite inferir que la prohibición de tratamiento permanece vigente si es un tercero quien publica la información, y más aún si es sin el consentimiento del interesado, de modo que no deberían admitirse este tipo de medios de prueba¹¹⁰⁹.

IV. LA FACULTAD DE CONTROL DEL ARTÍCULO 20.4 ET

El artículo 20.4 ET establece la potestad del empresario de “*verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico*”, pudiendo la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos comportar “*la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones*”. La doctrina coincide en identificar como finalidad del precepto la de proteger el interés empresarial posibilitando específicamente el control del absentismo laboral orientado a la detección del fraude que se produce en torno a la suspensión contractual por incapacidad temporal¹¹¹⁰. En realidad, la virtualidad del artículo 20.4 ET es más amplia y, si bien su objeto principal son indudablemente las ausencias por incapacidad temporal, permite fiscalizar todo tipo de absentismo médico, incluidos los

¹¹⁰⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: ‘Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma’, en AA.VV., Derecho y redes sociales, Coords. RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Madrid, 2013, p. 4 de la versión digital.

¹¹⁰⁹ En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social de León 9/04/2021 (Proced. núm. 656/2020), considera vulnerado el derecho a la propia imagen de un trabajador que, estando de baja por una lesión en el pie, aparece escalando en el perfil público de Instagram de un tercero, por considerar, al contrario que las sentencias de suplicación citadas arriba, que el consentimiento para la captación de la imagen no se extiende a su difusión.

¹¹¹⁰ GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal... cit., p. 31; JOVER RAMÍREZ, C.: ‘Incapacidad temporal... cit., p. 50 o ARAGÓN GÓMEZ, C.: ‘Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral’, en AA.VV. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Dir. CRUZ VILLALÓN, J., Valladolid, 2016, p. 290; GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal... cit., p. 31; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: ‘El control de la incapacidad... cit., p. 139; MONTOYA MELGAR, A.: ‘Libertad de empresa... cit., p.175; MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control... cit., p. 350 y RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: ‘Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva’, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 203, (2006), p. 7 de la versión online.

reposos e indisposiciones. Ello se ve reflejado en la amplia formulación del supuesto de hecho del precepto, que no alude en ningún momento a la incapacidad temporal.

La ausencia de mención de la incapacidad temporal como causa de suspensión del contrato de trabajo supone también una desvinculación del artículo 20.4 ET con respecto a la dinámica de las obligaciones de entrega de los partes de baja y confirmación a la empresa, bastando una comunicación informal de la enfermedad para permitir su activación¹¹¹¹. El supuesto de hecho para poder ordenar el reconocimiento médico se sustancia en el momento en que el trabajador comunica que no acude a trabajar esgrimiendo motivos de salud. Esto significa, según el Tribunal Supremo¹¹¹², que no es suficiente con la mera ausencia del trabajador, pero tampoco es necesario esperar a la justificación fehaciente de los motivos de la ausencia. Por ello, algunas empresas privadas ofrecen la posibilidad de contratar la activación del control del artículo 20.4 ET de forma casi inmediata, dentro de las primeras veinticuatro horas de ausencia¹¹¹³. Por el mismo motivo, como ya se había mencionado, el artículo 20.4 ET resulta especialmente útil para verificar el estado de salud del trabajador que se niega a reincorporarse tras el alta médica por incapacidad temporal, por entender que su salud todavía no se lo permite.

Además, el del artículo 20.4 ET se concibe como un mecanismo de control continuado o indefinido en el tiempo, que puede activarse en cualquier momento, mientras dure la ausencia del trabajador. Es decir, se trata de una facultad empresarial que no se agota con su uso. Ello se refleja en la utilización del plural en la segunda vez que encontramos la palabra “reconocimiento(s)” indicando la posibilidad de realizar diversas revisiones médicas¹¹¹⁴ para evitar la indebida prolongación de una ausencia que se hubiera considerado inicialmente lícita. Con todo, la repetición de los reconocimientos médicos debe producirse, en su caso, con una periodicidad razonable, que no resulte abusiva para el trabajador¹¹¹⁵.

Desde su incorporación al Estatuto de los Trabajadores de 1980 con una redacción prácticamente idéntica a la actual¹¹¹⁶, el artículo ha sido duramente criticado por subyacer en su filosofía una cierta desconfianza en el sistema público de salud. Esta

¹¹¹¹ GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal... cit., p. 27.

¹¹¹² STS 25/01/2018 (Rec. núm. 249/2016).

¹¹¹³ Una de las empresas especializadas en control del absentismo más importantes de nuestro país lo anuncia en su página. Documento recuperado de: <https://www.tebex.com/empresa.html> (Fecha de consulta: 15/08/2018).

¹¹¹⁴ GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal... cit., p. 32.

¹¹¹⁵ En la STSJ País Vasco 24/01/1994 (Rec. núm. 2319/1993) se considera lícito el control semanal de los trabajadores ausentes, frente a la opinión mantenida por la Inspección de Trabajo, que había sancionado previamente a la empresa por generar una excesiva servidumbre para los trabajadores enfermos.

¹¹¹⁶ La única variación es que antes de la refundición operada por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, se aludía a la comprobación del estado de “*enfermedad o accidente del trabajador*”, en lugar de la actual verificación del “*estado de salud del trabajador*”.

crítica se manifestó primero en los debates parlamentarios¹¹¹⁷ y fue reproducida posteriormente por la doctrina¹¹¹⁸. A este respecto, se afirma que la enfermedad del trabajador ya se verifica por los órganos que realizan el seguimiento ordinario de la incapacidad temporal¹¹¹⁹ y que sus eventuales inexactitudes ya pueden comprobarse a través de los propios sistemas de control extraordinario del INSS o las mutuas¹¹²⁰. No obstante, esta potestad empresarial también puede verse, más que como una intromisión empresarial en el ámbito de las competencias de la Seguridad Social, como un sistema de control complementario¹¹²¹. En efecto, a mi entender, el establecimiento de un sistema de control médico contractual, paralelo a los articulados en el seno de la Seguridad Social¹¹²², es coherente con la doble naturaleza de esta institución, como causa de suspensión del contrato de trabajo y como subsidio público. Además, aunque el precepto era previo a la obligación empresarial de abonar una parte de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, hoy refleja también la posición de asegurador privado del riesgo en que el legislador quiso colocar al empresario¹¹²³.

Por lo demás, la finalidad antiabsentista del precepto sirve también para explicar su relación con la legislación de prevención de riesgos laborales. Ya se ha visto que, conforme al artículo 22 LPRL, el empresario debe garantizar a los trabajadores la vigilancia periódica de su salud, que es generalmente voluntaria, pero, en función de los riesgos laborales, puede resultar excepcionalmente obligatoria. En este sentido, la puesta en relación de los artículos 20.4 ET y 22 LPRL es prácticamente inevitable, por el hecho de que son las dos únicas disposiciones legales de nuestro ordenamiento laboral que permiten a la empresa ordenar el reconocimiento médico de sus trabajadores. De hecho, se verá que la regulación sustancialmente más exhaustiva que contiene el segundo permite integrar por la vía de la aplicación analógica algunas lagunas jurídicas del primero en lo que se refiere, por ejemplo, a la protección de la privacidad de los trabajadores.

¹¹¹⁷ El diputado Ramos Camarero, del grupo comunista, planteaba la posible inconstitucionalidad del precepto por ir en contra del mantenimiento del que régimen público de Seguridad Social que garantiza el art. 41 CE. Por su parte, el diputado De Vicente Martín del grupo socialista denunciaba que el precepto se apoya en la idea de que *“el sistema sanitario público es, por sí mismo, incapaz de resolver los problemas de absentismo no justificado o de faltas no justificadas al trabajo”* y que ponía en cuestión *“la sagrada labor de los profesionales sanitarios, como es la libertad de prescribir reposo a aquel trabajador que tiene unas determinadas circunstancias personales”*. Manifestaciones recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados núm. 53 de 1979, pp. 3557 a 3562.

¹¹¹⁸ MONTOYA MELGAR, A.: ‘Artículo 20... cit., p. 147.

¹¹¹⁹ DEL VALLE VILLAR, J. M.: ‘El derecho a la intimidad... cit., p.178 y RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 133.

¹¹²⁰ JOVER RAMÍREZ, C.: ‘Incapacidad temporal... cit., p. 50.

¹¹²¹ PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: ‘La gestión... cit., p. 21.

¹¹²² Incluso algunas Administraciones Públicas han previsto mecanismos muy similares al art. 20.4 ET en el marco de programas de control del absentismo destinados a personal funcionario, como se puede ver en la STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 29/05/2017 (Rec. núm. 202/2017).

¹¹²³ TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: ‘El control de la incapacidad... cit., p. 108.

Si bien, en contra de lo que se ha afirmado en alguna ocasión¹¹²⁴, esta similitud de contenido no comporta una dependencia de la facultad del artículo 20.4 ET con respecto a lo establecido en el artículo 22 LPRL. El Tribunal Supremo¹¹²⁵ incurre en esta confusión al recoger como *obiter dicta*, que “No es objeto de este litigio, pero resulta muy cuestionable que en el ejercicio de esta facultad del artículo 20.4 ET pueda el empresario someter al trabajador a pruebas diagnósticas, que no tienen como finalidad una mejora o estudio de su estado de salud a efectos asistenciales o de prevención de riesgos laborales”. En realidad, se está ante dos normas pertenecientes a dos bloques normativos distintos¹¹²⁶, dotados de propósitos tan diversos como prevenir riesgos laborales y detectar ausencias médicas fraudulentas. Por ello, pretender que el artículo 20.4 ET solo pudiera activarse ante supuestos de sospecha de conexión de la enfermedad con los riesgos laborales desvirtuaría por completo su naturaleza y función de fiscalización del absentismo médico.

1. El artículo 20.4 ET como fundamento de la actividad de las empresas especializadas en el control del absentismo laboral

El artículo 20.4 ET ha sido históricamente un precepto relativamente poco utilizado por los empresarios, aunque en su momento fueron quienes reivindicaron su inclusión en el Estatuto de los Trabajadores¹¹²⁷. Muestra de ello es la escasa litigiosidad que ha generado hasta hace poco, teniendo en cuenta las dudas que suscitan algunos puntos de su régimen jurídico. Además, cuando se ha utilizado, se ha venido haciendo tradicionalmente de forma individualizada y en supuestos muy puntuales. Es decir, este precepto habría servido, en general, para ordenar el reconocimiento médico de algún trabajador concreto de cuya honestidad se dudaba. Sin embargo, esta circunstancia ha cambiado. De un tiempo a esta parte, el artículo 20.4 ET constituye el fundamento legal de la actividad de algunas empresas cuya razón social consiste precisamente en la fiscalización privada del absentismo por motivos de salud. La aparición y rápido desarrollo de estas empresas ha propiciado una revitalización práctica del artículo 20.4 ET y su revestimiento de una nueva dimensión jurídica.

Las empresas especializadas en el control médico del absentismo laboral ponen al intérprete ante una nueva forma de entender el artículo 20.4 ET, porque su modelo de negocio se basa por completo en la redefinición de su significado, trascendiendo el plano de su aplicación individualizada. Lo que ofrecen a sus clientes, los empresarios, es un control global del absentismo cuyo rasgo más innovador es su sistematización. En este

¹¹²⁴ ROMERO RODENAS, J.: ‘A propósito de la creación por parte de una entidad bancaria de una base de datos relativa a las bajas médicas de sus trabajadores’, *Revista de Derecho Social*, núm. 10, (2000), p. 127 argumenta que “la interpretación del art. 20.4 ET hay que relacionarla con el alcance y significado de los arts. 22 y 23.1c de la LPRL, donde con carácter general se establece que el empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo”.

¹¹²⁵ STS 25/01/2018 (Rec. núm. 249/2016).

¹¹²⁶ MONTROYA MELGAR, A.: ‘Libertad de empresa... cit.’, pp. 176 y 177.

¹¹²⁷ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 53 de 1979, p. 3561.

nuevo modelo, la supervisión de los motivos de salud que causan las ausencias de los trabajadores a través de reconocimientos médicos se convierte en una prestación continuada de servicios. El modo en que las bajas de los trabajadores van siendo supervisadas se establece con carácter general en el contenido del contrato mercantil de prestación de servicios. Se puede pactar, por ejemplo, que todos los trabajadores que se ausenten sean automáticamente reconocidos por los facultativos de la empresa especializada, o que ésta realice un cribaje telefónico inicial para someter a un reconocimiento presencial únicamente aquellos casos que generen mayores dudas.

El contenido jurídico de uno de estos contratos mercantiles puede leerse en la relación de hechos probados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2018¹¹²⁸, que trae causa de un conflicto colectivo interpuesto por los representantes de los trabajadores de una empresa que acababa de contratar los servicios de una entidad dedicada al control del absentismo. Dicha sentencia, además de otras cuestiones secundarias, es importante porque valida la legalidad del nuevo modelo de aplicación del artículo 20.4 ET propuesto por las empresas especializadas en el control del absentismo, permitiendo que el empresario externalice tales labores de fiscalización de su plantilla. La única condición que establece es que, como en el caso de los detectives privados, esta delegación de la facultad de control extralaboral debe circunscribirse a los mismos límites jurídicos de razonabilidad, proporcionalidad, buena fe y respeto a los derechos de los trabajadores que se aplicarían si la ejerciera directamente su titular original. Esta doctrina es confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de febrero de 2021¹¹²⁹, que versaba sobre un conflicto colectivo de contenido análogo y, posteriormente, en su Sentencia de 15 de junio de 2021¹¹³⁰.

Partiendo de la legalidad de subcontratar el control del absentismo laboral ex artículo 20.4 ET, en las dos primeras sentencias se aborda también la virtualidad de la negociación colectiva para regular esta posibilidad. El Tribunal Supremo indica que *“Ninguna duda cabe de que los convenios o pactos colectivos pueden contener previsiones singulares de obligatorio cumplimiento, que limiten o modulen la forma y manera en la que el empresario haya de ejercitar esa facultad”*. A partir de ahí, la controversia versaba sobre la interpretación de la regulación convencional de las mejoras voluntarias a la incapacidad temporal, que solo se percibirían si el trabajador superaba los controles de los órganos de la Seguridad Social, las mutuas o los servicios médicos de empresa. Las organizaciones sindicales consideraban que, en vista de tal precepto, los únicos que podían realizar los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET eran los sujetos ahí mencionados y, por tanto, quedaba prohibida la intervención de las empresas privadas de control del absentismo. Con todo, considera el Tribunal Supremo que, si lo que los negociadores colectivos se proponen es restringir los sujetos

¹¹²⁸ Rec. núm. 249/2016.

¹¹²⁹ Rec. núm. 106/2019.

¹¹³⁰ Rec. núm. 57/2020.

que puedan organizar los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET, deben indicarlo explícitamente. Por tanto, en ejercicio de su poder de dirección y a falta de pacto colectivo expreso en contrario, la empresa mantiene intacta su libertad para determinar cómo se realizarán los reconocimientos médicos autorizados por el artículo 20.4 ET.

La nueva forma de operar de las empresas especializadas en el control del absentismo dota la dinámica del artículo 20.4 ET de una naturaleza colectiva y supone, por ello mismo, la aparición de nuevos condicionantes jurídicos, por ejemplo, en lo que respecta a los derechos de participación de los representantes de los trabajadores. El artículo 64.5 ET establece que el comité de empresa *“tendrá derecho a emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por este sobre (...) f. La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo”*¹¹³¹. Este derecho se aplica generalmente cuando el empresario, en ejercicio de su poder de dirección, decide adoptar alguna medida de vigilancia del trabajo, de acuerdo con el artículo 20.3 ET¹¹³². Con todo, atendiendo a su propia literalidad, el precepto no opera ante la implantación de cualquier medida de control, sino solo cuando dicha medida merezca la consideración de *“sistema de control”*. Es decir, el control empresarial debe presentar ciertas características de estabilidad, por lo que el derecho de los representantes de los trabajadores a emitir informe previo no opera cuando se trata de la adopción de medidas de control que se emplean de forma esporádica¹¹³³.

Por esta razón, aunque el artículo 64.5.f ET no había sido tradicionalmente conectado con el control del artículo 20.4 ET, que se aplicaba de forma individualizada, sí será de aplicación ante la actuación de las empresas especializadas en el control del absentismo laboral, ya que con ellas ha surgido la posibilidad de que el control material de las faltas de asistencia por motivos de salud se ejerza de forma estandarizada, sobre el conjunto de la plantilla. En este sentido ya se han pronunciado los tribunales de justicia¹¹³⁴. Respecto del procedimiento de consulta, como establece el artículo 64.5 ET y para poder cumplir con su propósito, la solicitud del informe debe ser previa al inicio de la ejecución de los reconocimientos médicos. Si bien, a pesar del derecho de los

¹¹³¹ El mismo derecho asiste también a los delegados sindicales en virtud del artículo 10.3.1 LOLS.

¹¹³² Vid., FERÁNDIZ VILLAZÓN, L.A.: *Las facultades empresariales...* cit., p. 52.

¹¹³³ MARTÍNEZ FONS, D.: *El poder de control...* cit., p. 59 o, similarmente, THIBAUT ARANDA, J.: *Control multimedia de la actividad laboral*, Valencia, 2006, p. 43.

¹¹³⁴ La SAN 13/02/2019 (Proced. núm. 333/2018), resuelve un conflicto colectivo interpuesto por los representantes de los trabajadores, por no haberse sometido a su consideración, la contratación de la empresa TEBEX para el control del absentismo: *“No escapa a la Sala que el art. 64.5.f) ET reconoce el derecho del comité de empresa a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de sus decisiones sobre implantación y revisión de sistemas de control del trabajo. Sin embargo, nada se ha alegado a este respecto, por lo que procede la íntegra desestimación de la demanda”*. Igualmente, en la SAN 20/01/2020 (Proced. núm. 251/2019), se reconoce la aplicabilidad del citado precepto, pero se desestima la queja de los representantes de los trabajadores al haberse mandado información, de forma individualizada, a todos los trabajadores de la empresa, sobre una empresa antiabsentismo.

representantes a pronunciarse, el poder de dirección del empresario permanece incólume. Ello implica que, aunque el empresario esté obligado a atender de buena fe a los argumentos de los representantes de los trabajadores, su posición no resulta vinculante, ni condiciona la adopción de su decisión final.

Otra novedad que comporta la irrupción de estas empresas es que, además de la supervisión sanitaria de los trabajadores, ofrecen otros servicios de carácter complementario, como el estudio y análisis de las características concretas de las ausencias, así como el asesoramiento en materia de políticas de prevención del absentismo¹¹³⁵. Es decir, dan servicios de análisis estadístico del absentismo que se produce en la empresa empleadora, así como de consultoría para su interpretación. Si bien, se trata de estudios que van más allá de los que la empresa está obligada a realizar para informar trimestralmente a los representantes de los trabajadores conforme al ya tratado artículo 64.2.d ET. Los datos médicos de los trabajadores a los que estas empresas tienen acceso gracias a la práctica de los reconocimientos médicos permiten elaborar análisis de la salud colectiva de la plantilla similares a los que deberían servir de base para la elaboración de la evaluación de los riesgos laborales. Por lo tanto, en este sentido, parece que las empresas dedicadas al control médico del absentismo laboral podrían estar supliendo parte de las carencias de la actuación de los servicios de prevención detectadas en este trabajo, en lo que respecta al diagnóstico de la situación que permita diseñar políticas efectivas de prevención.

Sobre esta práctica también tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en su ya referida Sentencia de 25 de enero de 2018¹¹³⁶, en la que admitió la licitud de la cesión por parte de la empresa especializada de “*informes periódicos en los que aparecen una serie de datos estadísticos sobre jornadas ausentes, clasificación por tipo de tipología [rectius: etiología o patología] y porcentajes de absentismo*”. Ante la preocupación de los representantes de los trabajadores por la preservación de su intimidad y de la confidencialidad de sus datos médicos, el Tribunal aclara que los informes constituyen un estudio estadístico que no permite la individualización de los trabajadores a los que se refiere. Dicha decisión se fundamenta en el artículo 16.6 del Código de Deontología Médica, que permite al facultativo la cooperación en estudios económicos y de gestión, con la condición de que la información utilizada en los mismos no permita identificar ni directa ni indirectamente a ningún paciente.

¹¹³⁵ Como muestra, puede verse el hecho probado tercero de la SAN 13/02/2019 (Proced. núm. 333/2018) en la que se pone de manifiesto que el contrato mercantil de la empresa principal con una empresa especializada en el control del absentismo laboral tiene por objeto “*la prestación por parte de TEBEX de los servicios de seguimiento y mejora de la salud de los trabajadores, que apoye activamente el proyecto global de empresa saludable a través de la mejora en la recuperación de la salud de sus empleados y de esa manera promueva la reducción de los actuales índices de absentismo.*”

¹¹³⁶ Rec. núm. 249/2016.

No se indica en el texto de la sentencia, pero, por el propio concepto de dato personal¹¹³⁷, su normativa reguladora no se aplica a los estudios sobre el absentismo laboral si no es posible relacionar la información que contienen con algún trabajador concreto. Para excluir la aplicación de la normativa sobre protección de datos en estos casos, es necesario que a la empresa empleadora le resulte prácticamente imposible la identificación de los trabajadores a los que corresponden los datos reflejados en el informe, por lo que debe actuarse con especial cautela¹¹³⁸. Piénsese que la empleadora no solo conoce los trabajadores concretos que han sido objeto de reconocimiento por parte de la empresa especializada, sino que también está en posesión de un volumen importante de datos personales de dichos trabajadores, con los que podrían cruzarse los datos de los informes. Por ejemplo, hay enfermedades relacionadas con características físicas, como la hipertensión o los problemas asociados a la obesidad, cuya referencia en un informe podría relacionarse a simple vista con determinados trabajadores¹¹³⁹. Por ello, cuando el riesgo de identificación sea razonablemente elevado, por ejemplo, porque la muestra de trabajadores es reducida, el alto grado de sensibilidad de los datos médicos¹¹⁴⁰ obliga a retirar del informe cualquier referencia a los mismos.

2. Los reconocimientos del trabajador a cargo de personal médico

2.1. Sujetos habilitados para realizar los reconocimientos

En principio, la única limitación expresa del artículo 20.4 ET respecto de los sujetos habilitados para realizar los reconocimientos médicos es que debe tratarse de “*personal médico*”. Esta formulación abstracta ha dado lugar a interpretaciones doctrinales extensivas, que han incluido en esta categoría tanto los servicios médicos de prevención propios o ajenos¹¹⁴¹ como las mutuas¹¹⁴². No obstante, a mi modo de ver, la regulación de estas entidades, puesta en relación con el artículo 20.4 ET, apunta hacia una capacidad de elección empresarial sustancialmente más limitada. La única posibilidad que no plantea dudas es el encargo de los reconocimientos a profesionales médicos

¹¹³⁷ Recuérdese que el art. 4.1. RGPD lo define como “*toda información sobre una persona física identificada o identificable*”. A contrario sensu puede verse también el Cdo. 26 RGPD estableciendo que “*los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir, información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable*”.

¹¹³⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites... cit., p. 116.

¹¹³⁹ Informe del Grupo del Trabajo del art. 29 ‘Opinion 2/2017 on data processing at work’ adoptado el 8 de junio de 2017, p. 18.

¹¹⁴⁰ Téngase en cuenta que, conforme a la ‘Opinion 5/2014 on Anonymisation Techniques’ adoptada por el Grupo de Trabajo de Protección de datos del Artículo 29 el día 10 de abril de 2014, p. 25, el grado de sensibilidad de los datos sobre los que se produce el proceso de anonimización es uno de los factores que se tiene en cuenta a la hora de valorar los riesgos.

¹¹⁴¹ SALA FRANCO, T. y TARABINI-CASTELLANI AZNAR.: ‘XII. El derecho a la intimidad personal y el control del trabajador’ en AA.VV., Propuestas para un debate sobre la reforma laboral, Dir. SALA FRANCO, T., Barcelona, 2018, p. 401 de la versión digital.

¹¹⁴² TOSCANI GIMÉNEZ, D.: Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral, Albacete, 2011, p. 43.

independientes o a empresas que prestan servicios relacionados con la salud, incluidas las especializadas en el control del absentismo laboral.

En un primer momento, se entendía que los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET iban a tender de forma natural a ser realizados mayoritariamente por los servicios médicos de empresa, que ya venían ejerciendo históricamente funciones en materia de control del absentismo¹¹⁴³. Posteriormente, con la entrada en vigor de la LPRL, dichos servicios médicos se integraron en los servicios de prevención internos, desarrollando sus atribuciones sin perjuicio de que, de acuerdo con su disposición derogatoria única, pudieran continuar *“efectuando aquellas funciones que tuvieran atribuidas distintas de las propias del servicio de prevención”*. Por ello, los antiguos servicios médicos de empresa, reconvertidos en servicios de prevención, pudieron seguir ocupándose de los reconocimientos del artículo 20.4 ET¹¹⁴⁴. Además, el artículo 31.4 LPRL establecía que la dedicación del personal sanitario debía ser suficiente y adecuada a las actividades preventivas a desarrollar, pero no que debieran dedicarse con carácter exclusivo a las mismas.

No obstante, la entrada en vigor del RSP produce cierta distorsión en este aspecto. Por un lado, el Reglamento conserva, en su disposición adicional segunda, la misma norma conforme a la cual los antiguos miembros de los servicios médicos podían mantener las funciones que venían desarrollando. Pero, por otro lado, en su artículo 15 exige que los miembros del servicio de prevención se dediquen, de forma exclusiva, a la promoción de la seguridad y salud laboral. Este régimen de exclusividad vetaría, en principio, la posibilidad de que el personal de prevención pueda dedicarse a ejercer otras actividades, como las de control de la actividad laboral del artículo 20.4 ET¹¹⁴⁵. Desde mi punto de vista, ante tal ambigüedad, debería optarse por una interpretación favorable a la libertad de decisión empresarial ya que, en los antecedentes históricos de la norma¹¹⁴⁶, solo se prohibía a los servicios de prevención que realizaran actividades de control de la incapacidad temporal en el caso excepcional de que la empresa colaborara voluntariamente con la gestión esta prestación. Esta es la interpretación que se ha impuesto en la práctica, por la vía de los hechos, ya que son los servicios médicos de

¹¹⁴³ El Decreto 1036/1959, de 10 de junio por el que se reorganizaban los Servicios Médicos de Empresa contemplaba en su art. 5.V.c como función atribuida a los mismos la *“lucha contra el absentismo”*, finalidad para la que podían utilizar la información obtenida a partir del desempeño de otras funciones como los reconocimientos médicos periódicos o extraordinarios a los trabajadores.

¹¹⁴⁴ GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal... cit., p. 30.

¹¹⁴⁵ TOSCANI GIMÉNEZ, D.: Reconocimientos médicos... cit., p.44 y MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: ‘Los servicios de prevención de riesgos laborales’ en AA.VV., Los servicios de prevención de riesgos laborales: evolución y régimen jurídico, Coord. ÁLAREZ VALLBUENA, V. y MONEREO PÉREZ, L., Granada, 2009, p. 133.

¹¹⁴⁶ Criterios básicos sobre la organización de recursos para la actividad sanitaria de los servicios de prevención aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 15 de diciembre de 1997.

empresa los que se encargan muchas veces de realizar los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET¹¹⁴⁷.

Sea como fuere, este es uno de los puntos más confusos de la articulación jurídica del reconocimiento médico del artículo 20.4 ET y merecería plantearse una reforma, o bien del propio precepto, o bien del RSP. En este sentido, además de la propia contradicción interna de la norma, se aprecian otras disfunciones que reflejan lo inacabado de su articulación. Así, por ejemplo, la LPRL establece en su artículo 30.4 una garantía de indemnidad de los trabajadores del servicio propio de prevención, conforme a la cual no podrán sufrir ningún perjuicio *“derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa”*. Es decir, tal protección se circunscribe exclusivamente al ámbito de las actividades de prevención y, por tanto, no alcanzaría a los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET. Lo anterior perjudica la objetividad y autonomía del personal médico en una materia especialmente sensible, por las repercusiones económicas que tiene para el empresario.

En cuanto a los servicios de prevención externos, aparece con relativa claridad la prohibición de que lleven a cabo actividades de control empresarial del absentismo. El artículo 17 RSP prohíbe a las entidades especializadas actuar como servicios de prevención de aquellas empresas con las que mantengan *“vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades”*. Dicha prohibición, no exenta de dudas interpretativas razonables, adquiere mayor contundencia si es integrada con el artículo 13.12 de la LISOS, que contiene una redacción más abierta y tipifica como infracción el mantenimiento de cualquier tipo de relaciones comerciales ajenas a las preventivas. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 de octubre de 2016¹¹⁴⁸ confirma una sanción impuesta por la Inspección de Trabajo a una empresa de prevención por llevar a cabo reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET, considerándolo una extralimitación de sus funciones, que están *“tasadas y limitadas”*.

En lo que se refiere a las mutuas, la aplicación estricta de su regulación impide asimismo que puedan llevar a cabo los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET, porque no tendrían cabida en sus competencias. Pese a su naturaleza privada, las mutuas forman parte del sector público y, por tanto, su objeto está regulado y circunscrito por la legislación de la Seguridad Social. En concreto, los artículos 80.2 y 82.3 LGSS limitan sus actividades a la gestión de diversas prestaciones del régimen de Seguridad Social y a la realización de actividades preventivas de la acción protectora de

¹¹⁴⁷ Vid., por ejemplo, art. 76 del Convenio Colectivo de Alstom Transporte, S.A. (BOE 18/04/2018) o art. 34 del Convenio Colectivo de Worldwide Flight Service, S.A. (BOE 27/03/2018).

¹¹⁴⁸ Rec. núm. 362/2016.

la Seguridad Social¹¹⁴⁹. A mayor abundamiento, el actual artículo 82.4.b LGSS confiere a las mutuas facultades de control de los procesos de incapacidad temporal por contingencias comunes, en virtud de las cuales pueden llevar a cabo reconocimientos médicos de control. Este último es un mecanismo mucho más coercitivo y eficaz que el artículo 20.4 ET, tanto en lo que se refiere a la imposición del reconocimiento, como a los efectos de su resultado. Por ello, también desde una perspectiva puramente pragmática, la realización por las mutuas de los reconocimientos del artículo 20.4 ET carecería de sentido.

2.2. Concertación de la cita para la realización del reconocimiento médico

La formalización de la cita para el reconocimiento médico del trabajador puede producirse de diversas formas, dependiendo principalmente del sujeto que el empresario haya escogido para realizarlo. Cuando son los servicios propios de prevención o un médico de la sanidad privada, suele ser el propio empresario quien se lo comunica al trabajador. En cambio, si se contrata una de las organizaciones especializadas en el control del absentismo laboral, esta suele asumir todo el proceso de control, incluyendo la comunicación con el trabajador. En este caso, cuando se produce una baja, se le indica la identidad del trabajador, sus datos de contacto¹¹⁵⁰, su puesto de trabajo y otros datos sobre su situación de incapacidad temporal que constan en el parte, como el tipo de contingencia o si se trata de una recaída. Se produce, por tanto, una cesión de datos personales relativos a la salud del trabajador de la empleadora a la empresa de control del absentismo. Dicha transmisión resulta lícita pese a no contar con el consentimiento del trabajador, pues, desde el momento en que el Tribunal Supremo establece que el artículo 20.4 ET es una facultad de control que se puede delegar en otra entidad, aparece implícita la necesidad de identificar al trabajador ausente y sus circunstancias.

Como responsable de los datos personales cedidos, sin embargo, conforme al artículo 4.7 RGPD, el empresario asume distintas obligaciones. La más importante es la de informar a los trabajadores de que sus datos pueden ser cedidos con la finalidad de controlar el absentismo en el momento en que se proyecte tal posibilidad, de acuerdo con el artículo 13.3 RGPD. Es decir, al entrar en vigor el acuerdo con la empresa especializada en el control del absentismo, hay que informar a todos los trabajadores de que sus datos podrán ser cedidos a dicha entidad para que pueda llamarlos a un reconocimiento médico. Además de la finalidad de dicha cesión, hay que proporcionar

¹¹⁴⁹ También LISOS tipifica en su artículo 29.1 como infracción muy grave que lleven a cabo “operaciones distintas a aquellas a las que deben limitar su actividad”, poniendo de manifiesto que no pueden rebasar el marco legalmente acotado.

¹¹⁵⁰ Conforme a la STS 21/09/2015 (Rec. núm. 259/2014), el trabajador no está obligado a proporcionar al empresario su número de teléfono ni su dirección de correo electrónico personal, porque no se considera necesario para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo. En consecuencia, se han buscado vías alternativas para el caso de que el trabajador haya decidido voluntariamente no aportarlos, como sería, por ejemplo, el envío de burofaxes.

información clara y precisa sobre la identidad de la persona física o jurídica encargada de realizar el reconocimiento médico, que se coloca aquí en la situación jurídica de encargado del tratamiento del artículo 4.8 RGPD. Asimismo, el artículo 28 RGPD establece que el empresario debe contraer con el cesionario un contrato escrito que “establezca el objeto, la duración, la naturaleza y la finalidad del tratamiento, el tipo de datos personales y categorías de interesados, y las obligaciones y derechos del responsable”¹¹⁵¹.

Además, el Tribunal Supremo avaló en su Sentencia de 15 de junio de 2021¹¹⁵² que, al efecto de favorecer el buen fin del reconocimiento médico, pueda solicitarse al trabajador la aportación de “informes médicos y pruebas diagnósticas sobre el proceso de la baja o de bajas anteriores”¹¹⁵³. La entrega de tales documentos es beneficiosa para ambas partes, porque, resultando instrumental a la finalidad legítima de verificar el estado de salud del trabajador, permite aligerar el proceso y evitar la inútil reiteración de pruebas diagnósticas. Por tanto, se entiende que, si la negativa del trabajador impide la realización del reconocimiento médico, pueden deducirse las mismas consecuencias que si se hubiera negado a someterse al mismo. En este sentido, la propia normativa sanitaria exige al paciente informar al médico sobre su salud de manera leal y verdadera¹¹⁵⁴, ya que, de otro modo, es imposible realizar una evaluación médica adecuada. Si bien, el Tribunal Supremo incurre en un error al fundamentar jurídicamente esta cesión de datos por parte del trabajador en el artículo 6.1.b del RGPD, regulador de las operaciones de tratamiento de datos ordinarios que son necesarias para la ejecución de un contrato. En realidad, es evidente que, al estar ante un tratamiento de datos sensibles relativos a la salud del trabajador, que además es voluntario, la fundamentación jurídica adecuada reside en el ya referido artículo 9.2.a RGPD.

Un aspecto formal del reconocimiento médico que ha suscitado cierta discusión teórica¹¹⁵⁵ es el lugar donde debe realizarse. El problema surge cuando el estado de

¹¹⁵¹ También debe contener una serie de estipulaciones particulares (art. 28.3 RGPD) de entre las que destacan, por la materia que aquí se trata, los deberes del prestador de servicios de garantizar que las personas autorizadas para tratar los datos se hayan comprometido a respetar su confidencialidad o tengan la obligación estatutaria de respetarla y de garantizar el cumplimiento de las medidas de seguridad en el tratamiento de los datos.

¹¹⁵² Rec. núm. 57/2020.

¹¹⁵³ En este mismo sentido la STSJ Valencia 27/11/2008 (Rec. núm. 332/2008) ya había admitido como válida la cláusula de un convenio colectivo que obligaba a los trabajadores que se encontraban en situación de incapacidad temporal a aportar a los servicios médicos “el diagnóstico, informes y pruebas sobre su enfermedad” como condición para el cobro del complemento por incapacidad temporal a efectos de control del absentismo.

¹¹⁵⁴ El art. 2.5 de la Ley de Autonomía del Paciente.

¹¹⁵⁵ Vid., PURCALLA BONILLA, M. A.: ‘Incapacidad temporal, vigilancia de la salud y absentismo laboral’ en AA.VV., La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral, Coords. ROMERO BURILLO, A. M. y MORENO GENÉ, J., Valencia, 2013, p. 465 o RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 137.

salud del trabajador es tan delicado que no es recomendable que salga de su domicilio. En este caso, en virtud del artículo 18.2 de la Constitución, que garantiza el derecho a la inviolabilidad domiciliaria, dicho reconocimiento solo será posible si el trabajador presta su consentimiento para que los facultativos puedan acceder a su residencia. Considérese, no obstante, que, cuando las recomendaciones médicas sean tan estrictas que no permitan al trabajador abandonar su domicilio, parece innecesaria la utilización del artículo 20.4 ET, igual que ocurriría en otros casos en los que la afectación a la salud sea indudable, como, por ejemplo, en supuestos de intervenciones quirúrgicas o ingresos hospitalarios¹¹⁵⁶. Y, de todas formas, las nuevas tecnologías permiten que la evaluación médica de un paciente se realice a distancia, por ejemplo, a través de una videoconferencia.

Como regla general, el lugar del reconocimiento dependerá del sujeto elegido por el empresario y de los medios técnicos necesarios para llevarlo a cabo, siempre y cuando se respeten los límites básicos que impone el deber de buena fe contractual¹¹⁵⁷. Cuando el reconocimiento no sea domiciliario, los gastos de desplazamiento que se pudieran producir deben ser asumidos por el empresario, como organizador del control¹¹⁵⁸, siempre que estén debidamente justificados y con independencia de que el trabajador padezca o no una enfermedad grave que pueda limitar su movilidad ordinaria¹¹⁵⁹. Lo confirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de noviembre de 2020¹¹⁶⁰ en la que se expone que la de someterse al control médico es una obligación contractual extraordinaria (y no comparable con la de desplazarse diariamente al trabajo, que corre a cargo del trabajador) resultado de una decisión empresarial facultativa, frente a la que debe garantizarse la indemnidad económica del trabajador.

2.3. El objeto del reconocimiento y su práctica

El objeto del reconocimiento del artículo 20.4 ET es la verificación del estado de salud alegado por el trabajador para excusar su falta al trabajo. Además, recurriendo a una interpretación teleológica del precepto, puede entenderse que, al margen de comprobar la existencia de la dolencia, el facultativo médico evalúa su compatibilidad con el trabajo que desarrolla habitualmente el trabajador. Asimismo, atendiendo a su finalidad antiabsentista, también podría analizarse si el trabajador cumple con su

¹¹⁵⁶ Vid., a este respecto, la STSJ Galicia 23/02/2004 (Rec. núm. 199/2004) indicando lo desproporcionado de someter a este tipo de reconocimientos a personas que acaban de ser intervenidas por los servicios públicos de salud, en lugar de utilizarse para supuestos en los que parecen especialmente indicados como “gripes presuntas o depresiones súbitas”.

¹¹⁵⁷ Resulta casi de sentido común, que no es de recibo un caso como el enjuiciado por la STSJ Madrid 22/11/2013 (Rec. núm. 1602/2013), en el que se requería a un trabajador enfermo que residía y prestaba servicios en Madrid que se desplazara hasta Valencia para ser reconocido.

¹¹⁵⁸ Así se prevé expresamente en algunos acuerdos colectivos como, por ejemplo, el art. 76.4.2 Convenio Colectivo Alstom Transporte (BOE 18/04/2018).

¹¹⁵⁹ La SAN 30/11/2018 (Proced. núm. 281/2018) generaliza esta obligación, matizando la doctrina previa de la SAN 27/06/2016 (Proced. núm. 161/2016) que solo obligaba a cubrir los gastos de desplazamiento cuando la enfermedad o accidente fueran graves o dificultaran la movilidad de los trabajadores.

¹¹⁶⁰ Rec. núm. 64/2019.

obligación de seguir el tratamiento médico prescrito en atención a procurar una pronta recuperación de su capacidad laboral¹¹⁶¹. En cambio, el reconocimiento del artículo 20.4 ET no está destinado a cumplir una función asistencial. Tampoco cabe realizar, en este sentido, una revisión general de la actuación sanitaria del facultativo de la sanidad pública o de la mutua que se encargue de prestar asistencia sanitaria¹¹⁶².

Sobre su contenido, el Tribunal Supremo estableció en su Sentencia de 25 de enero de 2018¹¹⁶³ que forma parte del poder de ordenación del empresario decidir el alcance concreto que deba darse a los reconocimientos médicos de control. Es decir, guardando el debido respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores, “*corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada*” en la realización de los reconocimientos. Así, se consideran adecuados los “*reconocimientos de bajo perfil*” en los que solo se visita al trabajador, sin realizar ninguna prueba diagnóstica. Este razonamiento sirve también para legitimar indirectamente los reconocimientos realizados por vía telefónica o por videoconferencia. Ambas modalidades pueden servir también como contacto inicial que permita realizar un cribaje de aquellos trabajadores que es más conveniente visitar presencialmente.

Lo que en ningún caso es objeto de la facultad del artículo 20.4 ET es la vigilancia de la conducta extralaboral del trabajador y, en particular, el control de su localización. Ya se ha visto que, a diferencia de los italianos¹¹⁶⁴, los trabajadores españoles en incapacidad temporal no están obligados a permanecer en su domicilio, salvo en el caso excepcional de que su curación requiera reposo absoluto. Sin embargo, algunos tribunales habían avalado, a través de una interpretación conjunta de los artículos 20.3 y 20.4 ET, el envío empresarial de vigilantes jurados o policías para comprobar la permanencia de los trabajadores en sus casas¹¹⁶⁵. Dicha conducta no solo incumplía el requisito legal básico del artículo 20.4 ET, según el cual el reconocimiento debe encargarse siempre a personal sanitario¹¹⁶⁶, sino que vulneraba el principio constitucional de adecuación, al no ser un método válido para verificar el estado de salud del trabajador, que es el único objetivo legitimado por el precepto glosado.

Con todo, esta tendencia se rompe acertadamente con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 19 julio de 2003¹¹⁶⁷, por la que se determina la ilegalidad del despido de un trabajador que se ausentó de su domicilio durante una incapacidad temporal, aunque el convenio colectivo le impedía salir del mismo. El

¹¹⁶¹ En el mismo sentido, TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: ‘El control de la incapacidad... cit., p. 109.

¹¹⁶² MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control... cit., pp. 359 y 360.

¹¹⁶³ Rec. núm. 249/2016.

¹¹⁶⁴ Como ya se ha señalado *supra*, en Italia el trabajador en situación de incapacidad temporal está expresamente obligado a permanecer en su domicilio durante determinadas franjas horarias para ser sometido a los reconocimientos médicos de control de los inspectores de Seguridad Social.

¹¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Central del Trabajo 11/05/1983 y STSJ Andalucía 13/07/2001 (Rec. núm. 721/2001).

¹¹⁶⁶ Vid. GOÑI SEIN, J. L.: El respeto... cit., p. 218.

¹¹⁶⁷ Rec. núm. 909/2003.

Tribunal argumentó que, ni un convenio colectivo puede imponer el arresto domiciliario, que es una sanción propia del derecho penal, ni el trabajador estaría obligado a permitir a los visitadores la entrada a su domicilio o a informarles sobre si se encuentra o no dentro del mismo. En este último sentido, el artículo 18.2 CE obliga a concebir el domicilio como algo más que una residencia civil o administrativa¹¹⁶⁸, donde los ciudadanos desarrollan libremente su personalidad y tienen derecho a permanecer sin sufrir perturbaciones innecesarias.

En cuanto al modo de llevar a cabo el reconocimiento médico, el aspecto más importante que habrá que tener en cuenta es el respeto de la dignidad del trabajador como límite general de las facultades de control del empresario. En concreto, han de preservarse los derechos fundamentales a la intimidad y a la integridad física del trabajador, cosa que, conforme a la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional¹¹⁶⁹, requiere la sujeción a criterios de proporcionalidad y racionalidad. Por ende, siempre deben realizarse las pruebas que causen las menores molestias al trabajador. Ello permite descartar, de entrada, la realización de pruebas que puedan suponer objetiva o subjetivamente un riesgo o quebranto para la salud de quien las soporta¹¹⁷⁰ o que puedan ocasionar sufrimientos excesivos a la persona afectada¹¹⁷¹. Por otra parte, el principio de proporcionalidad también implica respetar el carácter instrumental del reconocimiento, que debe circunscribirse a la valoración de la dolencia incapacitante del trabajador, sin que pueda realizarse una evaluación general de su estado de salud.

La práctica del reconocimiento médico supone un acto de recabación de datos personales hipersensibles del trabajador. Como se ha visto, la obtención de este tipo de datos médicos en el ámbito del control del absentismo requiere, en todo caso, el consentimiento del trabajador y su sujeción a los principios de minimización del riesgo y limitación de la finalidad. Aquí no puede ser de aplicación el artículo 9.2.b RGPD, que habilita el tratamiento de datos personales de los trabajadores cuando sea necesario para el ejercicio de un derecho reconocido al empresario por ley. El artículo 20.4 ET reconoce un derecho específico al empresario consistente en instar el reconocimiento del trabajador, pero no una obligación específica que compela al trabajador a someterse al mismo. Por lo tanto, para levantar en este caso la prohibición del artículo 9.1 RGPD, que impide con carácter general el tratamiento de datos sensibles, debe acudir irremediablemente a la excepción que requiere el consentimiento del trabajador, del artículo 9.2.a RGPD¹¹⁷².

¹¹⁶⁸ FABREGAT MONFORT, G.: *Nuevas perspectivas...* cit., p. 58.

¹¹⁶⁹ Entre otras, STC 15/11/2004 (Rec. núm. 1322/2000) o STC 23/03/2009 (Rec. núm. 2826/2004).

¹¹⁷⁰ STC 17/01/1994 (Rec. núm. 1407/1992).

¹¹⁷¹ STC 11/07/1994 (Rec. núm. 3002/1992).

¹¹⁷² Sobre las dudas planteadas a cerca de la validez del consentimiento prestado por el trabajador para el tratamiento de sus datos personales de carácter sensible en orden a la consecución de fines empresariales Vid., CRESPI FERRIOL, M.: 'El tratamiento de los datos... cit., pp. 278 y ss., defendiendo, con fundamento en la interpretación sistemática de los arts. 9.2.a y 9.2.b, que es claro que tal validez debe

En consecuencia, coinciden en este punto dos tipos de consentimiento informado, cada uno con sentido propio¹¹⁷³: el consentimiento informado sanitario y el consentimiento informado para el tratamiento de los datos de carácter personal. El primero consiste en la conformidad libre del paciente, manifestada después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud¹¹⁷⁴. El segundo, en la autorización para la confección de la historia clínica, como conjunto de datos relativos a la situación sanitaria del paciente, a partir de los datos generados por la actuación del facultativo médico. Con respecto a este último, el personal médico o entidad que realice el reconocimiento, esta vez como responsable del tratamiento¹¹⁷⁵, deberá informar de nuevo al trabajador sobre la finalidad antiabsentista del reconocimiento y, en particular, sobre el hecho de que las conclusiones alcanzadas sobre su capacidad para el trabajo serán comunicadas al empresario.

Sobre la forma en que el trabajador ha de prestar el consentimiento para el tratamiento de sus datos ha existido cierta controversia jurídica. La regulación anterior contenía una regla especial por la que se exigía que el consentimiento para el tratamiento de los datos relativos a la salud fuera “*expreso*”¹¹⁷⁶. En aplicación de esta norma, la Audiencia Nacional resolvió reiteradamente¹¹⁷⁷ que no era suficiente con que el trabajador manifestara su conformidad de forma tácita o verbal poniéndose a disposición del personal médico para la realización del reconocimiento del artículo 20.4 ET, sino que dicha voluntad debía de poder acreditarse, exigiendo implícitamente que se prestara por escrito. Con todo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de julio de 2010¹¹⁷⁸ aclaró, en referencia a una cuestión distinta, que expreso no equivale a escrito. Así, se entiende que el consentimiento es expreso cuando deriva de un ejercicio activo del titular de los datos que no deja lugar a dudas sobre su voluntad de que sean recabados y tratados¹¹⁷⁹. Por ello, la AEPD¹¹⁸⁰ ha

admitirse cuando, como en el caso del art. 20.4 ET, es la propia ley la que hace recaer la posibilidad de que se traten dichos datos sobre la voluntad del trabajador, confiando en que ésta se ejerza libremente.

¹¹⁷³ ABERASTURI GORRIÑO, U.: Los principios de la protección de datos aplicados en la sanidad, Bilbao, 2011, p. 267.

¹¹⁷⁴ Art. 3 de la Ley de Autonomía del Paciente.

¹¹⁷⁵ Conforme al Informe Jurídico núm. 189 de 1 enero 2008 de la AEPD se colocan en dicha posición y no en la de sujetos que tratan datos personales por cuenta del empresario, tanto los servicios externos de prevención de riesgos laborales al realizar reconocimientos de seguimiento de la salud de los trabajadores en función de los riesgos del trabajo, como las mutuas en ejercicio de sus funciones de colaboración, siendo esta una situación fácilmente equiparable a la de los sujetos que realizan los reconocimientos médicos del art. 20.4 ET.

¹¹⁷⁶ Art. 7.3 Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

¹¹⁷⁷ SAN 26/09/2002 (Proced. núm. 581/2001), SAN 12/04/2002 (Proced. núm. 1271/2000), SAN de 10/05/2002 (Proced. núm. 345/2001), SAN de 31/05/2002 (Proced. núm. 580/2001), y SAN 23/11/2006 (Proced. núm. 75/2005).

¹¹⁷⁸ Rec. núm. 26/2008.

¹¹⁷⁹ ABERASTURI GORRIÑO, U.: Los principios... cit., p. 354.

¹¹⁸⁰ Resolución de 1 junio 2009 relativa al expediente N°: E/00489/2008, Resolución R/00200/2010 relativa al procedimiento N° PS/00350/2009, Resolución del Expediente E/04732/2015 y Resolución del Expediente E/04273/2017

considerado, con posterioridad, que atender la citación al reconocimiento médico y colaborar para que pueda llevarse a cabo es suficientemente expresivo de la concurrencia del consentimiento del trabajador.

3. La negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico

El artículo 20.4 ET establece que la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico de control puede determinar la suspensión de los derechos económicos que existan en dicha situación a cargo del empresario. De entrada, se plantea aquí el problema de identificar aquellas conductas que realmente representan una oposición del trabajador a someterse al reconocimiento médico, aunque las mayores dudas las suscitan sus consecuencias jurídicas. En algún caso, se ha interpretado que de la redacción del precepto se desprende que dicha negativa “*debe ser explícita y no dejar lugar a duda alguna*”¹¹⁸¹. A mi modo de ver, en cambio, no existe razón alguna para no admitir que la decisión del trabajador puede manifestarse de forma táctica, tal y como se admite, con carácter general y siempre que una norma no disponga lo contrario, de cualquier manifestación de voluntad. En este mismo sentido, existen varias resoluciones en las que se ha establecido que la incomparecencia¹¹⁸² o la falta absoluta de colaboración con el personal médico¹¹⁸³ también equivalen a la negativa del trabajador.

En cuanto a la incomparecencia, deben tomarse algunas cautelas para asegurarse que es voluntaria, pero no se aplican en ningún caso las ya comentadas exigencias administrativas de las citaciones para los reconocimientos médicos del INSS y las mutuas. Por ejemplo, sería recomendable la utilización de medios de comunicación que dejaran constancia¹¹⁸⁴ de la recepción por parte del trabajador de la citación al reconocimiento, siendo la empresa a quien le corresponde la carga probar este extremo¹¹⁸⁵. Con todo, si el trabajador presenta una actitud claramente obstruccionista, rechazando recibir los requerimientos que se le hagan, los efectos de dicha actitud solo pueden recaer sobre el mismo, sin que pueda responsabilizarse al empresario que actúa de forma diligente. A la inversa, alegar y probar la existencia de una causa justificada para no acudir a un reconocimiento médico, de ningún modo puede equipararse a una negativa a someterse al mismo¹¹⁸⁶.

3.1. La suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario

La elección del término “*suspensión*”, en referencia a los derechos económicos a cargo del empresario, es suficientemente indicativa de que la negativa del trabajador es

¹¹⁸¹ STSJ Cataluña 28/06/2018 (Rec. núm. 1694/2018).

¹¹⁸² STS 2/05/1984.

¹¹⁸³ STSJ Aragón 15/02/2006 (Rec. núm. 6/2006).

¹¹⁸⁴ Una opción que al parecer se ha puesto en práctica es grabar la llamada que el servicio médico realiza al trabajador para la citación al reconocimiento, según un comunicado de CCOO. Recuperado de: <https://www.ccoo-servicios.es/divulgacion/html/43053.html> (Fecha de consulta: 13/08/2018).

¹¹⁸⁵ STS 25/01/2018 (Rec. núm. 249/2016) Fundamento Jurídico 2, apartado 2.

¹¹⁸⁶ STSJ Galicia 19/12/2015 (Rec. núm. 3616/2014).

un acto jurídico reversible, sin consecuencias definitivas. Aunque en un primer momento el trabajador se niegue a someterse al reconocimiento, si se le llama de nuevo y decide presentarse, se reactivaría el cobro de dichos derechos económicos¹¹⁸⁷. Esta es, además, la opción más acertada en términos de política antiabsentista, porque mantener la posibilidad de recuperar los derechos económicos durante la ausencia, genera un incentivo económico que puede favorecer un cambio de opinión del trabajador. Por otro lado, el problema interpretativo más importante que plantea la configuración de esta consecuencia jurídica del artículo 20.4 ET es saber a qué tipo de “derechos económicos” se está refiriendo la ley. Es claro que, en su momento¹¹⁸⁸, el legislador estaba pensando en las mejoras voluntarias a la prestación de incapacidad temporal¹¹⁸⁹. También podría aplicarse dicho concepto a la cuantía salarial correspondiente a un reposo retribuido, en la medida que se trata igualmente de un derecho económico vinculado a faltas de asistencia por motivos de salud.

No genera dudas el abono por parte del empresario del subsidio económico íntegro por incapacidad temporal, cualquiera que la contingencia en que tenga origen. Con arreglo al artículo 102.2 LGSS, es el empresario quien entrega al trabajador, en concepto de pago delegado y en colaboración obligatoria con la gestión de la Seguridad Social, la prestación por incapacidad temporal a cargo de la entidad gestora o colaboradora responsable. Con todo, aunque sea la empresa el que abona la prestación, lo hace a cuenta de la entidad gestora o colaboradora a quien corresponda su gestión económica. Así queda reflejado en el artículo 20 de la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social, que establece que “*las empresas se reintegran las cantidades satisfechas a sus trabajadores, descontándolas del importe de las liquidaciones que han de efectuar para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo periodo*”. Es decir, la empresa adelanta la cantidad a la que tiene derecho el trabajador, pero recupera después la parte de dicho coste que no le corresponde a través de su compensación con la cantidad adeudada por las cotizaciones de la Seguridad Social. Por ello, no se cumple la exigencia del artículo 20.4 ET de que los derechos económicos que puedan suspenderse sean “*a cargo*” del empresario.

¹¹⁸⁷ Así lo establece, la STSJ Cataluña 8/04/1999 (Rec. núm. 2715/1998) aludiendo, además de a la interpretación gramatical del precepto, a los actos propios de la empresa, que siguió llamando al trabajador a reconocimientos médicos después de que éste se negara y haberle retirado el complemento por incapacidad temporal.

¹¹⁸⁸ En los debates parlamentarios referidos al precepto se hace referencia varias veces a los complementos a la prestación de incapacidad laboral transitoria establecidos en los convenios colectivos o en los contratos individuales. Respectivamente, diputado de Vicente Martín y Satrustegui Fernández. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 53 de 1979, pp. 3651 y 3562.

¹¹⁸⁹ En contra, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 143, argumenta que la suspensión de la mejora voluntaria por incomparecencia al reconocimiento no es una consecuencia que pueda extraerse automáticamente de la ley y parece desproporcionada.

Más polémico resulta el pago por el empresario del subsidio por incapacidad temporal por contingencias comunes desde el día cuarto al decimoquinto de baja, que sí está expresamente “a cargo del empresario”, en virtud del segundo párrafo del artículo 173.1 LGSS. La prestación correspondiente a esos doce días es un coste que debe asumir obligatoriamente y que no es posible compensar de ningún modo. Para un sector de la doctrina¹¹⁹⁰, se cumple aquí el supuesto de hecho del artículo 20.4 ET y, por tanto, el pago de la prestación puede ser suspendido. Otros autores¹¹⁹¹, en cambio, niegan tal posibilidad por dos razones principales: (i) conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1994¹¹⁹², el pago de la prestación por incapacidad temporal a cargo del empresario privado no afecta a su naturaleza de prestación pública de la Seguridad Social y (ii) la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico del artículo 20.4 ET no se prevé como causa de suspensión de la prestación en el artículo 175 LGSS.

Desde mi punto de vista, la obligación de costear la prestación del artículo 173.1 LGSS, tiene una finalidad antiabsentista; pretende presionar económicamente a los empresarios para que adopten medidas de prevención y control de los trabajadores en incapacidad temporal. Implica, por tanto, una delegación parcial de las funciones de fiscalización de la prestación de la Seguridad Social hacia los empresarios. De hecho, hay quien argumenta que dicha cesión de funciones puede resultar beneficiosa a efectos de mitigar el riesgo moral, ya que las medidas de control del fraude que adopten los empresarios podrían ser más efectivas que las que emprenden los órganos de la Seguridad Social, por su posición de mayor cercanía con el trabajador¹¹⁹³.

En atención a esta finalidad, tiene sentido conectar esta obligación empresarial con la facultad del artículo 20.4 ET. Es decir, ante la negativa del trabajador a someterse a un reconocimiento del artículo 20.4 ET, cabría suspender el pago de la prestación durante el periodo en que corre exclusivamente a cargo del empresario, porque de lo que se trata es precisamente es de implicarlo en el control del uso correcto de dicha prestación, aunque tenga naturaleza pública. De otro modo, se estaría trasladando a los

¹¹⁹⁰ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: ‘Facultades empresariales de control y vigilancia de la salud versus derecho a la intimidad de los trabajadores’ en AA.VV. Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales, Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y GONZÁLEZ DÍAZ, F. A., Pamplona, 2011, p. 193 y JOVER RAMÍREZ, C.: La incapacidad temporal... cit. p. 168. La posición de esta última es particular, pues basa su postura en la tesis de que la cantidad abonada por el empresario durante esos días no tiene la naturaleza de prestación de la Seguridad Social sino de mejora obligatoria a la prestación.

¹¹⁹¹ GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal... cit., p. 36; ARAGÓN GÓMEZ, C.: ‘Artículo 20... cit., p. 290; SALA FRANCO, T.: La incapacidad temporal... cit., p. 95 o RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 140.

¹¹⁹² Rec. núm. 342/1993.

¹¹⁹³ Esta idea, se ha puesto también de manifiesto, en el Informe de la Comisión Europea para el Comité de Protección Social ‘Sick pay and sickness benefit schemes in the European Union’, p. 25, en el que se mencionan concretamente los ejemplos de Bélgica y Bulgaria, los últimos países que han introducido recientemente reformas en este sentido pensando en que los empresarios serán posiblemente “guardianes más estrictos” del sistema de Seguridad Social.

empresarios una presión y una responsabilidad que no tienen herramientas eficaces para ejercer. Además, no debe descartarse que el empresario pueda suspender el pago de la prestación que asume a su cargo por el hecho de que se trate de una prestación pública de Seguridad Social. De hecho, como se reconoce en la misma Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1994¹¹⁹⁴, “*el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas*”. Es decir, el carácter público de la prestación no impide que esta puede verse afectada por el ejercicio mecanismos de control privado del absentismo, porque se trata de mecanismos que funcionan como puntos de convergencia entre las dimensiones prestacional y laboral de la incapacidad temporal.

En este mismo sentido, la posibilidad de que los empresarios puedan suspender la prestación económica por incapacidad temporal ya fue aceptada por el Tribunal Supremo en una sucesión de sentencias¹¹⁹⁵, iniciada por la Sentencia de 18 noviembre 1997¹¹⁹⁶, respecto de las empresas que colaboraban voluntariamente en la gestión de la incapacidad temporal¹¹⁹⁷. Estas sentencias¹¹⁹⁸ establecían, como *obiter dicta*, que una interpretación finalista del artículo 20.4 ET derivaba en la consideración de que, en caso de negativa del beneficiario a someterse a los reconocimientos médicos ordenados, el empresario podía aplicar la facultad concedida en dicho precepto para suspender “*determinadas obligaciones en materia de Seguridad Social*”. Es decir, según el Tribunal Supremo, el artículo 20.4 ET podía utilizarse por las empresas para suspender íntegramente, se entiende, la prestación económica por incapacidad temporal. Con todo, la prudencia obliga a reconocer que dichos pronunciamientos han de ser tratados con cautela, pues se dictaron en relación con la colaboración voluntaria de las empresas con la Seguridad Social en materia de incapacidad temporal derivada de contingencias

¹¹⁹⁴ Rec. núm. 342/1993.

¹¹⁹⁵ STS 23/12/1997 (Rec. núm. 949/1997), STS 16/05/2000 (Rec. núm. 3517/1999), STS 30/04/2001 (Rec. núm. 4534/1999), STS 11/04/2001 (Rec. núm. 3143/2000) y STS 14/06/2002 (Rec. núm. 654/2001), todas ellas con un contenido prácticamente idéntico, tratándose, por tanto, de una doctrina plenamente consolidada.

¹¹⁹⁶ Rec. núm. 4086/1996.

¹¹⁹⁷ La colaboración voluntaria con la gestión de la Seguridad Social era una opción que se reconocía, conforme al artículo 102.1.a LGSS y a la Orden de 19 de junio de 1997, a las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores consistente en gestionar por sí mismas tanto la prestación sanitaria como la económica por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, si obtenía la correspondiente autorización de la autoridad laboral. A cambio, conforme al artículo 6 de esta última norma “*Los empresarios que se acojan a esta forma de colaboración quedarán exentos de ingresar en sus cotizaciones a la Seguridad Social la parte de la prima o cuota correspondiente*”. Es decir, las empresas colaboradoras abonaban “*a su cargo*” la prestación por incapacidad temporal, aunque dicho gasto se veía compensado con una reducción de los ingresos debidos a los órganos de la Seguridad Social.

¹¹⁹⁸ Lo que se debatía en todas ellas era a quién correspondía pagar la prestación económica a partir del momento en que se extinguía la relación laboral, estando el trabajador en situación de incapacidad temporal por contingencias comunes. El Tribunal consideró que, pese al despido del trabajador, era la empresa y no el INSS quien debía hacerlo, puesto que la empresa se había liberado voluntariamente de la obligación de abonar la parte correspondiente a las fracciones de cuota y, en consecuencia, el INSS quedaba liberado de cubrir dichas contingencias. En definitiva, se declaraba que la finalización del contrato ni extinguía la prestación, ni alteraba el sujeto responsable de la misma.

comunes, que sufría una regulación técnicamente muy deficiente¹¹⁹⁹ y que ya ha desaparecido de nuestro ordenamiento.

3.2. La imposibilidad de imponer sanciones disciplinarias

La facultad empresarial de suspender los “*derechos económicos*” en caso de que el trabajador se niegue a someterse al reconocimiento ha sido interpretada por alguna doctrina judicial en términos excluyentes, en el sentido de que no se admite la aplicación de ningún otro tipo de consecuencia jurídica, incluidas las sanciones disciplinarias¹²⁰⁰. De tal modo, la negativa, aun reiterada, a someterse a los reconocimientos médicos indicados por el empresario no constituye un incumplimiento contractual. No obstante, en sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de enero de 1994¹²⁰¹ declara que “*haya o no haya prestaciones económicas complementarias a cargo de la empresa, los trabajadores no pueden negarse a que la empresa controle sus estados de enfermedad*”, dando a entender que sí procedería la sanción disciplinaria. En un término medio se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de junio de 2018¹²⁰² en la que se reconoce “*que, si el trabajador frente al requerimiento del empresario manifiesta su voluntad de negarse al reconocimiento, esta negativa no genera incumplimiento laboral alguno que pueda servir como base de causa alguna de despido ni de sanción*”. Sin embargo, en la misma resolución se confirma el despido disciplinario de una trabajadora al considerar que su actitud obstruccionista frente a la práctica reconocimiento, unida al alta expedida por la Inspección Médica del INSS cuando la empresa recurrió a dicho órgano, evidenciaba su capacidad para prestar servicios.

Esta discrepancia se manifiesta también en el seno de la doctrina. Algunos autores¹²⁰³ consideran que la negativa del trabajador a someterse a un reconocimiento

¹¹⁹⁹ Al fin y al cabo, la apelación al artículo 20.4 ET pretendía corregir un grave vacío en el control de la prestación por incapacidad temporal que se producía al condenar a la empresa a seguir pagando el subsidio económico tras el término de la relación laboral, si esta no había asumido también la gestión sanitaria. El Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulaban determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, vigente en ese momento, al ordenar los mecanismos de control de la prestación económica por incapacidad temporal, se refería únicamente a las entidades gestoras y a las mutuas, sin hacer mención alguna a las empresas colaboradoras. Por lo tanto, dichas empresas podían verse asumiendo la gestión y coste de un subsidio económico cuyo supuesto de hecho no eran, en principio, capaces de controlar cuando finalizaba el contrato de trabajo.

Ante esta disfunción, el Tribunal Supremo forzó discutiblemente el ámbito de aplicación del artículo 20.4 ET hasta llevarlo más allá de la vigencia del contrato de trabajo y lo presentó como un instrumento de control de la prestación económica por incapacidad temporal. Con todo, el error de fondo no parece imputable a los tribunales sino al legislador, que careció en su momento de la determinación necesaria a la hora de abordar la posición del empresario colaborador con la Seguridad Social en la regulación de la prestación económica por incapacidad temporal y su control.

¹²⁰⁰ STSJ Cataluña 21/03/2000 (Rec. núm. 896/1998) y la STSJ Aragón 15/02/2006 (Rec. núm. 6/2006) que declaran improcedentes sendos despidos disciplinarios.

¹²⁰¹ Rec. núm. 2319/1993.

¹²⁰² Rec. núm. 1694/2018.

¹²⁰³ SALA FRANCO, T. y TARABINI-CASTELLANI AZNAR.: ‘XII. El derecho a la intimidad... cit., p. 401.

médico no puede dar lugar a un despido disciplinario, ni por transgresión de la buena fe contractual, ni por acumulación de ausencias injustificadas al trabajo. Quienes sostienen esta idea ponen el énfasis en el segundo inciso del precepto, que hace referencia a la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario, considerando que la facultad empresarial se dirige fundamentalmente a evitar el pago indebido de dichos conceptos¹²⁰⁴. En cambio, otros autores¹²⁰⁵ sostienen la obligatoriedad de los reconocimientos médicos, también en supuestos en los que ya han transcurrido los primeros quince días de baja y no se han pactado mejoras voluntarias a la prestación por incapacidad temporal. Este sector considera que, en dichos casos, a falta de poder retirar prestación económica alguna, la consecuencia de la negativa debe ser la sanción disciplinaria, porque es inadmisibles que la desatención de una instrucción empresarial expresamente reconocida en el artículo 20.4 ET carezca de trascendencia.

La naturaleza fiscalizadora del precepto contrasta con la consecuencia jurídica que se anuda a la negativa del trabajador de someterse al reconocimiento médico, económica en lugar de disciplinaria. Esta opción puede extrañar, en tanto que las facultades de control forman parte esencial del contrato de trabajo y su rechazo injustificado por parte del trabajador representa un incumplimiento contractual en sí mismo, que debería poder ser sancionado disciplinariamente. Sin embargo, creo que dicha solución es la única por la que podía optar el legislador, desde un punto de vista constitucional, ante la singularidad de la forma de control que se está permitiendo y que incluso justifica la desagregación del artículo 20.4 con respecto al artículo 20.3 ET¹²⁰⁶. El objeto sobre el que recae la facultad del artículo 20.4 ET es el propio organismo o *psique* del trabajador, uno de los ámbitos protegidos en mayor medida por el derecho a la intimidad, concebido tradicionalmente como un estado o condición de acceso limitado a la persona y a su cuerpo¹²⁰⁷. Esta conexión de los reconocimientos médicos con la intimidad y la dignidad personal ha comportado la consolidación normativa de un principio general que garantiza su voluntariedad¹²⁰⁸.

¹²⁰⁴ DEL VALLE VILLAR, J.M.: 'El derecho a la intimidad... cit. p. 176 o GOELRICH PESET, J. M., inédito, referido por SALA FRANCO, T. en La incapacidad temporal... cit., p. 94.

¹²⁰⁵ JOVER RAMÍREZ, C.: La incapacidad temporal... cit., p. 169, defendiendo la aplicación de sanciones disciplinarias cuando no se han pactado mejoras voluntarias o cuando han pasado los primeros dieciocho días de baja, siempre que se haya tipificado la negativa como falta y se haya previsto una sanción disciplinaria en el convenio colectivo de aplicación. Por su parte, MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control... cit., p. 363, comparte la posibilidad de sancionar al trabajador, pero afirmando que se trataría de una falta sin la gravedad suficiente para justificar un despido disciplinario.

¹²⁰⁶ GOÑI SEIN, J. L.: El respeto... cit., p. 220.

¹²⁰⁷ SERRANO OLIVARES, R.: 'El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral', Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 103, (2001), p. 24 de la versión digital.

¹²⁰⁸ En el contexto internacional pueden citarse, a modo ejemplificativo, el artículo 5 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 o el artículo 3.2 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000. En España, la libertad individual para decidir sobre cualquier intervención que pueda llevarse a cabo sobre el propio cuerpo se garantiza en el artículo 8.1 de

En general, un reconocimiento médico solo puede ser obligatorio si lo indica una disposición con rango de ley, que cumpla con un estándar mínimo de calidad constitucional marcado por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²⁰⁹. Según el Tribunal Constitucional,¹²¹⁰ los requisitos que debe cumplir cualquier Ley que permita la imposición coercitiva de un control médico son (i) que obedezca a una razón justificada de interés general¹²¹¹ y (ii) que sea proporcionada y no excesiva en relación con la consecución de dicho fin. En el ámbito laboral, el único supuesto en el que se ha considerado legítimo el establecimiento de controles obligatorios ha sido en el caso de los reconocimientos de vigilancia de la salud previstos en el artículo 22.1 LPRL, cuyo propósito es evitar y prevenir riesgos y peligros relacionados con la salud de la colectividad laboral¹²¹². Téngase en cuenta a este respecto que, cuando el interés que se está tratando de proteger no es público (protección del orden público o de las personas) sino privado (el buen funcionamiento de la empresa), la posibilidad de incidir en el derecho a la intimidad es más limitada¹²¹³.

A la luz de la anterior posición del Tribunal Constitucional, una interpretación del artículo 20.4 ET favorable a la imposición de sanciones disciplinarias difícilmente podría ser considerada conforme a la Carta Magna. En primer lugar, porque, con carácter general, no es posible afirmar que todas las ausencias abarcables en el supuesto de hecho del artículo 20.4 ET implican un riesgo cierto de absentismo injustificado o fraudulento (principio de idoneidad). Además, el riesgo para el interés empresarial se reduce significativamente cuando la ausencia del trabajador se ampara formalmente en una situación de incapacidad temporal, puesto que el parte médico de baja siempre estará precedido por el reconocimiento médico del trabajador¹²¹⁴. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha garantizado la libertad del trabajador para impedir el acceso a su cuerpo, incluso por encima de la necesidad de protección de su propia vida¹²¹⁵, por lo que resulta muy complicado imaginar una

la Ley de Autonomía del Paciente o el artículo 4.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica.

¹²⁰⁹ Por todas, STC 17/01/1994 (Rec. núm. 1407/1992), STEDH 22/072003 (Caso Y. F. c. Turquía) o STDEH 25/06/1997 (Caso Halford c. Reino Unido).

¹²¹⁰ Entre otras, STC 16/12/1996 (Rec. núm. 1798/1996).

¹²¹¹ Se ha aceptado como justificación constitucional, por ejemplo, el interés del menor a la hora de imponer una prueba de paternidad en la STC 17/01/1994 (Rec. núm. 1407/1992) o el interés público en la investigación de un delito a la hora de imponer un análisis capilar de consumo de drogas en la STC 16/12/1996 (Rec. núm. 1789/1996).

¹²¹² STC 15/11/2004 (Rec. núm. 1322/2000).

¹²¹³ STC 11/04/1994 (Rec. núm. 797/1990).

¹²¹⁴ Vid. MONTOYA MELGAR, A.: 'Libertad de empresa... cit., p. 178, expresa una idea similar "El hecho de que se prevea una sanción meramente reductora de derechos económicos se explica en atención a que normalmente, el trabajador ausente contará con el aval legitimador de la declaración de incapacidad temporal".

¹²¹⁵ STC 15/11/2004 (Rec. núm. 1322/2000): "La obligatoriedad [del reconocimiento médico] no puede imponerse, en cambio, si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, sin el añadido de un riesgo o peligro cierto objetivable, pues aquél, según se dijo, es libre para disponer de la vigilancia de su

ponderación de intereses en la que la rentabilidad empresarial pudiera acabar prevaleciendo (principio de proporcionalidad en sentido estricto).

Relacionado con este mismo punto, la aplicación del principio constitucional de necesidad ha conducido a algunos autores¹²¹⁶ a realizar una interpretación restrictiva del supuesto de hecho del precepto. Así, se ha defendido que, cuando el trabajador está en incapacidad temporal, su estado de salud ya ha sido verificado por un médico, con lo que una segunda verificación por parte de la empresa resultaría superflua. Es consecuencia, solo podría operar el artículo 20.4 ET ante ausencias fundadas en la salud que no hubieran sido verificadas, como, por ejemplo, en el supuesto de fuerza mayor temporal del artículo 45.1.c ET o una ausencia médica autocertificada. Sin embargo, lo que restringe el principio de necesidad es el posible carácter obligatorio del reconocimiento y no su alcance objetivo. En el ámbito de la voluntariedad, los elementos de juicio para valorar la legalidad de la medida de control ya no son los del triple juicio de proporcionalidad, sino otros (por ejemplo, la validez del consentimiento en función de si se había recibido previamente la información adecuada)¹²¹⁷. Esto se debe a la evolución en nuestro ordenamiento del derecho a la intimidad hacia una concepción amplia y dinámica¹²¹⁸, conforme a la cual, el derecho a la intimidad no consiste solamente en una facultad de exclusión de otros sobre la esfera íntima sino, principalmente, en la autonomía o autodeterminación personal que permite determinar los espacios de la vida privada que uno quiere preservar incólumes¹²¹⁹.

4. Consecuencias del reconocimiento médico. La difusa posición empresarial ante los reconocimientos que apuntan al carácter injustificado de la ausencia.

Pese a que el artículo 20.4 ET no contiene garantías específicas destinadas a proteger la intimidad y la dignidad de los trabajadores¹²²⁰, esta omisión puede integrarse a través de la interpretación analógica del artículo 22 LPRL¹²²¹. Ello implica, en primer

salud sometiéndose o no a los reconocimientos en atención a las circunstancias y valoraciones que estime pertinentes para la decisión."

¹²¹⁶ ROMERO RODENAS, J.: 'A propósito de la creación... cit., p. 126; DEL VALLE VILLAR, J.M.: 'El derecho a la intimidad... cit., p. 179 o RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 142.

¹²¹⁷ STC 15/11/2004 (Rec. núm. 1322/2000).

¹²¹⁸ Vid., SERRANO OLIVARES, R.: 'El derecho a la intimidad... cit., p. 21.

¹²¹⁹ A mayor abundamiento, limitar los reconocimientos del artículo 20.4 ET a aquellos supuestos en los que el trabajador no se encuentra en situación de incapacidad temporal entraría en directa contradicción con el único efecto jurídico previsto expresamente en la Ley, la suspensión de los derechos económicos en caso de negativa del trabajador. Como he expuesto, con dicha expresión la Ley se refería históricamente de forma principal y prácticamente única (pues en el momento aprobarse el primer Estatuto de los Trabajadores la prestación por incapacidad corría enteramente a cargo de la Seguridad Social) a las mejoras voluntarias a la prestación de la incapacidad temporal. Y como resulta obvio, el abono de dichas mejoras presupone necesariamente la declaración administrativa de la situación administrativa de incapacidad temporal, lo cual revela que el objetivo principal del artículo 20.4 ET es servir como forma de control extralaboral de aquellos trabajadores que se encuentran en tal situación.

¹²²⁰ STS 15/06/2021 (Rec. núm. 57/2020).

¹²²¹ SALA FRANCO, T. y TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: 'XII. El derecho a la intimidad... cit. p. 401 o GALA DURÁN, C.: 'Articulación formal... cit., p. 33.

lugar, que ha de informarse al trabajador del resultado de las pruebas que se hayan realizado en el reconocimiento. En segundo lugar, la información recabada está sujeta a un alto grado de confidencialidad, para evitar que sea usada con fines discriminatorios, por lo que su conocimiento está reservado al personal médico. Por tanto, solo se comunican al empresario las conclusiones alcanzadas en el reconocimiento del artículo 20.4 ET sobre la capacidad laboral del trabajador. Es decir, solo se le informará de si, a la luz de las pruebas realizadas y las impresiones del personal médico, este está o no en condiciones de trabajar. Las conclusiones se configuran a partir de la información clínica, pero sin incorporarla ni hacer ningún tipo de referencia al problema de salud del trabajador¹²²² porque, como ya se ha comentado, el Tribunal Constitucional¹²²³ estableció expresamente que las facultades de control empresarial del absentismo no legitiman en ningún caso el acceso empresarial a los datos médicos de los trabajadores.

Una vez practicado el reconocimiento, si el médico considera que la dolencia alegada por el trabajador para justificar su ausencia no solo es verdadera, sino también laboralmente incapacitante, este continuará el proceso de recuperación de su salud con normalidad. El caso contrario, que es el que resulta problemático, abre varios escenarios. En cuanto a la posibilidad de imponer una sanción disciplinara al trabajador que, a juicio del facultativo médico, se encuentra indebidamente en situación de incapacidad temporal, una primera opción sería considerar que el dictamen médico negativo puede desvestir la ausencia de su carácter justificado, permitiendo al empresario exigir al trabajador su reincorporación y proceder, si dicho requerimiento es desatendido, a su despido por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo (art. 54.2.a ET). Pero esta idea no parece adecuada, por cuanto, tal y como se indica en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 12 de mayo de 1994¹²²⁴, el empresario no puede influir en la situación de alta o baja del trabajador. Es decir, por mucho que el facultativo médico de confianza del empresario considere que el trabajador se encuentra en perfectas condiciones, mientras no sea declarada el alta, el contrato continúa suspendido¹²²⁵.

Algo similar sucede con el planteamiento de una sanción por transgresión de la buena fe contractual, si el facultativo escogido por el empresario considera que la enfermedad es simulada¹²²⁶. El Tribunal Supremo dejó la puerta abierta a esta

¹²²² Conforme al Informe 0240/2009 de 1 de enero 2009 de la AEPD, la comunicación de las conclusiones al empresario representa una excepción a la regla general de confidencialidad de toda la información relativa a la salud del trabajador, que como tal excepción debe interpretarse restrictivamente, sin que pueda incluir en ningún caso ningún dato clínico del trabajador. Similarmente, Vid., GALA DURÁN, C.: 'Articulación formal... cit., p. 34.

¹²²³ STC 8/11/1999 (Rec. núm. 4138/96).

¹²²⁴ Rec. núm. 482/1992.

¹²²⁵ Similarmente, Vid. SALA FRANCO, T.: La incapacidad temporal... cit., p. 95 o FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A.: Las facultades empresariales... cit., p. 169.

¹²²⁶ MONTOYA MELGAR, A.: 'Libertad de empresa... cit., p. 178.

posibilidad en su sentencia de 25 de enero de 2018¹²²⁷ que indica como *obiter dicta* que “Es cierto que esa verificación del estado de salud del trabajador puede desplegar no solo eventuales consecuencias disciplinarias, sino también económicas”. Como quiera, sin embargo, que el trabajador está oficialmente declarado en incapacidad temporal, lo que pondrá de manifiesto, en su caso, el resultado del reconocimiento del artículo 20.4 ET será, a lo sumo, una discrepancia entre criterios médicos. Este hecho sitúa al empresario que deba defender procesalmente la procedencia de un despido por simulación de enfermedad en una posición especialmente difícil, porque es previsible que los jueces otorguen mayor credibilidad al criterio de los facultativos del sistema público de salud, que al profesional escogido libremente y remunerado por el empresario¹²²⁸. La decisión de despedir al trabajador en estas circunstancias, contando únicamente con un informe médico privado negativo, puede ser, por tanto, ciertamente arriesgada¹²²⁹. Esta es, posiblemente, la razón por la que no existen hasta el momento sentencias que se pronuncien sobre este tipo de despidos¹²³⁰.

El cauce normativo natural para dar salida a la información que puedan tener las empresas sobre un uso indebido de la incapacidad temporal ha venido siendo, desde siempre, la denuncia ante la Inspección de Servicios Sanitarios. La Orden de 21 de noviembre de 1959, por la que se aprobaba el Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa, les otorgaba en su artículo 78 la facultad de “proponer a la Inspección de Servicios Sanitarios del Seguro Obligatorio de Enfermedad las altas y bajas de enfermos pertenecientes a su empresa cuando las circunstancias así lo aconsejaran”. Actualmente, el mismo mecanismo de colaboración de la empresa con los órganos de la Seguridad Social en la declaración de altas se prevé en la vigente Orden de 21 de marzo de 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas¹²³¹. Asimismo, varios de los reglamentos

¹²²⁷ Rec. núm. 249/2016.

¹²²⁸ A este respecto, indica GOÑI SEIN, J. L.: El respeto... cit., p. 254 que “al no ofrecer ninguna garantía de objetividad o neutralidad el informe médico privado, el empresario se encuentra a priori, en desventaja en cuanto a la atendibilidad de su juicio.”

¹²²⁹ Similarmente, respecto del sistema italiano, Vid., TATARELLI, M.: I Poteri del datore di lavoro... cit., p. 132.

¹²³⁰ Además, parece difícil que del dictamen negativo del médico elegido por el empresario pueda inferirse *a priori* la culpabilidad que debe estar presente como elemento subjetivo en cualquier conducta disciplinariamente sancionable. Recuérdese, en este sentido, que la incapacidad temporal es, en determinados casos, un concepto de difícil aplicación técnica, porque implica la intervención de un grado considerable de discrecionalidad. Por ello, el hecho de que el facultativo médico escogido por el empresario tenga una opinión distinta sobre la capacidad laboral del trabajador no es, por sí mismo, un factor que pueda ser indicativo de la existencia de un fraude. Otra cosa sería, en cambio, que se diera un caso en el que pudiera demostrarse objetivamente la inexistencia de cualquier problema de salud de forma tan palmaria que evidenciara a todas luces una conducta fraudulenta o que el dictamen negativo viniera acompañado de circunstancias fácticas cuya puesta en relación con el mismo evidenciara la clara concurrencia de una actitud desleal.

¹²³¹ Concretamente el art. 1 establece que “La Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, de oficio o en virtud de la información recibida de las empresas o de los Servicios Médicos de las mismas, podrá decretar, previas las actuaciones que se estime procedentes, el alta médica de los trabajadores que

autonómicos que regulan la Inspección de Servicios Sanitarios reconocen su competencia en materia de control de la prestación de incapacidad temporal tanto por iniciativa propia, como a raíz de una denuncia particular¹²³².

No obstante, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de enero de 2018,¹²³³ parece negar que el recurso a la Inspección sea una vía adecuada para dar respuesta a la detección de una posible irregularidad a través del mecanismo del artículo 20.4 ET. Se afirma en dicha resolución que la intervención de la Inspección Médica de Seguridad Social *“no tendría ningún sentido en el ámbito de ejercicio de la potestad empresarial del artículo 20.4 ET, que se enmarca dentro de las facultades de control y dirección de la actividad de la empresa que corresponden al empleador, y que actúan al margen del derecho a la percepción de prestaciones de seguridad social”*¹²³⁴. En mi opinión, esta afirmación, realizada como *obiter dicta*, puede considerarse acertada si se interpreta en el sentido de que el mecanismo del artículo 20.4 ET no prevé la necesaria intervención de los órganos de fiscalización de la Seguridad Social. Ahora bien, ello no quiere decir que el recurso a dichos órganos no sea una vía adecuada para encauzar la situación si la conclusión a la que se ha llegado tras el reconocimiento es que la capacidad laboral del trabajador es suficiente para reincorporarse.

Atendiendo al actual artículo 170.1 LGSS, por otra parte, durante el primer año de incapacidad temporal cabría optar por presentar la denuncia ante la Inspección Médica del INSS, que comparte las competencias de la Inspección de Servicios Sanitarios. Es más, con posterioridad a dicho periodo de tiempo, cualquier manifestación de la empresa tendente a la declaración del alta médica debería dirigirse forzosamente al INSS como depositario exclusivo de la competencia para emitir tal acto administrativo. A diferencia de lo que ocurre con respecto a la Inspección de Servicios Sanitarios, no se ha previsto expresamente la posibilidad de denunciar ante la Inspección Médica del INSS, pero esta posibilidad queda igualmente cubierta por la aplicación supletoria del

se encontraran en situaciones de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común o accidente no laboral”.

¹²³² Por ejemplo, ver en el Decreto 66/2009 de por el que se aprueba el Reglamento de Inspección de Servicios Sanitarios de Illes Balears art. 14.e), apartado primero con respecto a la competencia y el art. 15 respecto a las modalidades de actuación. Las mismas cuestiones se regulan en los arts. 7.a) y 29 del Decreto 56/2006, de 28 abril por el que se aprueba el Reglamento de Inspección de Servicios Sanitarios de Comunidad Valencia y en los arts. 9 y 12.e) Decreto 53/2014, de 16 abril por el que se ordena la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de Galicia. Este último, además, ha sido desarrollado por la Instrucción de 1 de abril de 2019 de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad de Galicia, en cuya orden decimosegunda se dispone que los requerimientos efectuados por las empresas sobre la adecuación de las situaciones de las bajas médicas de los trabajadores serán respondidos con la mayor diligencia posible.

¹²³³ Rec. núm. 249/2016.

¹²³⁴ Recuérdesse que uno de los puntos que se debatían en dicho proceso era si un inciso de un artículo contenido en el convenio colectivo que se refería a la posibilidad de que las mutuas reconocieran a los trabajadores en situación de incapacidad temporal y la eventual intervención de la Inspección Sanitaria, condicionaba la aplicación del art. 20.4 ET. En este contexto, el fragmento reproducido forma parte de un argumento utilizado para negar cualquier conexión entre el contenido del convenio y el art. 20.4 ET.

artículo 58 de la LPACAP¹²³⁵, en el que se establece que los procedimientos administrativos se inician por el órgano competente, entre otras causas, por una denuncia.

También se ha propuesto¹²³⁶, y técnicamente sería posible, acudir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que comprobara la existencia de una situación de enfermedad o accidente como presupuesto de hecho habilitante para la percepción de la prestación económica por incapacidad temporal. La Inspección de Trabajo carece de competencias en lo que se refiere a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, pero sí las ostenta respecto de las prestaciones económicas (art. 2 del Real Decreto 138/2000, de 4 febrero por el que se aprueba Reglamento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) y dispone también de capacidad jurídica para sancionar a los trabajadores cuya actuación se encamina a la obtención fraudulenta de las prestaciones de la Seguridad Social (art. 26 LISOS). Aun así, parece evidente que los órganos adecuados para resolver las discrepancias valorativas que se pusieran de manifiesto a raíz del artículo 20.4 ET son las inspecciones médicas, cuyo personal cuenta con el conocimiento técnico-sanitario necesario, capacidad para declarar directamente el alta médica y mejor acceso a la información sanitaria del trabajador.

Como forma de reacción complementaria al recurso a la Inspección, puede resultar eficaz la suspensión del pago de la mejora voluntaria a la prestación por incapacidad temporal, no sólo en el caso de que el trabajador se niegue a someterse al reconocimiento médico, sino también cuando su resultado sea negativo. Con todo, dada la literalidad legal, la suspensión de esta mejora debería pactarse expresamente en convenio colectivo, por cuanto no la prevé el Estatuto, ni lo permitiría, en defecto de acuerdo expreso, el texto del segundo párrafo del artículo 239 LGSS. Este último precepto establece que, una vez implantada la mejora, el derecho del trabajador a percibirla solo podrá ser anulado o disminuido de acuerdo con las reglas que regulen su reconocimiento. Por tanto, *a contrario sensu*, el citado artículo reconoce que las partes pueden acordar las causas que estimen oportunas de suspensión de la mejora, entre las que se encuentre un dictamen negativo del médico de la empresa sobre la incapacidad temporal¹²³⁷. En ese caso, es aconsejable prever también alguna garantía que favorezca la objetividad del reconocimiento¹²³⁸. Por ejemplo, podría obligarse a la empresa a pagar al trabajador los derechos económicos que dejó de percibir a raíz de la opinión negativa del personal médico privado, si finalmente la Inspección Médica rechaza su criterio.

¹²³⁵ “Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.”

¹²³⁶ Vid., al respecto, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: ‘El control de la incapacidad... cit., p. 140.

¹²³⁷ En contra, Vid., GALA DURÁN, C.: ‘Articulación formal... cit., p. 35, considerando inadmisibles las cláusulas de los convenios colectivos que prevén la pérdida automática del complemento en el caso de discrepancia sobre la existencia de la enfermedad o accidente por mor de que en el art. 20.4 ET únicamente prevé la suspensión ante la negativa del trabajador a someterse al reconocimiento.

¹²³⁸ SALA FRANCO, T.: La incapacidad temporal... cit., p. 97.

CAPÍTULO SEXTO:

LA COMPATIBILIDAD ENFERMEDAD/TRABAJO: LOS PLANES DE RETORNO AL TRABAJO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los planes de retorno al trabajo son una figura contemplada en diversos estados de nuestro entorno que puede definirse como un conjunto de recomendaciones técnicas que permiten adaptar las condiciones de trabajo para ajustarlas a las posibilidades de un trabajador que tiene afectada su capacidad laboral, por padecer una enfermedad o haber sufrido un accidente. Su aplicación permite que la reincorporación a la empresa del trabajador en incapacidad temporal a la empresa pueda producirse, en condiciones de seguridad, durante el tratamiento médico, sin tener que demorarla hasta su plena recuperación. Esta compatibilización de la convalecencia con la actividad laboral adaptada puede contribuir a la mejora de la salud del trabajador y facilitar la transición entre la ausencia laboral y el trabajo, previniendo, además, eventuales recaídas. También constituye una vía para la reducción del absentismo, ya que permite acortar la duración de las ausencias laborales, al sustituirlas por el trabajo adaptado, desde el momento en el que el trabajador empieza a recobrar cierta capacidad laboral.

Esta concepción internacional de los planes de retorno al trabajo entra en conflicto con pilares básicos de la configuración jurídica de la incapacidad temporal en España. En efecto, nuestro ordenamiento concibe la incapacidad temporal como un periodo de total inactividad laboral temporalmente acotado por los partes médicos de baja y de alta. Durante este intervalo, existe, en principio, incompatibilidad entre el estado del trabajador accidentado o enfermo y la prestación de trabajo retribuido. Si bien, a raíz de la reciente matización jurisprudencial referida a la (no) prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal, el planteamiento de estas páginas es indagar en la posibilidad de adaptar nuestro marco jurídico para dar una adecuada cabida a los planes de retorno al trabajo. Así, después de plantear una caracterización del concepto, distinguirlo de otros análogos que ya se recogen en nuestro ordenamiento e identificar los puntos de fricción que plantea con la regulación actual de la incapacidad temporal, se proponen algunas pautas para acometer una reforma legislativa de esta prestación.

Las políticas de desincentivación y control del absentismo se centran acertadamente en las ausencias de corta duración, que son las que presentan mayores probabilidades de resultar fraudulentas. En cambio, las ausencias de larga duración, que constituyen un foco de absentismo muy importante, no reciben actualmente un tratamiento que atienda a su naturaleza mayoritariamente legítima, más allá de la debida prestación de asistencia sanitaria al trabajador afectado. En este sentido, por enfocarse en problemas reales de salud, el marco objetivo de las medidas de retorno al trabajo conectaría con el de las políticas de prevención del absentismo consistentes en

mejorar de la salud de los trabajadores y la calidad de la vida laboral. De hecho, las medidas de retorno al trabajo se englobarían en el conjunto de actuaciones que en el ámbito médico-sanitario se denominan de prevención terciaria. Estas medidas se aplican cuando la enfermedad ya ha aparecido, por lo que su objetivo no es prevenir el riesgo de que el trabajador la padezca, sino prevenir su empeoramiento y, en la medida de lo posible, los perjuicios que le vaya a suponer en el desarrollo de su vida ordinaria¹²³⁹.

II. EL CARÁCTER RELATIVO DE LA IMPOSIBILIDAD DE TRABAJAR PROTEGIDA POR LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Entender la incapacidad temporal en términos absolutos implica considerar que la contingencia en cuestión se caracteriza por el impedimento total para el trabajo, es decir, una imposibilidad general para cualquier ocupación laboral¹²⁴⁰. De manera más matizada, entender la figura en términos relativos implica la necesidad de valorar el estado de salud del trabajador accidentado o enfermo en relación con un trabajo determinado y con las condiciones laborales en las que se lleva a cabo. El artículo 169.1.a LGSS, en línea con la primera alternativa, recoge sin matices la necesidad de que haya un trabajador que esté “*impedido para el trabajo*”¹²⁴¹. Sin embargo, el artículo 174.1 LGSS, cuya redacción tiene un origen normativo posterior¹²⁴², establece que una de las causas de extinción del derecho al subsidio es la curación o mejoría que permita al trabajador realizar su “*trabajo habitual*”. De hecho, tanto el artículo 2.2 del Real Decreto 625/2014 como su precedente (art. 1.1 Real Decreto 575/1997) confirman (también lo hace la *praxis* asistencial¹²⁴³) que la alternativa aplicable es la segunda cuando previenen

¹²³⁹ Como se indica en BAYO CALERO, J. et. al.: Manual de la Sociedad Española de Oncología Médica de prevención y diagnóstico precoz del cáncer, Madrid, 2017, p. 35, las actuaciones de prevención terciaria son aquellas actuaciones que procuran la recuperación, la rehabilitación física, psicológica y social y, por lo que aquí más interesa, mejorar la calidad de vida de las personas acelerando su reinserción familiar, social y laboral.

¹²⁴⁰ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.: Instituciones de Seguridad Social... cit., p. 249; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: ‘Las prestaciones por incapacidad...’ cit., p. 318; GARCÍA NINET, J. I.: ‘Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por incapacidad temporal, Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, núm. 61, (1996), p. 84 y RIVAS VALLEJO, P.: La suspensión... cit., pp. 124 a 126. Más recientemente, Vid., ROMERO RODENAS, M. J.: La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de la Seguridad Social, Albacete, 2019, p. 78, defendiendo la misma postura bajo el entendimiento de que la relativización de la incapacidad temporal es debida a su confusión con el concepto de discapacidad y a la ignorancia las diferencias materiales y sociales que separan ambos conceptos.

¹²⁴¹ Este sintagma se mantiene desde su introducción en el art. 126.a del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

¹²⁴² La referencia al trabajo habitual se introduce mediante la Disposición Final Cuarta, punto tres, que modificaba el artículo 131 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

¹²⁴³ Sin eficacia normativa formal, pero con toda la importancia práctica del derecho vivo aplicado en la realidad, los manuales oficiales dirigidos a los profesionales sanitarios de atención primaria TERRADILLAS GARCÍA, M^a. J. (Dir.): Guía de Valoración... cit., p. 52, o, anteriormente, ‘Incapacidad temporal: Manual

que el reconocimiento médico que precede la expedición del parte de baja debe permitir la determinación objetiva de la incapacidad temporal “*para el trabajo habitual*”, no para cualquier trabajo considerado en abstracto.

Esta concepción, relativa, de la incapacidad temporal del trabajador, mayoritaria entre la doctrina actual¹²⁴⁴, comporta la necesidad de estudiar el estado de salud del trabajador poniéndolo en relación con las exigencias cuantitativas -capacidad de trabajar durante toda la jornada- y cualitativas - capacidad de atender a las principales tareas que forman parte de la prestación laboral- de su puesto de trabajo particular¹²⁴⁵. Como sucede con la incapacidad permanente, podría decirse que no es necesario que la incapacidad temporal sea “*absoluta*”, sino que es suficiente con que sea “*total*”¹²⁴⁶.

Lo anterior trae como consecuencia que la situación de incapacidad temporal puede ser reconocida tanto a personas que han perdido temporalmente toda su capacidad productiva como a personas que, sin poder seguir en su puesto de trabajo a causa de su enfermedad, han visto afectada su salud solo de forma parcial, por lo que podrían emplearse en otras ocupaciones. En este sentido, el Tribunal Supremo estableció en su importante Sentencia de 19 de febrero de 2002¹²⁴⁷, sobre la que se volverá, que ante el “*ejercicio de dos actividades completamente diferentes –una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria–, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro*”.

para el manejo en atención primaria’, editado en 2008 por la Sociedad Madrileña de Medicina de Familia y Comunitaria, p. 72, definen la incapacidad temporal como aquella situación en la que se encuentra cualquier trabajador que por enfermedad o accidente está impedido “*para el desempeño de las tareas fundamentales de su puesto de trabajo*” refiriéndose particularmente a aquel que está realizando en el momento inmediatamente anterior al acaecimiento de la contingencia.

¹²⁴⁴ Vid., TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: ‘El control de la incapacidad... cit., p. 114; BARBA MORA, A.: Incapacidad temporal... cit., p. 22; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad... cit., p. 25; SALA FRANCO, T.: La incapacidad... cit., p. 29; FERNÁNDEZ PRATS, C.: La protección... cit., p. 53; GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social, Albacete, 2005, p. 15; LÓPEZ INSÚA, B.: La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social, Granada, 2013, p. 343, DUEÑAS HERRERO, L. J.: ‘Contingencia y prestación de incapacidad temporal’, en AA.VV.: Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico, Coord. BLANCO MARTÍN, J. M., Valladolid, 2002, p. 60; RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 105; NIETO ROJAS, P.: ‘La incompatibilidad entre el trabajo y la incapacidad temporal. Una necesaria relectura’, en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017, p. 252; JOVER RAMÍREZ, C.: ‘Incapacidad temporal... cit., p. 46 y PÉREZ ALONSO, M. A.: Los complementos... cit., p. 13.

¹²⁴⁵ STSJ Galicia 4/06/2009 (Rec. núm. 1267/2009).

¹²⁴⁶ Recuérdese que según la DA 26 LGSS la incapacidad permanente total para la profesión habitual es “*la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta*” y la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo es “*la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio*”.

¹²⁴⁷ Rec. núm. 2127/2001.

La posibilidad de que el estado psicofísico de un empleado comporte el reconocimiento de su incapacidad temporal para una determinada ocupación, pero, a la vez, siga permitiéndole dedicarse a una actividad asalariada distinta abre un problema jurídico complejo. El problema consiste en esclarecer si cabría hacer uso de dicha capacidad laboral residual en una empresa distinta o, incluso, en la propia empresa en la que se cursa la baja laboral. Al análisis de esta cuestión se dedican los siguientes subapartados, advirtiéndose que se está hablando en todo momento de la realización de un trabajo de características diferentes al que se encuentra suspendido, que implica la ejecución de otras habilidades. En este sentido, la dedicación a una actividad análoga por cuenta propia o ajena evidenciaría un supuesto fraudulento de simulación de enfermedad¹²⁴⁸.

1. La compatibilidad de la incapacidad temporal con el trabajo en casos de pluriempleo o pluriactividad

En el plano de la Seguridad Social, la incompatibilidad de las prestaciones con el trabajo no está definida con carácter general, sino que hay que atender a la regulación concreta de cada una de ellas¹²⁴⁹. En el caso de la incapacidad temporal, ningún artículo establece la prohibición de trabajar durante su percepción. Si bien, dicha interdicción se ha deducido del texto del artículo 175.1.b LGSS, el cual dispone que el trabajo por cuenta propia o ajena es causa de pérdida o suspensión del derecho al subsidio por incapacidad temporal. Se afirma que trabajar durante la incapacidad temporal puede considerarse una prueba de que no existe impedimento laboral¹²⁵⁰ y de que el trabajador debe ser dado de alta¹²⁵¹, así como una evidencia de que no se encuentra en una situación de necesidad que justifique la percepción de una prestación pública sustitutiva del salario. Conforme a esta interpretación, además, la infracción de la norma no solo tendría consecuencias prestacionales, sino que debería dar también lugar a una sanción administrativa en aplicación del artículo 25.1 LISOS, que tipifica la realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de una prestación incompatible con el mismo por disposición legal o reglamentaria¹²⁵².

Pese a su literalidad, el artículo 175.1.b LGSS ha sido sometido a una exégesis cada vez más dulcificada por los operadores jurídicos. En este sentido, desde un sector de la

¹²⁴⁸ La única excepción que podría admitirse sería la de aquel trabajador cuya incapacidad laboral no lo es respecto de su puesto de trabajo sino del entorno social concreto que lo envuelve. Así, por ejemplo, cabría pensar que una persona con un trastorno de ansiedad provocado por el acoso de algún compañero de trabajo, podría, dependiendo del caso, dedicarse a la misma ocupación en un entorno distinto. En contra de esta posición, Vid., STSJ Madrid 19/11/2008 (Rec. núm. 4585/2008).

¹²⁴⁹ ROMERO RODENAS, M. J.: La compatibilidad... p. 14.

¹²⁵⁰ DUEÑAS HERRERO, L. J.: 'Contingencia y prestación... cit., p. 60.

¹²⁵¹ GARCÍA NINET, J. I.: 'Causas de pérdida... cit., p. 84

¹²⁵² Se trata de una infracción grave que se sanciona con la pérdida de la prestación durante un periodo de tres meses (art. 47.1.b LISOS), una sanción cuya viabilidad o adecuación ha sido cuestionada por autores como ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad... cit., p. 248 y ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites... cit., p. 97.

doctrina jurídica¹²⁵³, y también desde el ámbito de la medicina del trabajo¹²⁵⁴, se propone una interpretación teleológica, que permita la dedicación del trabajador a actividades distintas de las desarrolladas en el momento anterior a la baja y para las que su estado de salud no represente un obstáculo. Según esta interpretación, el fundamento de la prohibición de compatibilizar incapacidad y trabajo no es tanto asegurar que el trabajador se encuentre en una situación de necesidad, como evitar que su recuperación pueda verse perjudicada, por lo que solo las actividades médicamente contraindicadas deberían ser causa de suspensión del subsidio. Sin embargo, esta interpretación no acaba de encajar con la redacción del artículo 175 LGSS, porque para censurar las actividades que retrasan la curación del trabajador hubiera sido suficiente con la segunda cláusula del mismo precepto (que reprocha el abandono del tratamiento médico indicado, en el que cabe entender incluido el reposo) y, aun así, el legislador se preocupó de castigar específicamente el trabajo durante la incapacidad temporal.

Respecto de la jurisprudencia, aunque hay sentencias de suplicación sujetas a la interpretación puramente gramatical del artículo 175.1.b LGSS¹²⁵⁵, la tendencia aperturista gana fuerza a partir de la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2002¹²⁵⁶, en la que se consideró que un trabajador agrario adscrito al RETA (que había sido dado de baja por una hernia discal) podía percibir la prestación por incapacidad temporal que le correspondía por la suspensión de tal ocupación, sin tener que interrumpir su actividad laboral como auxiliar administrativo, por la cual estaba dado de alta en el RGSS. Tal decisión descansaba básicamente en tres argumentos: (i) la relatividad de la incapacidad temporal, que debe valorarse en relación con cada trabajo concreto, (ii) en supuestos de pluriactividad debe permitirse compatibilizar situaciones diferentes en los distintos regímenes de la Seguridad Social, porque de lo contrario carecería de sentido su separación y (iii) si un trabajador se dedica a distintas actividades y se ve obligado a suspender la realización de una de ellas, no por ello debe evitar la dedicación a las demás, mientras su condición se lo permita. A este último respecto añade el Tribunal una precisión muy relevante, orientada a la necesidad de contención del absentismo, al afirmar que *“aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para, igualmente, «provocar la baja» en otra actividad que le permite su capacidad residual”*.

También se alude, como motivo adicional, a la línea argumental trazada últimamente por el propio Tribunal Supremo en relación con la incapacidad

¹²⁵³ SALA FRANCO, T.: *La incapacidad...* cit., p. 63; BARBA MORA, A.: *Incapacidad temporal...* cit., p. 63; ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad...* cit., p. 246.

¹²⁵⁴ LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A. y VICENTE PARDO, J. M.: *Necesidad de políticas...* cit., p. 397.

¹²⁵⁵ STSJ Valencia 31/05/2005 (Rec. núm. 1479/2005) y STSJ Galicia 17/03/2009 (Rec. núm. 2639/2006).

¹²⁵⁶ Rec. núm. 2127/2001.

permanente, que tiende a favorecer el trabajo, en detrimento de forzar la inactividad de personas en edad laboral, incluso aunque estén percibiendo del Estado una renta sustitutiva del salario. Al respecto, se afirma que sería absurdo admitir la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual y la realización de otros trabajos para los que la capacidad laboral no se ha visto afectada, al tiempo de negar la misma compatibilidad en el caso de la incapacidad temporal. De hecho, el Tribunal Supremo ha ido incluso más allá, y después de sostener una interpretación inicialmente restrictiva¹²⁵⁷, ha llegado a reconocer la compatibilidad del trabajo con la percepción de la prestación de incapacidad permanente absoluta, que se define precisamente por inhabilitar por completo al trabajador para toda profesión u oficio (art. 137.6 LGSS). De tal configuración parecería derivarse que la incapacidad permanente absoluta solo concurre cuando el trabajador ha perdido toda capacidad laboral, pero lo desmiente el artículo 198.2 LGSS al indicar que la correspondiente pensión no impide el ejercicio de actividades lucrativas *“compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”*. Por ello, se permite que los perceptores del subsidio por incapacidad permanente absoluta realicen cualquier trabajo para el que cuenten con capacidad laboral suficiente¹²⁵⁸. Interesa aquí destacar, por lo demás, que esta postura se ha sostenido recientemente sobre el argumento principal de que lo contrario tendría un *“efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral”* de los trabajadores¹²⁵⁹.

La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2002¹²⁶⁰ es importante porque inicia una línea aperturista en relación con la posibilidad de compatibilizar la incapacidad temporal con el trabajo. La sentencia tiene que ser primeramente valorada a la luz del caso resuelto, referido a una situación de pluriactividad previa a la declaración de la incapacidad temporal¹²⁶¹. Es más, el Tribunal Supremo hace hincapié en que la situación enjuiciada *“no se refiere a un trabajador afiliado al régimen de Seguridad Social, que, encontrándose en la situación de incapacidad temporal protegida por este régimen, comienza un nuevo trabajo, que da lugar a una segunda afiliación”*. De hecho, la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2004¹²⁶², que se confirma esta doctrina, incide en que el interesado se halla *“obligatoriamente afiliado a dos regímenes de la Seguridad Social distintos”*. En tal caso, se resolvió que el mero hecho de figurar de alta en el RETA mientras se está de

¹²⁵⁷ Vid., la STS 20/12/1985 conforme a la que la compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta con el trabajo se refería únicamente a trabajos marginales e intrascendentes, que no eran objeto de contratación normal en el mercado de trabajo.

¹²⁵⁸ STS de 30/01/2008 (Rec. núm. 480/2007) y STS 14/07/2010, (Rec. núm. 3531/2009).

¹²⁵⁹ STS 20/03/2019 (Rec. núm. 2648/2017), relativa al supuesto de un cocinero autónomo al que se le concedió la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y que trece años después empezó a trabajar como programador informático.

¹²⁶⁰ Rec. núm. 2127/2001.

¹²⁶¹ MUÑOZ MOLINA, J.: *La Incapacidad temporal...* cit., p. 134.

¹²⁶² Rec. núm. 1508/2003.

baja laboral por enfermedad en el Régimen General no debía implicar tampoco la suspensión de la prestación. Y al hilo, por lo demás, de esta jurisprudencia, nuestra doctrina judicial reconoce que es posible compatibilizar la prestación de incapacidad temporal con el trabajo en caso de pluriempleo anterior a la baja¹²⁶³ y en casos de pluriactividad sobrevenida¹²⁶⁴, en que el trabajador encuentra una nueva ocupación mientras está en incapacidad temporal¹²⁶⁵.

A la luz de esta jurisprudencia, creo que el artículo 175.1.b LGSS merecería ser repensado, porque su literalidad, en su sentido gramatical, se aleja de la interpretación que se extrae del mismo en la práctica jurídica actual. Específicamente, sería conveniente explicitar en la legislación que se permite el mantenimiento de situaciones de pluriactividad o pluriempleo, siempre que la ocupación en cuestión sea médicamente compatible con la patología sufrida por el trabajador¹²⁶⁶. Tal indicación ya se contiene, por ejemplo, en la regulación de la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia¹²⁶⁷. Incluso sería positivo que, si el trabajador realiza alguna actividad laboral durante la incapacidad temporal, esta circunstancia debiera contemplarse en los partes médicos, con la finalidad de poder controlar adecuadamente que no perjudica la recuperación.

En el plano contractual, la cuestión de si la realización de cualquier tipo de trabajo en otra empresa durante la incapacidad temporal representa, por sí misma, una transgresión del deber de buena fe ha sufrido una evolución semejante. Inicialmente, el Tribunal Supremo se refirió¹²⁶⁸ a esta circunstancia articulándola como una prohibición

¹²⁶³ STSJ País Vasco 28/10/2018 (Rec. núm. 1920/2003).

¹²⁶⁴ STSJ Asturias 11/07/2008 (Rec. núm. 105/2008) y STSJ Islas Baleares 16/02/2012 (Rec. núm. 756/2011). En la argumentación jurídica de esta última se va más allá, indicando que *“Lo importante es hasta qué punto las carencias o impedimentos físicos que determinan la imposibilidad temporal de trabajar realizando determinadas actividades, sea cuál sea el régimen de encuadramiento del trabajador, determinan o no asimismo la imposibilidad de realizar otras actividades distintas, en el mismo o en distinto régimen de encuadramiento y con independencia de que ello tenga lugar de forma simultánea - pluriactividad- o sucesiva”*. En contra, Vid., la STSJ Madrid 15/12/2014 (Rec. núm. 745/2014).

¹²⁶⁵ Con todo, esta última opción de aceptar el inicio de una nueva actividad laboral durante un proceso de incapacidad temporal genera cierto recelo por parte de la doctrina. Mostrándose a favor de permitir la compatibilidad entre incapacidad temporal y trabajo, solo en el caso de que la pluriactividad o pluriempleo sea anterior a la baja, Vid., FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección...* cit., p. 310; JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad...* cit., p. 381; LÓPEZ INSÚA, B.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 343; ROMERO RODENAS, M. J.: *La compatibilidad...* cit., p. 76 y NIETO ROJAS, P.: ‘La incompatibilidad... cit., p. 253. En cambio, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 109, no encuentra un motivo para defender una interpretación más rigurosa en el supuesto de una actividad iniciada con posterioridad a la incapacidad temporal.

¹²⁶⁶ En este mismo sentido, se pronuncian DESDENTADO BONETE, A.: ‘Mutuas de accidentes... p. 26 y TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: ‘El control de la incapacidad... cit., p. 101.

¹²⁶⁷ Respectivamente, art. 34.2 y art. 48 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

¹²⁶⁸ Por ejemplo, en la STS 31/05/1986 se establecía que la realización de cualquier tipo de trabajo, remunerado o no, durante la incapacidad temporal constituía una defraudación de los intereses del

material a la que debían sujetarse todos los trabajadores en situación de incapacidad temporal. También pueden encontrarse sentencias¹²⁶⁹ de la misma época en las que la conducta de un trabajador que trabaja durante su incapacidad temporal no se trata directamente como una deslealtad, sino como indicio de una simulación de enfermedad o de que se estaba produciendo una prolongación indebida de la baja. Pero, por una u otra vía, la regla general había sido tradicionalmente que el trabajo por cuenta propia o ajena en situación de incapacidad temporal era causa de despido procedente¹²⁷⁰.

Con el tiempo se va abriendo paso entre los Tribunales Superiores de Justicia una tendencia flexibilizadora¹²⁷¹, por la que se plantea la inversión de dicha regla general. Es decir, se opta por entender que no existe ningún impedimento para que una persona en situación de incapacidad temporal pueda desarrollar otra actividad laboral, excepto que dicho trabajo (i) aun sin ser idéntico al que permanece en suspenso, revele una capacidad real para llevar a cabo las funciones que le corresponderían o (ii) pueda poner en riesgo la recuperación de la salud. Por ejemplo, se considera¹²⁷² que un trabajador responsable de un taller mecánico que padece diversas roturas musculares y es declarado en incapacidad temporal, puede continuar desarrollando la actividad de edición de una revista mensual, porque su dolencia no afecta a esta última dedicación. Por lo tanto, se aboga por valorar jurídicamente la realización de trabajo remunerado durante la incapacidad temporal con los mismos criterios con los que se valora realización de cualquier otro tipo de actividad cotidiana o de ocio¹²⁷³, sin dotarlo teóricamente de una connotación necesariamente negativa.

En la actualidad, coexisten en el tiempo sentencias que se adhieren a la postura más tradicional y prohibitiva¹²⁷⁴ y otras que se fundamentan en esta tendencia más permisiva¹²⁷⁵. A mi modo de ver, esta última es la opción preferible, por ser la más coherente con la evolución que ha seguido la jurisprudencia en el ámbito de la Seguridad

empresario, independientemente de que se hubieran contrariado las prescripciones médicas. Similarmente, STS 3/12/1985, STS 11/10/1980 o STS 11/06/1985.

¹²⁶⁹ Vid., STS 4/10/1978, STS 28/06/1988, STS 07/05/1987.

¹²⁷⁰ Vid., GARCÍA NINET, J. I.: 'Causas de pérdida... cit., p. 84 y JOVER RAMÍREZ, C.: La incapacidad... cit., p. 218. Como indican GOERLICH PESET, J. y NORES TORRES, L.: 'El fraude a la incapacidad... cit., p. 9, las únicas excepciones permitidas tenían que ver con trabajos favorables para la recuperación del trabajador (asimilables de algún modo a terapias ocupacionales) o a tareas puntuales carentes de la gravedad suficiente como para ser castigadas con el despido.

¹²⁷¹ GOERLICH PESET, J. y NORES TORRES, L.: 'El fraude a la incapacidad... cit., p. 13.

¹²⁷² STSJ Cataluña 1/10/2004 (Rec. núm. 3689/2004).

¹²⁷³ Vid., al respecto, GOERLICH PESET, J. y NORES TORRES, L.: 'El fraude a la incapacidad... cit., pp. 16 y 17 y POQUET CATALÁ, R.: 'El deber de buena fe durante la incapacidad temporal', *Iuslabor*, núm. 1, (2018), p. 297.

¹²⁷⁴ STSJ Castilla y León (Burgos) 21/03/2018 (Rec. núm. 133/2018), STSJ Cataluña 9/03/2018 (Rec. núm. 6720/2017), STSJ Cataluña 6/09/2018 (Rec. núm. 3543/2018), STSJ Madrid 16/04/2018 (Rec. núm. 1394/2017), STSJ Cataluña 24/01/2020 (Rec. núm. 6313/2019).

¹²⁷⁵ STSJ Castilla y León (Valladolid) 7/05/2018 (Rec. núm. 312/2018), STSJ Castilla-La Mancha 21/09/2018 (Rec. núm. 625/2018), STSJ Galicia 7/02/2018 (Rec. núm. 4945/2017), STSJ Madrid 15/01/2018 (Rec. núm. 1001/2017) y STSJ Murcia 20/05/2018 (Rec. núm. 20/2018).

Social. Además, en el terreno contractual, la expectativa legítima de cualquier empresario respecto de un trabajador en situación de incapacidad temporal es que este procure recobrar su salud para reincorporarse lo antes posible, atendiendo al carácter intrínsecamente pasajero de la suspensión contractual. Por ende, si el empleado se dedica a una actividad que en nada afecta a su recuperación, ni supone el alargamiento de la baja, difícilmente podría decirse que está defraudando dicha expectativa y transgrediendo la buena fe¹²⁷⁶. No parece coherente pretender que durante el periodo de incapacidad temporal se suspenda la libertad de todo trabajador para pluriemplearse derivada de los artículos 35.1 CE y 4.1.a ET, algo que niegan los propios tribunales¹²⁷⁷.

2. La compatibilidad de la incapacidad temporal con el trabajo en la propia empresa

El trabajo en la propia empresa por el que se reconoce la baja médica, se considera totalmente incompatible con la incapacidad temporal. El Tribunal Supremo entiende que comete un fraude quien está percibiendo una prestación derivada de su incapacidad para trabajar y se halla, sin embargo, trabajando en la misma ocupación¹²⁷⁸. En este sentido, la indicación contenida en el artículo 5.1 del Real Decreto 625/2014 sobre que el trabajador ha de reincorporarse después del alta, puede interpretarse, además de como la especificación de una obligación laboral, como un límite temporal que impide el trabajo en la empresa con anterioridad a dicho acto administrativo. No sería posible, bajo el régimen legal actual, ningún tipo de incorporación laboral del trabajador a la empresa, ni aunque esta tuviera la posibilidad de ofrecerle trabajo en circunstancias que no perjudicaran su convalecencia y el trabajador accediera voluntariamente.

Como el principal efecto de la suspensión contractual es la interrupción de la prestación laboral, el único trabajo que legalmente puede desarrollar el trabajador es alguna colaboración marginal en tareas en las que su intervención personal resulte indispensable, mientras lo permita su estado. Dichas intervenciones excepcionales son encuadrables en el deber de buena fe contractual del artículo 5.a ET y se limitarían, por ejemplo, a la asistencia a alguna reunión importante o a la respuesta a una posible consulta sobre una cuestión de la que el trabajador en cuestión tenga mejor conocimiento que sus compañeros. La figura de la suspensión contractual tampoco es modulable a voluntad, en el sentido de permitir, por ejemplo, que el trabajador pueda prestar servicios a tiempo parcial, si su enfermedad se lo permitiera, o que vaya reincorporándose progresivamente conforme vaya recuperándose. Se trata de un efecto que se produce y revoca automáticamente con la comunicación de la baja y el

¹²⁷⁶ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 105.

¹²⁷⁷ A este respecto, la STSJ Madrid 9/06/2011 (Rec. núm. 391/2011) condena al empresario al pago de la cantidad pactada en concepto de compensación del pacto de no concurrencia postcontractual durante un periodo de incapacidad temporal, porque se considera que la obligación de *non facere* que asume el trabajador no es, a diferencia de la obligación de pagar el salario, susceptible de interrupción.

¹²⁷⁸ STS 7/04/2004 (Rec. núm. 1508/2003).

alta laboral, por lo que se plantea en términos binarios que no admiten soluciones intermedias¹²⁷⁹.

Más allá de estas posibles colaboraciones puntuales, la interacción entre trabajador y empresa durante la incapacidad temporal se limita a la entrega y recepción de los partes médicos. De esta desconexión laboral se desprenden algunos graves perjuicios que el absentismo tiene para el trabajador, como son, por ejemplo, el debilitamiento de lazos personales o su obsolescencia profesional, que puede ser un obstáculo para su reincorporación y posterior promoción en el empleo¹²⁸⁰. Con todo, no existe la posibilidad de intentar paliar tales desventajas a través del mantenimiento de algún tipo de participación en la actividad laboral. Trabajador y empresario no tienen más remedio que esperar a la recuperación del primero, sin que esté en sus manos, *a priori*, la búsqueda de ninguna solución alternativa a la incapacidad temporal. La única posibilidad disponible es la activación de los mecanismos de control de los artículos 20.3 y 20.4 ET, cuya finalidad se limita a verificar la legitimidad de la ausencia y no tiende al planteamiento proactivo de otras opciones que permitan evitarla.

Según el análisis realizado, el trabajador puede aceptar y desarrollar trabajos compatibles con su enfermedad en otras compañías, pero no en la misma en la que presta los servicios para los que se encuentra incapacitado. Esta situación no parece razonable. Si se permite que en casos de pluriempleo o pluriactividad la capacidad residual de los trabajadores pueda mantenerse al servicio de otras empresas o del autoempleo, cuando no perjudica la curación, lo más sensato sería abrir esta posibilidad respecto de la misma organización que ha visto suspendida la actividad del trabajador¹²⁸¹. Lo ponía de manifiesto el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 1990 donde señaló que *“De resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, este debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir”*.

III. LA NECESARIA RECONFIGURACIÓN DEL RIESGO CUBIERTO POR LA INCAPACIDAD TEMPORAL

El modelo tradicional que concibe la incapacidad temporal como una incapacidad absoluta para todo trabajo se fundamenta en la ficción de que la salud es una variable binaria¹²⁸². Es decir, la salud se tiene o no se tiene y, en el segundo caso, la enfermedad o el accidente determinan para el trabajador la imposibilidad de desarrollar cualquier

¹²⁷⁹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 185.

¹²⁸⁰ MERCADER UGUINA, J. R. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: ‘Introducción’, en AA.VV., *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo*, Dir. MERCADER UGUINA, J. R. y ARAGÓN GÓMEZ, C., Valladolid, 2013, p. 13.

¹²⁸¹ Vid., en este mismo sentido, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad... cit.’, p. 33.

¹²⁸² Ibid., p. 33.

tipo de actividad laboral. Dicho modelo tiende, de forma casi automática, a la equiparación de cualquier déficit relevante de salud a la incapacidad laboral, porque se pone en relación con un contexto laboral que, en tanto que general y abstracto, es inalterable. Además, como la incapacidad temporal se concibe como una situación de absoluta imposibilidad para todo trabajo, se afirma que la finalidad del subsidio es cubrir la situación de necesidad generada cuando el trabajador pierde todos sus ingresos salariales¹²⁸³. Es decir, la situación de necesidad que cubre la prestación es, de forma muy clara, la pérdida patrimonial asociada a la pérdida de toda capacidad productiva, que se presume por la mera actualización de la contingencia¹²⁸⁴.

Sin embargo, la realidad es que la salud es un continuo que admite multiplicidad de matices y es susceptible de ser medida desde perspectivas muy diversas. Por ello, cuando la afectación de la salud se valora en relación con un puesto de trabajo determinado, la incapacidad laboral se relativiza. Lo reconoce, de hecho, el propio ordenamiento jurídico, al permitir su graduación, aunque sea solo en el caso de la prestación por incapacidad permanente¹²⁸⁵. Es más, asumir tal relatividad permite reparar en que las funciones y condiciones laborales concretas pueden alterarse con la intención específica de sortear su interferencia con el estado de salud del trabajador en un momento determinado, evitando así que se produzca la incapacidad. Igualmente, ello permite plantear que, como ocurre en el ámbito de la incapacidad permanente total, la incapacidad temporal para desarrollar un puesto de trabajo determinado no implica la imposibilidad de que el interesado pueda ganarse el sustento de otra forma o que pierda toda capacidad de ganancia. En tal caso, la aparición de una enfermedad o accidente no genera directamente una situación de necesidad económica concreta.

1. Diferenciación entre la pérdida relativa de capacidad laboral y la imposibilidad de generar ingresos laborales

Bajo la concepción más conservadora de la incapacidad temporal, un mecánico con una afectación lumbar de larga duración no podría trabajar en modo alguno y, por tanto, su carencia de ingresos lo haría merecedor de un subsidio. Sin embargo, le sería físicamente posible, por ejemplo, seguir trabajando en un concesionario atendiendo a los clientes interesados en la compra de coches. Incluso, aunque se afirme en la práctica judicial¹²⁸⁶ que la actividad comercial comprometería la evolución favorable de su proceso curativo, esta afirmación ha sido desmentida, en términos generales, por la ciencia médica¹²⁸⁷. Ello pone de relieve que un trabajador efectivamente impedido para

¹²⁸³ Vid., entre otros, TORTUERO PLAZA, J. L.: 'La incapacidad laboral temporal... cit., p. 34.

¹²⁸⁴ MERCADER UGUINA, J. R. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'Introducción... cit., p. 6.

¹²⁸⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 105 o NIETO ROJAS, P.: 'La incompatibilidad... cit., p. 254.

¹²⁸⁶ El ejemplo se basa en el supuesto de hecho STSJ Islas Baleares 13/06/2000 (Rec. núm. 275/2000) en la que se aplicaba la idea tradicional de que las afectaciones musculoesqueléticas requieren de reposo total para su curación. Esto ha sido desmentido por estudios médicos diversos, como, por ejemplo,

¹²⁸⁷ Vid., por ejemplo, 'Incapacidad temporal: Manual para el manejo en atención primaria', editado en 2008 por la Sociedad Madrileña de Medicina de Familia y Comunitaria, p. 61, indicando que la inactividad

desarrollar su trabajo habitual no lo está necesariamente para realizar otro tipo de actividades laborales. Cabría, por tanto, afirmar (i) que la presunción de fraude que se imputa *ex lege* a quien realiza un trabajo durante la incapacidad temporal puede carecer de justificación en determinados casos; y (ii) que la imposibilidad de obtener ingresos laborales que la legislación atribuye al trabajador que está de baja no termina de ser acorde con la concepción relativa actualmente imperante de la incapacidad temporal.

Para tener una idea de la magnitud cuantitativa de las incapacidades que lo son solo para el desempeño de un trabajo concreto, pero no para otro tipo de actividad laboral, cabe señalar que diversos estudios realizados en Reino Unido sitúan entre el 25 y el 32 % el número de trabajadores enfermos o accidentados en incapacidad temporal que, según facultativos con conocimientos en medicina del trabajo, podrían trabajar con adaptaciones adecuadas de su puesto o sus condiciones de trabajo¹²⁸⁸. También resulta interesante destacar que, en España, al preguntar a trabajadores en incapacidad temporal sobre la autopercepción de su propio proceso, un 45 % afirmaron que su capacidad para trabajar era “*muy o extremadamente reducida*”, pero no deja de llamar la atención que un 33 % apreciara que dicha capacidad solo se había visto “*moderadamente reducida*” y un 14 % que su capacidad para trabajar estaba “*nada o poco reducida*”¹²⁸⁹. Estos datos también sugieren que algunos trabajadores de nuestro país, estando de baja para su actividad habitual, podrían verse capacitados para ocuparse en alguna otra tarea que no les fuera perjudicial.

Si la incapacidad temporal no tiene por qué representar la completa pérdida de toda capacidad laboral, entonces la situación de necesidad que fundamenta el subsidio podría replantearse, fundamentándola exclusivamente en la falta de capacidad real de obtener rentas mediante el trabajo¹²⁹⁰. Aplicar la concepción conservadora de la incapacidad temporal implica subsidiar determinadas situaciones de necesidad que podrían no ser tales si se plantearan medidas alternativas a la concesión de la baja por incapacidad temporal, que permitieran reconducir las facultades laborales que retiene el trabajador¹²⁹¹. Es decir, la afectación relativa de la capacidad laboral no debería asociarse, sin más, a una pérdida patrimonial efectiva total. Lo que se quiere evidenciar, en definitiva, es que muchos trabajadores que sufren una alteración moderada de su capacidad laboral siguen ostentando fuerza de trabajo parcial, con potencial productivo. Si bien, la actual configuración legal de la incapacidad temporal, como solución dada por

complica la evolución de enfermedades de este tipo y de otras muy diferentes, como las hepatitis víricas o la recuperación tras una punción lumbar.

¹²⁸⁸ DORRINGTON, S.; ROBERTS, E.; MYKLETUN, A.; HATCH, S.; MADAN, I. y HOTOPF, M.: ‘Systematic review of fit note use for workers in the UK’, *Occupational Environmental Medicine*, núm. 75, (2018), p. 553.

¹²⁸⁹ Los resultados ofrecidos por SAMPERE VALERO, M.: *Reincorporación al trabajo...* cit., p. 41 se obtienen de una muestra de trabajadores en incapacidad temporal derivada de contingencias comunes de duración superior a 15 días.

¹²⁹⁰ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad...’ cit., p. 27.

¹²⁹¹ Vid., en el mismo sentido, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 163.

defecto a las vicisitudes que afectan a la salud de los trabajadores, hace que dicho potencial quede inoperativo.

Nuestra legislación contiene algunos problemas mal resueltos que ponen bien de manifiesto que el recurso a la incapacidad temporal en determinadas situaciones puede no constituir una medida técnicamente adecuada, incluso desde el plano asistencial. Así, en primer lugar, la incapacidad temporal por periodo de observación de enfermedad profesional (art. 169.1.b LGSS) no tendría por qué implicar la imposibilidad de desarrollar otras actividades sin exposición a los mismos agentes de riesgo¹²⁹². Tal vez resultaría más coherente con el sistema preventivo de riesgos laborales admitir que, durante dicho periodo, el trabajador se dedicara a una actividad distinta y adecuada a su condición. La solución podría ser la misma que cuando la enfermedad profesional ya se ha detectado, en cuyo caso la ley incentiva el traslado de los trabajadores “a un puesto de trabajo alternativo y compatible con su estado de salud”¹²⁹³. Con todo, incluso sin concurrir en el trabajador una verdadera falta de capacidad laboral, relativa o genérica, se opta por la interrupción cautelar, tal vez evitable, de su prestación laboral.

Otro supuesto con un trasfondo similar lo ha proporcionado la crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19. Tanto el periodo de aislamiento domiciliario preventivo, como el de contagio efectivo (aunque sea asintomático) se asimilan al accidente de trabajo a los efectos de percibir la prestación económica de incapacidad temporal, conforme al artículo 5 del Real Decreto-ley 6/2020. Dicha asimilación tuvo que acordarse con carácter expreso, puesto que los trabajadores que hubieran estado en contacto con una persona infectada, o que estuvieran infectados, pero no hubieran desarrollado la enfermedad, no encajarían en el concepto de incapacidad temporal, al no padecer un problema de salud que precisara asistencia sanitaria. Ello permite que los trabajadores puedan verse protegidos cuando, por la necesidad de cumplir con las instrucciones de las autoridades sanitarias, quedan imposibilitados para desarrollar trabajos presenciales.

Lo que no se tiene en cuenta es que, como quedó demostrado en el momento de máxima limitación de la movilidad, una parte importante de los trabajos pueden desarrollarse de forma telemática, de modo que, si se dispone de los medios necesarios para prestar servicios a distancia, reconocer la baja por incapacidad temporal deviene innecesario, porque no existe impedimento para el trabajo¹²⁹⁴. En tales casos, evitar el absentismo laboral sería tan sencillo como contemplar la posibilidad de adaptar temporalmente el “trabajo habitual” (art. 2.2 del Real Decreto 625/2014), en lugar de

¹²⁹² RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., pp. 105 y 106.

¹²⁹³ Art. 5.1. del Real Decreto 1430/2009.

¹²⁹⁴ Vid., en el mismo sentido, SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: ‘Medidas excepcionales de Seguridad Social en el contexto de la pandemia: la extensión de los supuestos de baja laboral por incapacidad temporal y presunción iuris et de iure del origen profesional de la contingencia’, Estudios Financieros. Revista Trabajo y Seguridad Social, núm. 455, (2021) p. 127.

valorar únicamente la posibilidad de continuar desarrollándolo en sus mismos términos. Lo demuestra el hecho de que este fue el mecanismo establecido para el caso de los trabajadores residentes en municipios confinados, a quienes sí se les requería acreditar “la imposibilidad de realización del trabajo de forma telemática”, mediante una certificación expedida por la empresa ante el servicio público de salud, para acceder a la incapacidad temporal (art. 5 del Real Decreto-ley 6/2020).

El enfoque que se plantea no es del todo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, pues ya inspira la regulación de otra prestación social como es el subsidio por riesgo durante el embarazo o la lactancia. De acuerdo con el artículo 26.3 LPRL, este subsidio se reconoce a las trabajadoras que se ausentan temporalmente de su trabajo, porque este se desarrolla en condiciones que representan un riesgo laboral específico para su salud como mujeres embarazadas o lactantes. La diferencia principal con respecto a la incapacidad temporal, por lo que aquí interesa, es que la suspensión del contrato de trabajo recogida en el artículo 48.7 ET se reserva como *ultima ratio*, siempre que no sea posible la adopción de otro tipo de medidas preventivas. En primer lugar, hay que intentar prevenir el riesgo detectado mediante la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo (art. 26.1 LPRL). En segundo lugar, cuando dicha adaptación no sea posible o no sea lo suficientemente efectiva para prevenir el riesgo, el empresario debe intentar el cambio de puesto o función de la trabajadora con uno que sea compatible con su estado (art. 26.2 LPRL). Solo en caso de que tampoco esta solución sea técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, se permite el absentismo médico de la trabajadora.

Como se ve, ante el riesgo durante el embarazo o lactancia, la incompatibilidad de la salud con el trabajo es indudablemente relativa, puesto que la apreciación cualitativa y cuantitativa del riesgo depende de los agentes, procedimientos o condiciones asociados a las características de cada puesto de trabajo concreto. La especificidad del propio riesgo laboral evidencia de forma muy clara que el verdadero problema para la continuidad laboral no está en la condición de embarazada o madre lactante de la trabajadora, sino que reside fundamentalmente en su trabajo de origen. De ahí que la solución se busque primeramente en el contexto laboral. De ahí también que la situación de necesidad que la prestación social viene a cubrir se produzca únicamente cuando no es posible encontrar, en el marco de la empresa, una solución laboral adecuada a la situación biológica de la trabajadora. Es más, la legislación establece garantías destinadas a asegurar que se ha comprobado efectivamente la inexistencia de vías que permitan reconducir la capacidad laboral de la trabajadora antes de suspender su contrato de trabajo, tratando de evitar que esta suspensión se produzca de forma arbitraria o automática.

La incapacidad temporal podría adoptar una dinámica más similar a la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia, siempre que el trabajador padezca una

afectación relativa de su salud¹²⁹⁵. Evidentemente, en muchas ocasiones la patología que aqueja al trabajador conduce a la incompatibilidad absoluta de su estado con cualquier trabajo, porque afecta de forma grave a sus facultades físicas o mentales. Con todo, como regla general, las enfermedades o accidentes no reducen la capacidad laboral de los trabajadores a cero¹²⁹⁶, por lo que, igual que ocurre con los riesgos asociados al embarazo o lactancia, podría plantearse la posibilidad de encontrar soluciones alternativas que permitieran adaptar o modificar el trabajo, haciéndolo compatible con la convalecencia del trabajador. Así, la auténtica situación de necesidad surgiría únicamente cuando el trabajador estuviera absolutamente impedido o cuando, estando impedido en relación con su concreto puesto, no fuera posible o razonable ninguna medida que le permitiera seguir trabajando en condiciones de seguridad y sin perjudicar su recuperación.

2. El aprovechamiento de la capacidad productiva residual como opción preferible a la inactividad laboral: el ‘presentismo positivo’

Si se consigue focalizar la atención en aprovechar las capacidades laborales que retiene o va recuperando el trabajador, en lugar de centrarse en su incapacidad para desarrollar ciertas tareas, puede llegar a evitarse o reducirse considerablemente su ausencia y parte de los perjuicios que esta comporta. Este cambio de perspectiva es precisamente el que han adoptado distintos estados europeos durante las últimas décadas. En ellos se han producido una serie de variadas reformas en las prestaciones públicas por incapacidad temporal y/o permanente cuyo común denominador es su reestructuración en torno a la empleabilidad remanente del individuo y la incentivación de su aprovechamiento¹²⁹⁷. Es decir, el riesgo que fundamenta la incapacidad temporal ya no se concibe como un evento irremediable, hasta que se produzca la plena recuperación, sino como un conflicto que puede relativizarse y cuya resolución depende, en parte, de los esfuerzos dedicados a favorecer el mantenimiento o la reanudación del trabajo, siempre que sea posible¹²⁹⁸.

En este contexto, las medidas encaminadas a evitar la ausencia o facilitar el retorno al trabajo de aquellos trabajadores que se encuentran afectados por una enfermedad se han encuadrado internacionalmente dentro de las políticas adoptadas para la sostenibilidad de los sistemas de protección social,¹²⁹⁹ o políticas de trabajo sostenible¹³⁰⁰. Este concepto hace referencia al propósito de implantar condiciones de vida y de trabajo que vayan a permitir a las personas trabajar de forma estable durante una larga vida laboral, ante las dificultades que plantea el reto demográfico en Europa.

¹²⁹⁵ En el mismo sentido, Vid., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad... p. 35.

¹²⁹⁶ Eurofound: Sustainable work... cit., p. 8.

¹²⁹⁷ DEVETZI, S. y STENDAHL, S.: ‘Introduction’ en Eds. DEVETZI, S. y STENDAHL, S.: Too sick to work? Social Security Reforms in Europe for Persons with Reduced Earnings Capacity, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 4.

¹²⁹⁸ YERKES, M. A.: Transforming the Dutch... cit., p. 56.

¹²⁹⁹ OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 18.

¹³⁰⁰ Vid., Eurofound: Sustainable work... cit., p. 44.

De este modo, las políticas de activación temprana de los trabajadores con problemas de salud se conciben, no solo como forma de mitigar el absentismo, sino también como forma de prevenir su desvinculación definitiva de la actividad laboral¹³⁰¹. Recuérdese, a este respecto, que la incapacidad temporal duradera es, en muchas ocasiones, una puerta de salida del mercado laboral, a través del desempleo o la solicitud de la incapacidad permanente.

Esta reconfiguración del riesgo cubierto por la incapacidad temporal con vistas a fomentar la participación laboral no es ajena a otras prestaciones clásicas de nuestro sistema de Seguridad Social. Ya son varias las que han superado el esquema general de incompatibilidad con el trabajo, para adaptarlo a la realidad actual en la que el empleo se presenta de forma más variada, existe una mayor polivalencia funcional y las herramientas que proporcionan las nuevas tecnologías ofrecen una flexibilidad laboral creciente¹³⁰². Como acaba de verse, la incapacidad permanente absoluta ha ido evolucionando en la línea de generar una mayor interrelación entre el sistema de Seguridad Social y el trabajo, con el objetivo de estimular económicamente el empleo. En este caso, se permite incluso compatibilizar una actividad laboral con una prestación cuya cuantía debería ser suficiente para subsistir sin percibir rentas del trabajo. Otro ejemplo similar es el de la prestación por desempleo, que se ideó siendo una prestación pasiva prevista para la falta de empleo, pero se reformó para admitir, en determinadas circunstancias, su compatibilidad con el trabajo, con el mismo propósito¹³⁰³. De este modo, el sistema de protección por desempleo busca ser, en la actualidad, un mecanismo destinado, de forma simultánea, a cubrir situaciones de inactividad y a facilitar la transición hacia la salida de las mismas¹³⁰⁴.

Este mismo debería ser el objetivo respecto de la incapacidad temporal, cuya articulación como causa de suspensión contractual y como prestación económica ha de reflejar una vocación más clara de contribuir a la vuelta al trabajo de los trabajadores enfermos o accidentados. Es decir, en materia de incapacidad temporal habría que garantizar la protección económica de los trabajadores que carecen provisionalmente de capacidad productiva real, pero sin perjudicar la reincorporación de aquellos que estarían en condiciones de poder trabajar, aunque no fuera en los mismos términos que con anterioridad a la baja médica. Esta es precisamente la idea de quienes afirman, de forma más gráfica, que la incapacidad temporal debería ser una prestación orientada al trabajo, que proporcionara la asistencia laboral necesaria para los muchos trabajadores

¹³⁰¹ OECD: *Sickness, Disability ...* cit., p. 131.

¹³⁰² SEMPERE NAVARRO, A. V.: 'El debate sobre la incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo', *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, núm. 9, (2013), p. 2.

¹³⁰³ PÉREZ DEL PRADO, D.: *Intensidad, duración...* cit., p. 340.

¹³⁰⁴ *Ibíd.*, p. 341.

con enfermedades de larga duración que querrían volver al trabajo y, de hecho, podrían hacerlo si recibieran el estímulo y el apoyo suficiente¹³⁰⁵.

Ya se vio que, desde la perspectiva sanitaria, son múltiples los esfuerzos depositados en procurar la vuelta al trabajo del trabajador que está de baja laboral, a través de su curación. En cambio, siendo la incapacidad temporal una prestación de naturaleza bifronte, no se detectan en el contexto laboral medidas con un propósito análogo, orientadas a la reincorporación del trabajador. Es cierto que van admitiéndose vías de compatibilidad entre la prestación y el trabajo en casos de pluriempleo y pluriactividad, que, a nivel macro, reflejan una mayor coherencia con esta idea. Sin embargo, a nivel micro, se hace muy difícil aceptar que no pueda trasladarse esta idea a la propia empresa.

Antes se ha dicho que el presentismo es perjudicial porque trabajar estando enfermo afecta al bienestar del empleado y a la productividad de la empresa. Sin embargo, a esta idea se le ha contrapuesto recientemente el concepto de “*presentismo positivo*”¹³⁰⁶, que se daría en aquellas situaciones, como las que representan los planes de retorno al trabajo, en que el trabajo del empleado enfermo es un fenómeno adecuadamente identificado y tratado en el marco de la organización empresarial. A diferencia de cuando el presentismo se desconoce o se ignora, cuando se produce bajo supervisión profesional, proporcionando la asistencia laboral necesaria al trabajador y asegurando que en ningún caso se perjudica su recuperación, surge la posibilidad de concebirlo en sentido constructivo.

La idea del presentismo positivo se fundamenta en la ya referida evidencia científica de que, generalmente, el trabajo es bueno para la salud y que la inactividad duradera la perjudica. Esta afirmación ha demostrado ser cierta para trabajadores sanos, pero también para los trabajadores enfermos, que ven mejorado su bienestar cuando se reincorporan al trabajo tras una enfermedad o, incluso, cuando se reincorporan durante el padecimiento de la misma¹³⁰⁷. Por ello, el presentismo positivo se presenta como una opción intermedia entre dos extremos, el presentismo y el absentismo, que permite esquivar los mayores perjuicios que ambos generan. Asimismo, desde el punto de vista empresarial, lo más probable es que la productividad se vea afectada por la merma en la capacidad laboral del trabajador, como ocurre, por definición, en todos los casos de presentismo. No obstante, cabe esperar que tal

¹³⁰⁵ OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 21 y Eurofound: Employment and disability: Back to work strategies, Luxemburgo, 2004, pp. 12 y 14. Concretamente, este último hace referencia a la estimación de que un 85 % de los trabajadores largamente inactivos por motivos de salud podría haberse mantenido en el trabajo si hubieran recibido la asistencia necesaria para volver al trabajo en el momento oportuno.

¹³⁰⁶ Institute for Employment Studies: Presenteeism. A review of current thinking, Brighton, 2016, p. 11.

¹³⁰⁷ OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 18.

disminución, en el caso de mantener cierta actividad laboral, sea significativamente menor a la que se produciría si dicho trabajador se ausentara completamente¹³⁰⁸.

A mayor abundamiento, aun desconociendo este concepto, nuestro ordenamiento jurídico ya contempla alguna situación jurídico-laboral que implica la consideración como aceptable del presentismo positivo. En el marco de la regulación de la incapacidad permanente total, prevé el artículo 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, que la prestación es compatible con la percepción de un salario en la misma empresa, concretando además que *“Cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda”*. Lo anterior significa, como bien se ha señalado¹³⁰⁹, que los beneficiarios de esta prestación por invalidez pueden emplearse incluso en trabajos para los que tengan afectada su capacidad laboral.

IV. LOS PROGRAMAS DE RETORNO AL TRABAJO PARA TRABAJADORES EN INCAPACIDAD TEMPORAL

Una vez expuestas las líneas generales del replanteamiento que podría hacerse de la incapacidad temporal, procede abordar ahora los planes de retorno al trabajo, como figura a través de la que se concretaría la redirección y aprovechamiento de la capacidad productiva del trabajador de baja por incapacidad temporal. El modo en que están concebidos estos planes contrasta enormemente con la construcción histórica de la prestación por incapacidad temporal e implica un cambio de perspectiva respecto de un elemento tan fundamental como es el propio riesgo cubierto, por lo que no es de extrañar, ya se adelanta, que el reducido margen de maniobra que deja nuestro modelo jurídico vigente para su adopción en la práctica resulte insatisfactorio. Ello justifica, por ende, el planteamiento de una reforma legislativa que, pudiendo tomar diversos caminos, ha de servir para mejorar la eficiencia de la relación entre la incapacidad y el trabajo, con vistas (i) a la reducción del absentismo laboral y sus costes económicos para los empresarios, (ii) la recuperación rápida y sostenible de la salud de los trabajadores y (iii) el ahorro de parte del gasto público que representa el abono de esta prestación y de otras con las que se relaciona, como la incapacidad permanente o el desempleo.

¹³⁰⁸ KARANIKA-MURRAY, M. y COOPER, C. L.: ‘Presenteeism: an introduction to a prevailing global phenomenon’ en AA.VV.: *Presenteeism at work*, Eds. COOPER, C. L. y LU, L., Cambridge, 2018, p. 14.

¹³⁰⁹ ROMERO RODENAS, M. J.: *La compatibilidad...* cit., p. 28.

1. Concepto, caracterización y singularización

Los planes de retorno al trabajo son una noción de reciente creación en el ámbito técnico-científico, donde todavía no existe un acuerdo final en términos exactos¹³¹⁰. La Asociación Internacional de Seguridad Social (ISSA) define el retorno al trabajo como un concepto que engloba todos los procedimientos e iniciativas dirigidas a favorecer el regreso al trabajo de las personas que han visto reducida su capacidad o habilidad laboral, cualquiera que sea su causa¹³¹¹. Similarmente, Eurofound identifica las medidas de retorno al trabajo como un tipo de intervención dirigida a reducir el absentismo laboral mediante la supresión de las barreras que se oponen a la reintegración del trabajador, acelerando su regreso al trabajo cuando está enfermo¹³¹². Asimismo, en el plano nacional, desde el INSST¹³¹³ se afirma que tales programas consisten principalmente en establecer una serie de acciones en la empresa, en colaboración o no con otros organismos o entidades, para facilitar la reincorporación de los trabajadores de baja por enfermedad o accidente lo antes posible y en las mejores condiciones.

La idea principal que subyace en las anteriores definiciones es que en los planes de retorno al trabajo cabe toda medida que allane el camino para la reactivación laboral de trabajadores ausentes por un problema de salud. Su planteamiento se basa, por tanto, en la superación de la falsa creencia de que el trabajador debe de estar totalmente recuperado para reanudar la actividad laboral en condiciones de seguridad¹³¹⁴. Al contrario, como uno de los objetivos de la asistencia sanitaria dispensada a las personas en edad de trabajar es que puedan incorporarse a un empleo o volver al que ostentaban, plantear un tratamiento exclusivamente desde la perspectiva médica puede resultar insuficiente y debe actuarse también en el plano laboral¹³¹⁵. En este sentido, se entiende que la actividad laboral adaptada puede ser un elemento más de la intervención terapéutica, que contribuya a la rehabilitación integral del trabajador, concebida en un sentido amplio, comprendiendo también su vida laboral y no solo su situación clínica, estrictamente considerada.

A partir de ahí, y a mi modo de ver, pueden trazarse tres características principales de los planes de retorno al trabajo. La primera es que se aplican generalmente a dolencias de media o larga duración, por motivos sanitarios y económicos. Uno de ellos responde a la propia dinámica de la mayor parte de las dolencias, que se inician con una

¹³¹⁰ ARAÑA SUÁREZ, M., LABORDA-CALVO, E. y CÁMARA-ANGUITA, R.: 'Intervención bio-psico-jurídico-social estratégica-necesaria para la resolución de la I.L.T. por salud mental', en AA.VV: Regreso al Trabajo. Una Intervención bio-psico-jurídica-social-estratégica necesaria para la resolución de la incapacidad laboral temporal por problemas de salud mental, Dir. ARAÑA SUÁREZ, A., Madrid, 2008, p. 216.

¹³¹¹ ISSA: ISSA Guidelines, Return to Work and Reintegration, Ginebra, 2013, p. 2.

¹³¹² Eurofound: Preventing absenteeism at the workplace. Research Summary, Luxemburgo, 1997, p. 20.

¹³¹³ MARQUÉS MARQUÉS, F.: 'La salud integral... cit.', p. 21.

¹³¹⁴ BOIX, P. et al.: Protocolo para la gestión de programas de retorno al trabajo en casos de incapacidad temporal por trastornos musculoesqueléticos, Barcelona, 2014, p. 28.

¹³¹⁵ WONG, D.: 'Rehabilitation and return to work', en AA.VV.: Fitness for work: The Medical Aspects, Eds. HOBSON, J. y SMEDLEY, J., Oxford, 2019, p. 215.

fase aguda cuyos síntomas se van moderando posteriormente por la acción del tratamiento médico¹³¹⁶. Por esta causa, lo más habitual es que el trabajador permanezca totalmente ausente de su puesto de trabajo durante un periodo inicial y los programas de retorno al trabajo se activen cuando empiece a estabilizarse. Además, desde la perspectiva de la prevención médica de las incapacidades permanentes, ya se ha señalado que las ausencias de larga duración son las que tienen mayor riesgo de cronificarse. En consecuencia, en tales casos debe dedicarse un mayor esfuerzo a la reintegración laboral del trabajador para evitar su salida prematura del mercado de trabajo.

Otro motivo es que, con carácter general, la proyección, coordinación y ejecución de las medidas de retorno al trabajo requiere de la inversión de un tiempo y un esfuerzo que aconseja su aplicación en supuestos en los que tales recursos vayan a poder amortizarse, a través del mantenimiento de las medidas durante un cierto tiempo¹³¹⁷. En este sentido, desde el INSST se sugiere que los procedimientos de vuelta al trabajo no deberían ser de aplicación a procesos cuya duración estimada no supere, como mínimo, las dos semanas de incapacidad temporal¹³¹⁸. En otros países en los que los planes de retorno al trabajo aparecen expresamente recogidos en la legislación, se dispone generalmente su aplicación a ausencias de entre uno y tres meses¹³¹⁹. Aun así, se dan algunos casos en los que las medidas de adaptación laboral pueden adoptarse *ab initio*, cuando se produce la contingencia, intentando evitar, desde el primer momento, que el trabajador llegue a ausentarse de su trabajo¹³²⁰.

Desde la perspectiva presupuestaria, el gasto público en procesos por incapacidad temporal se concentra en los de mayor duración, hasta el punto de que el 80 % de la financiación va destinada a procesos de más de noventa días¹³²¹. Dicha cifra es significativa, teniendo en cuenta que el 74 % de procesos de incapacidad temporal en nuestro país no superan los treinta días de duración. Es decir, una minoría de incapacidades dan lugar a la mayor parte de los costes públicos, por lo que lo más eficiente sería adoptar modelos de gestión específicos para atender sus particularidades. En este sentido, es difícil de entender que las únicas medidas específicas existentes actualmente respecto de las ausencias de larga duración sean

¹³¹⁶ BOIX, P. et al.: Protocolo para la gestión... cit., p. 39.

¹³¹⁷ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'La prestación de incapacidad... cit., p. 33.

¹³¹⁸ Nota Técnica de Prevención núm. 1.116 'Mantenimiento y vuelta al trabajo: procedimiento', p. 2.

¹³¹⁹ OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 21.

¹³²⁰ Así, por ejemplo, en la Guía del departamento de prestaciones y trabajo del Gobierno Británico 'Getting the most out of the fit note. GP guidance', publicada en el año 2015, pp. 15 y ss., también se contienen, como medidas de retorno al trabajo, la recomendación del teletrabajo a una persona con fibrosis quística que padece un catarro y no puede exponerse a una infección bacteriana secundaria de camino al trabajo o la alteración de funciones de un conductor de reparto que ha sido sometido a una operación ocular, por la cual no puede conducir durante un tiempo limitado.

¹³²¹ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 15.

medidas de control, cuando son las que presentan menores probabilidades de resultar fraudulentas.

La segunda característica con la que se conciben los planes de retorno al trabajo desde el contexto técnico es que su aplicación debe basarse preferentemente en el principio de intervención precoz¹³²². Esto significa que el regreso al trabajo debe intentarse lo antes posible, ya que resulta más sencillo cuanto menos tiempo haya pasado inactivo el trabajador¹³²³. Los planes de retorno al trabajo se aplican a ausencias de media o larga duración, pero sin que ello obste a que puedan empezar a planificarse desde un principio, cuando se prevé que la recuperación va a demorarse en el tiempo. Por tanto, entrarían en el concepto de actuaciones favorecedoras del retorno al trabajo todas aquellas que se produzcan desde el mismo momento de la baja laboral¹³²⁴, sin esperar a que se complete la recuperación médica¹³²⁵, con el propósito de volver a aproximar al trabajador al entorno de la empresa de la forma que resulte más conveniente en función de sus circunstancias sanitarias y laborales, así como las necesidades de la organización.

La tercera característica que puede extraerse de la literatura científica en materia de retorno al trabajo, es la amplitud con la que se plantea su ámbito de aplicación. Ello permite abarcar un gran abanico de medidas que pueden plantearse, según convenga, a trabajadores con cualquier tipo de patologías, con independencia de su origen. Es decir, aunque las incapacidades temporales por contingencias comunes no tengan relación causal con la actividad laboral del trabajador, la adaptación laboral puede permitir igualmente adelantar el regreso al trabajo¹³²⁶. Se trata, en cualquier caso, de hacer que el entorno laboral resulte más accesible, teniendo en cuenta que la incapacidad laboral se deriva de una divergencia entre la prestación laboral contratada y las actividades que la salud del trabajador le permite realizar. Por lo tanto, el ajuste de la primera variable puede facilitar su convergencia con la segunda, antes incluso de que esta vuelva a su estado original o uno semejante.

En España, los planes de retorno al trabajo, tal y como se acaban de describir, son todavía una noción extrajurídica y poco conocida. Por lo tanto, para facilitar la

¹³²² MARQUÉS MARQUÉS, F.: 'La salud integral... cit.', p. 21.

¹³²³ Vid., MITTAG, O. et. al.: 'Intervention policies and social security in case of reduced working capacity in the Netherlands, Finland and Germany: a comparative analysis', *International Journal of Public Health*, núm. 63, (2018), p. 1086 o, en el mismo sentido, BOIX I FERNANDO, P.; COBOS SANCHIZ, D.; GADEA MERINO, R. y SOLÉ GÓMEZ, M. D.: 'Programas de vuelta al trabajo para bajas prolongadas por motivos de salud: barreras y facilitadores de su eficacia', *Seguridad y Salud en el Trabajo*, núm. 98, (2018), p. 98.

¹³²⁴ OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 21.

¹³²⁵ MACEACHEN, E.; CLARKE, J.; FRANCHE, R. I. y IRVIN, E.: 'Systematic review of the qualitative literature on return to work after injury', *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, núm. 32, (2006), p. 264.

¹³²⁶ SAMPERE VALERO, M.: Reincorporación al trabajo... cit., p. 62 indicando, por ejemplo, que las intervenciones ergonómicas en el ámbito laboral podrían razonablemente facilitar el regreso al trabajo de empleados con dolencias musculoesqueléticas de origen no laboral.

comprensión de su funcionamiento, se expone a continuación, a título meramente ejemplificativo, la experiencia empírica disponible sobre su aplicación a algunos trabajadores con determinadas dolencias muy frecuentes. Para ello, se toman como referencia las dificultades de regreso al trabajo que plantean los tres grupos patológicos que causan un mayor número de incapacidades temporales y se indican las medidas laborales ensayadas para mitigarlas, junto con los resultados obtenidos. Se pasa después a evidenciar la singularidad de los planes de retorno al trabajo, diferenciándolos de otras figuras jurídicas ya recogidas en nuestras leyes con las que podrían confundirse, por compartir algunos elementos comunes.

1.1. Dificultades y medidas para el retorno al trabajo ante las afecciones médicas de mayor prevalencia

El conjunto patológico del que existe mayor experiencia y evidencia científica en materia de retorno al trabajo engloba los trastornos musculoesqueléticos. A su vez, son los más incapacitantes¹³²⁷, en el sentido de que generan el mayor número de procesos y el mayor número de días de incapacidad temporal. Respecto de estas enfermedades, se indica que, en muchas ocasiones, con un control adecuado, el trabajo, aun difícil o incómodo, no es perjudicial para la recuperación del trabajador¹³²⁸. Así, en los casos de lumbalgia, cervicalgia u osteoartritis, por ejemplo, las recomendaciones médicas recientes van en la dirección de tratar de mantenerse activo y evitar el reposo excesivo¹³²⁹. Sobre la base de tales conocimientos, los programas de retorno al trabajo incluyen adaptaciones laborales como la provisión de equipos de apoyo, la reorganización de tareas o la reducción del tiempo de trabajo¹³³⁰. También existen estudios que muestran que la modificación de las funciones que permita reemprender la actividad laboral reduce la duración de la incapacidad temporal por estas causas y previene las recaídas¹³³¹. La reincorporación provisional a tiempo parcial, por otro lado, parece igualmente efectiva para reducir las incapacidades por trastornos musculoesqueléticos de duración prevista superior a seis meses y, en el resto de casos, reduce, cuanto menos, los costes económicos de la ausencia del trabajador¹³³².

Las afecciones de salud mental son el segundo grupo patológico que acumula mayor número de incapacidades temporales duraderas. Por este motivo, se ha

¹³²⁷ VICENTE PARDO, J. M.: 'Reflexión sobre los problemas a la reincorporación laboral tras incapacidades médicas largas', *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 62, (2016), p. 56.

¹³²⁸ BOIX, P. et al.: *Protocolo para la gestión...* cit., p. 29.

¹³²⁹ VIKARI-JUNTURA, E. et. al.: 'Early part-time sick leave results in considerable savings in social security costs at a national level: an analysis based on a quasi-experiment in Finland', *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, núm. 2, (2019), p. 204.

¹³³⁰ BOIX, P. et al.: *Protocolo para la gestión...* cit., p. 17.

¹³³¹ VAN DUJIN, M. y BURDORF, A.: 'Influence of modified work on recurrence of sick leave due to musculoskeletal complaints', *Journal of Rehabilitation Medicine*, núm. 40, (2008), p. 580.

¹³³² BOSMAN, L. C.; TWISK, J. W. R.; GERAEDTS, A. S.; HEUMANS, M. W.: 'Effect of partial sick leave on sick leave duration in Employees with musculoskeletal disorders', *Journal of Occupational Rehabilitation*, núm. 30, (2020), p. 204.

planteado trasladar la evidencia científica generada sobre los trastornos musculoesqueléticos para favorecer también el retorno al trabajo de los empleados con dolencias psíquicas¹³³³. El alargamiento de la incapacidad temporal del trabajador con problemas de salud mental no favorece su recuperación, porque los largos periodos de inactividad exacerban las tendencias de autopercepción negativa de la propia capacidad y las conductas de retraimiento y desesperanza, cuando, además, los pacientes no siempre han perdido todas sus facultades laborales¹³³⁴. Por ello, se recomienda complementar la recuperación clínica con la rehabilitación en el ámbito laboral. Así, por ejemplo, ha podido verse que los trabajadores con patologías mentales sometidos a un programa de retorno al trabajo a tiempo parcial combinado con terapia conductual, regresan a su actividad laboral habitual en un tiempo significativamente más breve que los demás¹³³⁵.

La tercera causa de incapacidad temporal de larga duración en nuestro país son los distintos tipos de neoplasias o cánceres¹³³⁶. Los supervivientes de esta enfermedad tienen especiales dificultades para regresar al trabajo y corren el riesgo de quedar apartados del mercado de trabajo porque suelen padecer secuelas de diversa naturaleza, como dolor y fatiga crónica o problemas psicológicos asociados, que representan un reto para su reintegración laboral. Aun así, el retorno al trabajo de los pacientes en edad laboral es clave para ayudarles a recobrar su calidad de vida anterior¹³³⁷. El que pueda efectuarse dicho retorno depende de aspectos como la edad del paciente y el tipo de cáncer o de tratamiento que se le aplique, pero, en muchas ocasiones, la enfermedad no elimina la capacidad de trabajo. Por tanto, con la asistencia médico-laboral adecuada y dependiendo de las circunstancias, es posible volver al trabajo incluso mientras la enfermedad está activa, mientras se recibe dicho tratamiento o cuando ya se ha completado, aunque permanezcan algunas secuelas¹³³⁸.

En general, factores laborales como la autonomía de la que disponen algunos trabajadores supervivientes de cáncer para poder gestionar su horario o su carga de trabajo favorecen su reincorporación. En cambio, la falta de apoyo de los compañeros y tener asignadas funciones de carácter manual o que requieren esfuerzo físico perjudica

¹³³³ BRIAND, C.; DURAND, M. J.; ST-ARNAUD, L. y CORBIÈRE, M.: 'Work and mental health: Learning from return-to-work rehabilitation programs designed for workers with musculoskeletal disorders', *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 30, (2007), núm. 445 y ss.

¹³³⁴ ARAÑA SUÁREZ, M., LABORDA-CALVO, E. y CÁMARA-ANGUITA, R.: 'Intervención bio-psico-jurídico-social... cit., p. 222.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 225, señalando que la exposición paulatina y controlada al trabajo facilita experiencias que contribuyen al cambio de las creencias disfuncionales.

¹³³⁶ VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ GUILLÉN GARCÍA, A.: 'Aptitud sobrevenida tras la incapacidad laboral prolongada por cáncer', *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 225, (2019), p. 134.

¹³³⁷ Como indica PEETET, J. R.: 'Cancer and the Meaning of Work', *General Hospital Psychiatry*, núm. 22, (2000), p. 200, la reincorporación laboral permite la recuperación del trabajo como parte de la identidad personal, así como de una sensación de vuelta a la normalidad y de control sobre la propia vida.

¹³³⁸ SCHULTZ, P. M.; BECK, M. L.; STAVA, C. y SELLIN, R. V.: 'Cancer survivors: Work related Issues', *American Association of Occupational Health Nurses*, núm. 5, (2002), pp. 225 y 226.

las opciones de regreso al trabajo¹³³⁹. Por ello, los planes de retorno al trabajo dirigidos a tales pacientes tienen en cuenta la variabilidad de dichas condiciones y se centran en su modificación. Pueden conllevar el cambio de puesto de trabajo, el retorno gradual al trabajo, la formación y asistencia para desarrollar sus funciones de forma compatible con su capacidad o las intervenciones psicológicas grupales que mejoren la comprensión de los demás trabajadores y de los superiores jerárquicos¹³⁴⁰. Dichas actuaciones conformarían un necesario periodo de adaptación al inicio de la reincorporación que facilita, a largo plazo, el desempeño laboral efectivo, sostenible y saludable¹³⁴¹.

1.2. El encuadre jurídico de los planes de retorno al trabajo: distinción de figuras afines

Plantear la inclusión de la figura de los planes de retorno al trabajo en nuestro ordenamiento requiere justificar previamente su singularidad frente a instituciones jurídicas preexistentes con las que presenta coincidencias materiales, como son las medidas de prevención de riesgos laborales y las medidas de ajuste razonable para trabajadores con discapacidad¹³⁴². Ambas instituciones tienen en común con los planes de retorno al trabajo que se centran en la adaptación de factores laborales que interfieren con la salud de los trabajadores con algún tipo de afección médica. Sin embargo, los planes de retorno al trabajo se distinguen por su propósito y por el momento en el que se activan.

La normativa sobre prevención de riesgos laborales relaciona el absentismo de larga duración con la existencia de déficits en el sistema de prevención de la empresa o, indirectamente, con el padecimiento, por parte del trabajador, de secuelas que lo hagan especialmente sensible a determinados riesgos laborales. La constatación de alguna de dichas circunstancias da lugar, respectivamente, al nacimiento del deber general de adaptación del trabajo a la persona del artículo 15.1.d LPRL y del deber específico de protección de los trabajadores especialmente sensibles del artículo 25 LPRL. En ambos casos, se realizan actuaciones que podrían coincidir perfectamente, en cuanto a su contenido, con las que se encuadran en los planes de retorno al trabajo. Sin embargo, la ley prevé que tales medidas preventivas se adopten, en su caso, cuando los trabajadores se reincorporen como consecuencia del alta médica que acredita la recuperación de su capacidad laboral, sin interferir, a diferencia de los planes de retorno al trabajo, en el proceso por incapacidad temporal.

¹³³⁹ SPELTEN, E. R.; SPANGERS, M. A. G. y VERBEEK, J. H.: 'Factors reported to influence the return to work of cancer survivors: A literature review', *Psychooncology*, núm. 11, (2002), p. 124 y ss.

¹³⁴⁰ TAMMINGA, S. J.; BOER, A.; VERBEEK, J.; FINGS-DRESEN, M.: 'Return-to-work interventions integrated into cancer care: a systematic review', *Occupational & Environmental Medicine*, núm. 67, (2010), p. 645.

¹³⁴¹ VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ GUILLÉN GARCÍA, A.: 'Aptitud sobrevenida... cit.', p. 116.

¹³⁴² Vid., en este sentido, GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'La prestación de incapacidad... cit.', p. 34 o FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 81.

Asimismo, las medidas preventivas individuales se adoptan con la finalidad de evitar que el trabajador sufra un daño en su salud como consecuencia del ejercicio de su trabajo, por lo que solo se aplican si se detecta la concurrencia de dicho riesgo, normalmente en el transcurso de las actividades de vigilancia de la salud que el empresario está obligado a llevar a cabo cuando los trabajadores “*reanuden el trabajo tras una ausencia*” (art. 37.3.b.2º del Real Decreto 39/1997). Por lo tanto, estas medidas subjetivas de prevención no son preceptivas para todos los trabajadores que hayan visto afectada su capacidad laboral, porque ello no siempre conlleva una especial sensibilidad a los riesgos laborales. En muchas ocasiones, las secuelas derivadas de enfermedades duraderas o crónicas implican otro tipo de inconvenientes laborales, como una disminución del rendimiento¹³⁴³, que no suponen el reconocimiento de los derechos de adaptación del puesto de trabajo, reservados a los trabajadores especialmente sensibles.

El propósito de los planes de retorno al trabajo es distinto, en la medida que se trata también de adaptar el trabajo, pero para reducir el periodo en que el trabajador se mantiene inactivo o improductivo durante la baja. Por tal motivo, pueden ser de aplicación general, es decir, a todos los trabajadores que estén en dicha situación. Además, estos planes se conciben técnicamente para ser activados de forma temprana, durante el transcurso de la ausencia por enfermedad, porque lo que se busca es minimizar su impacto en el trabajo. Con todo, también pueden adoptarse o mantenerse, como las medidas preventivas, con posterioridad al alta médica por incapacidad temporal. Recuérdese que el alta puede emitirse, conforme al artículo 5.1 del Real Decreto 625/2014, sin perjuicio de que el trabajador siga percibiendo asistencia sanitaria, lo cual indica que dicho acto administrativo no equivale a la plena recuperación de la salud del trabajador¹³⁴⁴. En consecuencia, las medidas de retorno al trabajo también pueden ser útiles cuando se aplican después del alta médica, para facilitar la reincorporación de los trabajadores con secuelas que no impliquen necesariamente una mayor vulnerabilidad a los riesgos laborales.

Por otra parte, tanto en la heterogeneidad de las actuaciones en que se materializan, como en su aplicación a personas con patologías que son de larga duración, la figura de los programas del retorno al trabajo también se asemeja a las ya mencionadas medidas de ajuste razonable del trabajo para personas con discapacidad. De acuerdo con el artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dichas medidas son las que el empresario está obligado a adoptar con el fin de permitir a las personas con discapacidad que puedan

¹³⁴³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 102.

¹³⁴⁴ Así se afirma en la ‘Guía de retorno al trabajo tras ausencia prolongada: Procedimiento de reincorporación al puesto de trabajo tras una baja médica de larga duración’ publicada por Secretaría de Salud Laboral de UGT Castilla y León, p. 20.

acceder al empleo, desempeñar su trabajo, formarse y progresar profesionalmente. El Considerando 20 de la Directiva 2000/78/CE pone de manifiesto, en este sentido, la amplitud de posibilidades que se presentan respecto de tales medidas, añadiendo que son *“medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”*.

Las actuaciones enmarcadas en los planes de retorno al trabajo cuentan con la ventaja práctica, frente a las medidas de ajuste razonable, de disfrutar de un marco subjetivo de aplicación más amplio. El sujeto que puede beneficiarse de medidas de ajuste razonable es (i) cualquier persona con discapacidad que preste o vaya a prestar servicios para una organización o (ii) cualquier trabajador que adquiera dicha condición a lo largo de la relación laboral, ya sea a causa de un accidente o una enfermedad¹³⁴⁵. A este respecto, ya se vio al hablar de la extinción del contrato laboral durante la incapacidad temporal que la calificación de un trabajador como discapacitado es una tarea compleja y jurídicamente muy polémica, que va más allá del padecimiento de una patología duradera y requiere medir sus implicaciones en el plano laboral y en el plano social en general. Además, aunque para la exigencia de tal obligación de origen europeo es innecesario el reconocimiento administrativo de la discapacidad conforme a la normativa interna, sí se requiere, al menos, su acreditación ante el empresario.

Los planes de retorno al trabajo, por el contrario, se enfocan a todos los trabajadores, pudiendo por tanto adquirir mayor efectividad general, con resultados potencialmente notables sobre el sistema de Seguridad Social y no solo sobre supuestos particulares o propios de un colectivo concreto¹³⁴⁶. Considerando las incapacidades duraderas como un problema de salud pública, este tipo de medidas funcionaría como una respuesta general aplicable por defecto. Ello posibilitaría realizar una intervención más rápida y pautada en un momento sensible del proceso, que no se detenga en controversias jurídicas surgidas del encuadramiento del trabajador en el concepto de discapacidad. Además, así se garantizaría, y ello es especialmente importante, el adecuado apoyo a las personas con enfermedades crónicas que, como se vio, son un fenómeno creciente, con graves implicaciones, y que a veces presenta dificultades para subsumirse en la noción jurídica de discapacidad¹³⁴⁷.

Pese a su mayor alcance, las medidas de retorno al trabajo no desplazan a las medidas preventivas y/o de ajuste razonable, porque no son incompatibles, sino que,

¹³⁴⁵ GUTIERREZ COLOMINAS, D.: La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español, Barcelona, 2019, p. 358.

¹³⁴⁶ OSHA: Rehabilitation and return... cit., pp. 7 y 8.

¹³⁴⁷ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 11.

en su caso, deben coordinarse para actuar de forma paralela¹³⁴⁸. De hecho, la implantación previa de una política adecuada de prevención de riesgos laborales en la empresa es una condición necesaria para el adecuado funcionamiento de los planes de retorno al trabajo. Si las medidas preventivas son insuficientes, el contexto laboral es susceptible de actuar como fuente etiológica adicional de la enfermedad o accidente y perjudicar la recuperación del trabajador. En tal caso, el retorno al trabajo tendría consecuencias diametralmente contrarias a su objetivo de facilitar una recuperación pronta y sostenible en el tiempo.

También puede haber medidas de retorno al trabajo, adoptadas inicialmente como tales, que acaben cumpliendo la función y adquiriendo la consideración de medidas de prevención de riesgos o de ajustes razonables, si el trabajador sufre afectaciones duraderas en su salud que lo hagan acreedor, respectivamente, de la condición de trabajador especialmente sensible o de persona con discapacidad¹³⁴⁹. Así se desprende de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 11 de abril de 2013,¹³⁵⁰ relativa a dos trabajadoras danesas que, debido a dolencias musculoesqueléticas de duración incierta, eran incapaces de trabajar a tiempo completo, pero podían trabajar a tiempo parcial. En tal caso, se pone de manifiesto que la reducción del tiempo de trabajo de los trabajadores enfermos podía constituir una medida de ajuste razonable. Pues bien, en el Derecho danés esta es una figura apoyada económicamente por los poderes públicos mediante la incapacidad temporal a tiempo parcial e inicialmente encuadrada en el marco de las políticas antiabsentistas de retorno al trabajo¹³⁵¹. En este mismo sentido, también cabe señalar que las personas con una discapacidad formalmente reconocida son uno de los colectivos que más se benefician de las adaptaciones favorecedoras de la vuelta al trabajo en el Reino Unido¹³⁵².

2. Las medidas de apoyo en el retorno al trabajo en España

Los planes de retorno al trabajo no son desconocidos en España, aunque sí poco habituales¹³⁵³, sobre todo en comparación con algunos países de nuestro entorno. Así, en un estudio¹³⁵⁴ realizado en el año 2008, en el que se preguntó a trabajadores españoles inmersos en un proceso de incapacidad temporal, el 8 % afirmó que en su empresa existían programas específicos para facilitar la vuelta al trabajo y un 21 % que la empresa adaptaba el trabajo, cuando era necesario, tras haber sufrido una enfermedad o accidente. Los casos en los que la alta percepción de dichos factores coincidía con la de una cultura adecuada de prevención de los riesgos laborales fueron

¹³⁴⁸ BOIX, P. y BENAVIDES, F. G.: 'Gestión del retorno al trabajo versus control del absentismo', Archivo de Prevención de Riesgos Laborales, núm. 18, (2015), p. 7.

¹³⁴⁹ Vid., en este sentido, OSHA: [Rehabilitation and return...](#) cit., p. 18.

¹³⁵⁰ C-335/11 y C-337/11.

¹³⁵¹ Nordic Social Statistic Committee: [Sickness absence...](#) cit., p. 45.

¹³⁵² DORRINGTON, S.; ROBERTS, E.; MYKLETUN, A.; HATCH, S.; MADAN, I. y HOTOPF, M.: 'Systematic review of fit note...' cit., p. 536.

¹³⁵³ MARQUÉS MARQUÉS, F.: 'La salud integral...' cit., p. 21.

¹³⁵⁴ SAMPERE VALERO, M.: [Reincorporación al trabajo...](#) cit., p. 41.

más frecuentes entre las empresas de gran tamaño y alcanzaban solamente el 4 %. El mismo estudio sirvió para constatar, además, la importancia del apoyo de la organización en la vuelta al trabajo de los trabajadores temporalmente incapacitados, puesto que pudo verse que las bajas de los trabajadores de empresas con planes específicos de retorno al trabajo eran significativamente más breves¹³⁵⁵.

La ESENER-2 refleja que algo más de la mitad de las empresas españolas de más de cincuenta trabajadores afirmaron disponer de algún tipo de procedimiento destinado al apoyo de los trabajadores en su regreso tras una baja duradera¹³⁵⁶. Con todo, dicho resultado debe tomarse con prudencia, ya que esta pregunta se formulaba con el sentido de evaluar el cumplimiento de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales. A este mismo respecto, más recientemente, cuando la misma Agencia Europea para la Seguridad y Salud realizó un estudio comparado de las políticas de retorno al trabajo de los estados miembros, situó a España en el grupo de países que solo disponen de actuaciones puntuales, dirigidas únicamente a personas con una discapacidad reconocida o que padecen dolencias de origen profesional. Asimismo, dicho grupo se caracterizaba por la falta de un enfoque coordinado entre las autoridades médicamente responsables del proceso y las empresas, junto con una escasa implicación institucional en la cuestión¹³⁵⁷.

Lo deficiente de nuestro modelo legal de retorno al trabajo queda atestiguado, a nivel general, por los altos índices de recaídas que se producen, sobre todo, ante reagudizaciones de enfermedades crónicas¹³⁵⁸. A nivel particular, dan buena muestra de ello, por ejemplo, las reconocidas dificultades que sufren en España los pacientes de cáncer a la hora de reincorporarse al trabajo tras la incapacidad temporal¹³⁵⁹. En muchas ocasiones, se les exige a tales pacientes que, sin ningún periodo transitorio de acomodación, vuelvan a desarrollar su trabajo en las mismas condiciones que con anterioridad a la baja, aunque su estado de salud es bien distinto al de ese momento. En consecuencia, se ha constatado que la falta de apoyo en el regreso a la actividad laboral tras el alta médica deriva frecuentemente en nuevas bajas por recaída que se deben, no a una reactivación tumoral, sino a la inadaptación al trabajo. Además, dicha inadaptación termina suponiendo el reconocimiento de la incapacidad permanente a

¹³⁵⁵ Ibid., p. 90.

¹³⁵⁶ OSHA: Second European, cit., p. 27.

¹³⁵⁷ OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 29.

¹³⁵⁸ DOMÍNGUEZ MUÑOZ, A.; DE LA FUENTE MADERO, J. L.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M.; LÓPEZ PÉREZ, M. J.; GARCÍA RUIZ, P.; LÓPEZ PÉREZ, R. M.: 'Revisión de la distorsión clínica...' cit., p. 46.

¹³⁵⁹ El Informe del Grupo Español de Pacientes con Cáncer: 'Encuesta sobre el cáncer en España', publicado en 2019, p. 41, pone de manifiesto el amplio consenso que existe sobre el diagnóstico de este problema por parte de los pacientes, los profesionales sanitarios y la sociedad en general.

algunos trabajadores de los que cabía esperar que, con la asistencia pertinente, hubieran podido continuar trabajando¹³⁶⁰.

Desde que los planes de retorno al trabajo empiezan a ser conocidos en el contexto científico-técnico, también diversos organismos nacionales e internacionales señalan esta carencia en el tratamiento que se da a la incapacidad temporal en España. Así, por un lado, la OECD recalca, en el marco de un informe emitido en el año 2007, que contar con un buen sistema de control de la incapacidad temporal como el español es útil pero insuficiente para evitar las recaídas o prevenir el acceso de los trabajadores temporalmente incapacitados a la incapacidad permanente. Por ello, recomendaba combinar la fiscalización de las bajas con la provisión de asistencia adicional a quienes fueran susceptibles de permanecer en incapacidad temporal durante un largo periodo de tiempo, a través de planes individuales y coordinados de retorno al trabajo¹³⁶¹. Por su parte, la Agencia Española de Evaluación de Políticas Públicas indicó en el año 2009 que las condiciones de reincorporación al trabajo no se abordan suficientemente y ofreció como modelos a seguir las prácticas estadounidenses o británicas que, en lugar de interrumpir la actividad laboral hasta la plena recuperación por la imposibilidad de realizar determinadas tareas, promueven “*la reincorporación adecuada a cada perfil para llevar a cabo aquellas tareas para las que se encontrara capacitado*”¹³⁶².

2.1. Los planes de retorno al trabajo bajo el marco legislativo actual

Los poderes públicos españoles no han actuado en la dirección de regular los planes de retorno al trabajo de empleados en incapacidad temporal, más allá de algunos tímidos intentos coyunturales, e infructuosos, de los años 2010 y 2011, que sí pueden interpretarse como una derivada de las referidas recomendaciones internacionales e internas, a los que me referiré a continuación. Se trataba de atribuciones competenciales específicas a las mutuas, actualmente derogadas, destinadas a que estas aconsejaran a las empresas o las premiaran por la adopción de planes de retorno al trabajo. Pese a la supresión de dichas atribuciones, la formulación amplia de las competencias de estas entidades colaboradoras de la Seguridad Social en relación con la prevención de las incapacidades temporales derivadas de contingencias profesionales, permite entender que las mutuas retienen cierta capacidad de actuación

¹³⁶⁰ El estudio de VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ GUILLÉN GARCÍA, A.: ‘Aptitud sobrevenida... cit., pp. 128 y ss., sobre la reincorporación laboral de trabajadores con cáncer dados de alta tras más de un año en incapacidad temporal, cifra en un 18 % los casos en que el retorno al trabajo fue un evidente fracaso, con efectos casi inmediatos, puesto que los trabajadores no pudieron mantener su actividad laboral más que por algunas semanas. Como el alta médica indica que se apreciaba cierta recuperación funcional tras la superación de la enfermedad, los autores consideran que su salida prematura del mercado de trabajo hubiera podido evitarse si se hubieran adoptado medidas adecuadas de retorno al trabajo, como la reincorporación parcial o gradual, bien a efectos de tiempo de trabajo o bien a efectos de modulación de la carga de trabajo.

¹³⁶¹ OECD: *Sickness, disability and work: Breaking the Barriers: Australia, Luxembourg, Spain and the United Kingdom, Vol. 2*, Paris, 2007, p. 92.

¹³⁶² AEVAL: *Evaluación de las medidas...* cit., p. 213.

al respecto. Con todo, ni este posible encaje competencial parcial, ni la posible adopción de medidas de activación laboral fuera del mismo por iniciativa privada de las empresas, resultan opciones apoyadas por un marco sustantivo idóneo.

2.1.1. La participación de las mutuas en la aplicación de planes de retorno al trabajo: situación actual y antecedentes normativos

Aunque no se refieren expresamente a los planes de retorno al trabajo, sí constan entre las atribuciones competenciales de las mutuas algunas referencias genéricas y otras más específicas a intentos de reconducción o acercamiento a la empresa de los trabajadores ausentes por motivos de salud. Así, en el artículo 82.3 LGSS se indica que las actividades preventivas de la acción protectora de las mutuas *“comprenderán actividades de asesoramiento a las empresas asociadas, al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional”*. Esta enunciación amplia puede incluir el traslado de un trabajador con enfermedad profesional en un grado que no dé origen a prestación económica a un puesto compatible con su estado¹³⁶³, el reingreso a la empresa de trabajadores a los que se haya reconocido una incapacidad permanente parcial derivada de contingencias profesionales o, por lo que aquí más interesa, el retorno al trabajo de trabajadores inmersos en un proceso de incapacidad temporal por causas laborales¹³⁶⁴.

Para contextualizar la anterior facultad, es importante señalar que la misma norma define las actividades preventivas de la acción protectora de la Seguridad Social como *“prestaciones asistenciales a favor de los empresarios asociados y de sus trabajadores dependientes, que no generan derechos subjetivos, dirigidas a asistir a los mismos en el control y, en su caso, reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de la Seguridad Social”*. Por tanto, la actividad preventiva de las mutuas es una actividad complementaria a la gestión de las prestaciones económicas por contingencias profesionales, financiada, como tal, con los recursos de la Seguridad Social¹³⁶⁵. Esta actividad preventiva excluye expresamente *“aquellas obligaciones que los empresarios deban desarrollar a través de alguna de las*

¹³⁶³ Art. 45 del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y art. 5 del Real Decreto 1430/2009.

¹³⁶⁴ Así se desprende, por ejemplo, de la Resolución de 28 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social por la que se establece el Plan general de actividades preventivas de la Seguridad Social, a aplicar por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en la planificación de sus actividades para el año 2019, en la que se prevé que *“En el caso de que la mutua colaboradora con la Seguridad Social que cubra la contingencia profesional disponga del Programa de asesoramiento en empresas de menos de 50 trabajadores, para la adaptación de puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional, asesorará a la empresa en el proceso de reincorporación laboral”*.

¹³⁶⁵ Vid., AGUILERA IZQUIERDO, R.: ‘La actividad preventiva de las mutuas en el ámbito de la Seguridad Social’, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 185, (2016), p. 10 de la versión digital, indicando que la actividad preventiva de las mutuas no es una prestación en su sentido clásico, porque no atiende a la aparición de un daño que dé lugar a una necesidad pecuniaria.

*modalidades de organización de la actividad preventiva, en cumplimiento de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales*¹³⁶⁶. Lo anterior subraya la importancia de la distinción conceptual, ya trazada, entre las actuaciones preventivas y de retorno al trabajo. Las obligaciones preventivas de la empresa ante ausencias de larga duración son responsabilidad del empresario y no son susceptibles de ser realizadas por las mutuas, que tienen prohibido actuar como servicios de prevención ajenos¹³⁶⁷. En cambio, los planes de retorno al trabajo, desprovistos del carácter coercitivo propio de las políticas de prevención de riesgos laborales, sí admiten, como se ve, la intervención directa de las mutuas.

Tanto el artículo 82.3 LGSS, como sus disposiciones de desarrollo¹³⁶⁸, se refieren única y exclusivamente a la adaptación del puesto de trabajo y estructuras organizativas para trabajadores que sufran un accidente o una patología de origen laboral. De ello se deduce que los programas de retorno al trabajo en los que puedan participar las mutuas se limitan a los procesos de incapacidad temporal con este tipo de causas, en los que pueden implicarse de principio a fin, al tener atribuida normalmente su gestión sanitaria y económica. Esta limitación también es coherente con el hecho de que estas actividades se financian a cargo de los ingresos de las mutuas por cuotas de contingencias profesionales¹³⁶⁹. Además, en el caso de las contingencias comunes, la intervención de la mutua sería limitada y estaría subordinada a la gestión sanitaria del proceso por parte del servicio público de salud. Los documentos técnicos señalan que, en este último caso, la mutua puede adoptar un papel de asesoramiento de la empresa¹³⁷⁰. Si bien, a mi modo de ver, dicho papel carecería de base legal -no como en el caso de las incapacidades por contingencia profesional-, y, en todo caso, no existiría posibilidad alguna de intervenir antes de que el trabajador se reincorpore al trabajo tras el alta.

La única ocasión en que la referencia legal a estas actividades de adaptación y recolocación de trabajadores enfermos o accidentados por parte de las mutuas no aparecía limitada a las contingencias profesionales y en la que se nombraban tímida pero explícitamente los planes de retorno al trabajo fue en la ya referida Disposición Adicional cuarta del Real Decreto 1630/2011. Además de habilitar su intervención en la prevención de las incapacidades de origen profesional y en la reducción de las incapacidades de origen común, en dicho precepto se autorizaba a las mutuas a *“participar en la elaboración de procesos y protocolos de reincorporación al trabajo, así como de reubicación y rediseño de los puestos de trabajo, en colaboración con la*

¹³⁶⁶ Art. 13.1. Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

¹³⁶⁷ Disposición adicional primera de Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

¹³⁶⁸ Artículo 2.2.4 del Real Decreto 860/2018.

¹³⁶⁹ Art. 4.1. del Real Decreto 860/2018.

¹³⁷⁰ BOIX, P. et al.: Protocolo para la gestión... cit., p. 37.

empresa y los servicios de prevención de la misma y con la participación de los representantes de los trabajadores”.

La redacción del precepto reproducido planteaba dudas técnicas, pero tenía también algunas fortalezas¹³⁷¹, que bien podrían servir para orientar algunos de los aspectos clave de una intervención legislativa, necesariamente más profunda y ambiciosa, que diera carta expresa de reconocimiento a la figura de los planes de retorno al trabajo en el sistema español. Sin embargo, se ha visto más atrás¹³⁷² que dicha disposición adicional adolecía de serias dudas de legalidad y que puede considerarse tácitamente derogada. Por añadidura, en lo que se refiere a los planes de regreso al trabajo, careció siempre del desarrollo que la propia norma indicaba precisar, porque la participación de las mutuas debía producirse *“en los términos y con el contenido que se establezcan en las disposiciones de aplicación y desarrollo de este real decreto”*.

Dicha norma contaba, a su vez, como precedente, con otro precepto que contenía una clara alusión a los planes de retorno al trabajo, aun sin denominarlos así, como es la ya mencionada Disposición Adicional 19 de la Ley 35/2010. Recuérdesse que la misma hacía referencia a la aplicación de planes *“pactados en el ámbito de la empresa con la representación de los trabajadores que modifiquen las condiciones de trabajo, flexibilicen el cambio de puesto de trabajo de los trabajadores afectados por enfermedad común...”*, cuyos resultados positivos podrían ser premiados por las mutuas con una reducción de las cotizaciones por contingencias comunes. La diferencia con el Real Decreto 1630/2011, y el motivo por el que este no puede interpretarse como una norma de desarrollo de la Ley 35/2010, es que, en este caso, no se contemplaba un asesoramiento o una intervención directa por parte de la mutua en la aplicación de los planes de retorno al trabajo, sino solo su capacidad de incentivarlos económicamente. Otra divergencia relevante es que dichos incentivos se financiarían con el conjunto de los excedentes obtenidos con la gestión económica de la incapacidad temporal y no solo los correspondientes a procesos derivados de contingencias profesionales. Con todo, tal

¹³⁷¹ En primer lugar, es importante la mención a que los planes de retorno al trabajo deban elaborarse con la participación conjunta de la mutua, la empresa y su servicio de prevención, con la intervención de los representantes de los trabajadores. La coordinación entre dichos sujetos es un presupuesto fundamental para su funcionamiento, aunque seguramente faltaría la alusión a los médicos del sistema público de salud, que siguen siendo los responsables sanitarios de la mayoría de procesos. Esta cooperación entre los distintos actores implicados en la valoración y recuperación de la capacidad productiva del trabajador con los responsables organizativos y sanitarios del entorno laboral donde esta se ejecuta es inexistente en España, aunque resulta un requisito indispensable para la aplicación de medidas de retorno al trabajo. En segundo lugar, también es de valorar la toma de conciencia de que es necesario un mayor esfuerzo en conseguir la reincorporación al trabajo de los empleados con *“patologías crónicas o bajas reiteradas”*, pese a que no se mencionen en directa relación con los planes de retorno al trabajo. Y, en tercer lugar, se apunta en la buena dirección al señalar la necesidad de respetar *“en todo caso, al derecho a la intimidad y a la dignidad de los trabajadores, y garantizando la confidencialidad de las informaciones referidas a su estado de salud”*, teniendo en cuenta que, como se verá, la garantía de la privacidad es uno de los principales retos que se plantean en esta materia.

¹³⁷² Vid., apartado 2.2 del epígrafe tercero del segundo Capítulo, en relación con las competencias de las mutuas en materia de promoción de la salud de los trabajadores.

previsión, que nunca se llegó a sustanciar, también debe entenderse tácitamente derogada tras la refundición vigente del texto de la LGSS.

El hecho de que las anteriores disposiciones, que contenían las primeras referencias normativas explícitas en nuestro país a los planes de retorno al trabajo, no llegaran a consolidarse en la normativa laboral puede atribuirse, a mi modo de ver, a varios factores. De un lado, se introdujeron, sobre todo en el caso de la Ley 35/2010, en un contexto claramente desfavorable, como era el de la respuesta jurídica a una grave crisis económica y de déficit público. La experiencia internacional ha demostrado que un verdadero replanteamiento de una prestación clásica tan importante y sensible como la incapacidad temporal suscita debates serios, exigentes de un grado notable de osadía política¹³⁷³, que hubiera sido complejo afrontar en ese momento. De otro lado, la adopción o incentivación de los planes de retorno al trabajo se enunció solamente como atribución competencial de las mutuas, sin dotarlos de una relación estructural clara con el régimen jurídico de la incapacidad temporal. Por ello, tanto las mutuas como los empresarios se veían obligadas a asumir un grado muy alto de inseguridad jurídica a la hora de querer ponerlos en la práctica.

Sea como fuere, dichas previsiones fueron derogadas y la puerta que se había abierto a los planes de retorno al trabajo se cerró de forma tácita, pero suficientemente significativa, con la reforma de 2014, que hubiera representado una oportunidad más idónea para abordar esta cuestión¹³⁷⁴. Ello significa que un eventual replanteamiento normativo en el sentido en que se apunta tendría que partir prácticamente de cero. Aun así, como se verá, la negociación colectiva ya ha empezado a adelantarse al legislador laboral, al introducirse medidas de retorno al trabajo en algunos convenios colectivos, que son bien ilustrativas de la dirección en la que convendría avanzar.

2.1.2. Los problemas de su encaje en el régimen jurídico sustantivo de la incapacidad temporal

Con la salvedad de su posible inclusión entre algunas atribuciones competenciales de las mutuas, la falta de cualquier otra alusión a los planes de retorno al trabajo en las leyes laborales sustantivas vigentes los sitúa en la anomia, a diferencia de otras figuras de contenido similar como pudieran ser las medidas de prevención de riesgos laborales o las medidas de ajuste razonable, que constituyen deberes empresariales de obligado cumplimiento. Es decir, como quedan conceptualmente excluidas de lo que establece la normativa preventiva y antidiscriminatoria, las medidas que facilitan la vuelta al trabajo de los trabajadores de baja por incapacidad temporal forman parte de lo que se consideran buenas prácticas empresariales, o responsabilidad social corporativa, cuya implantación depende de la determinación de la propia organización o de los

¹³⁷³ CRESPI FERRIOL, M.: 'Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria', Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 73, (2021), p. 10 y ss.

¹³⁷⁴ BOIX, P. y BENAVIDES, F. G.: 'Gestión del retorno al trabajo... cit.', p. 6.

compromisos que esta adopte, igual que ocurre en el caso de las ya estudiadas medidas de promoción de la salud extralaboral¹³⁷⁵. En cuanto a los trabajadores, también para ellos es voluntaria la participación en planes de retorno al trabajo, puesto que tienen derecho a regresar al mismo trabajo en las mismas condiciones en las que se ausentaron y, en principio, el alta médica no se emitirá hasta que no puedan hacerlo, con independencia de ostentar capacidad laboral residual para otras labores.

Se ha afirmado que las empresas podrían servirse del artículo 20.4 ET para valorar la posible reincorporación del trabajador temporalmente incapacitado en un puesto distinto, o en el mismo convenientemente adaptado¹³⁷⁶. De tal forma, podrían plantear la adopción de planes de retorno al trabajo sin contar necesariamente con el apoyo de una mutua. Esta resignificación del reconocimiento médico del artículo 20.4 ET sería positiva, en el sentido de que permitiría ampliar sus objetivos más allá de la persecución del fraude, en cuyo ámbito ha podido verse que los resultados prácticos para reducir el absentismo son limitados. Ahora bien, la prudencia obliga a señalar que esta propuesta no está libre de problemas. En primer lugar, requeriría adoptar una interpretación extensiva de la virtualidad del artículo 20.4 ET, cuya literalidad solo se refiere a la verificación del estado de salud del trabajador y cuya ubicación sistemática lo orienta hacia fines de fiscalización y no propositivos.

En segundo lugar, el hecho de que, por esta vía, pudieran encontrarse soluciones alternativas a la incapacidad temporal, no implica que existan mecanismos adecuados para llevarlas a cabo. Así, por ejemplo, el reconocimiento médico podría servir para identificar un puesto de trabajo alternativo, dentro de la propia organización, para el que el empleado sí contara con la capacidad laboral suficiente. Teóricamente, una adaptación de semejante naturaleza debería articularse jurídicamente a través de una modificación funcional o sustancial de las condiciones de trabajo. Tales decisiones podrían adoptarse durante la situación de suspensión contractual, que no anula las facultades del poder de dirección empresarial¹³⁷⁷. Sin embargo, no alcanzarían a detener o sustituir el proceso de incapacidad temporal en el que estuviera inmerso el trabajador, porque no podrían ser efectivas hasta la reanudación de su actividad laboral, una vez emitida ya el alta médica por curación. Además, la solución solo sería posible si consistiera en la movilidad funcional dentro del correspondiente grupo profesional. Una modificación que fuera más allá estaría mal fundamentada, puesto que las causas previstas en los artículos 39 y 41 son circunstancias relativas a la situación coyuntural de la propia organización y no referentes a la inserción del trabajador en la misma, en función de su estado de salud.

¹³⁷⁵ Vid., FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., pp. 104 y 105, 108.

¹³⁷⁶ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 130.

¹³⁷⁷ VIDA SORIA, J.: 'La incapacidad temporal...' cit., pp. 21 y 27.

De la voluntariedad de los planes de retorno al trabajo para los empleados, así como de las limitaciones que se acaban de señalar respecto de la utilidad del artículo 20.4 ET en este campo, da buena muestra un grupo de sentencias en las que se refleja el rechazo sostenido por parte de nuestros tribunales a la particular política de gestión interna del absentismo de una conocida cadena de supermercados española, consistente en tratar de adaptar unilateralmente los efectos de la suspensión contractual por incapacidad temporal, para acortar las ausencias de sus empleados. Dicha empresa ordenó en reiteradas ocasiones la valoración de sus trabajadores en incapacidad temporal por su servicio de prevención interno y, en vista del resultado, les ofrecía una adaptación de sus condiciones laborales *“que se ajustara a sus limitaciones”*¹³⁷⁸ para facilitar su reincorporación al trabajo, *“haciendo menos funciones de las que realizaba antes de la baja, o menos horas, o unas funciones distintas”*¹³⁷⁹.

La razón por la que tal intento de aplicación de planes de retorno al trabajo generó controversias laborales que llegaron a los tribunales es que los ofrecimientos de reincorporación adaptada al trabajo iban acompañados de conminaciones a los trabajadores para que solicitaran a su médico de atención primaria la expedición del alta voluntaria, bajo amenaza de que, en caso contrario, iban a ser despedidos. Por este motivo, a la hora de enjuiciar la legalidad del despido producido tras la negativa uno de los trabajadores afectados, el Tribunal Supremo¹³⁸⁰ consideró que la conducta de la empresa tendente a forzar el alta ponía en riesgo su salud, al pretender que abandonase el tratamiento médico prescrito con la baja. Por ello, la extinción debía considerarse nula, en tanto que lesiva para el derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE. Cabe aventurarse a pensar que, seguramente, al estar supervisada la adaptación laboral por el servicio médico de la empresa, no tendría por qué haberse producido un riesgo grave para la salud¹³⁸¹. Pero lo esclerótico del modelo general de vuelta al trabajo impedía si quiera entrar a reflexionar seriamente sobre tal posibilidad.

Como alternativa a la vía anterior, ya rechazada judicialmente, también se ha planteado que, en lugar de instarse al trabajador a que pida el alta para participar de alguna medida que facilite su retorno al trabajo, la propuesta la dirija la empresa directamente a los servicios públicos de salud, para que estos valoren su conveniencia y, consiguientemente, la posible expedición del alta médica¹³⁸². Es decir, se comunicaría al órgano responsable del seguimiento médico del proceso la intención de variar las funciones o condiciones de trabajo del empleado, para que aquel dé por terminado el proceso de incapacidad temporal, si estima que el estado de salud del trabajador le

¹³⁷⁸ STSJ Islas Canarias 19/05/2017 (Rec. núm. 1071/2016).

¹³⁷⁹ STSJ Andalucía 4/10/2011 (Rec. núm. 402/2011).

¹³⁸⁰ STS 31/01/2011 (Rec. núm. 1532/2010), confirmando de la STSJ Asturias 12/03/2010 (Rec. núm. 188/2010), previamente dictada en el mismo sentido.

¹³⁸¹ Esta política, de hecho, se valoró positivamente, desde el ámbito médico, por GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A.; PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: *La incapacidad laboral...* cit., p. 23.

¹³⁸² RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La incapacidad temporal...* cit., p. 106.

permitiría trabajar en esas nuevas circunstancias. Esta posibilidad parece admitirse, de hecho, en la ‘Guía de valoración de la incapacidad temporal para médicos de atención primaria’¹³⁸³, en cuya elaboración participa oficialmente el INSS. El problema, con todo, es que no existe en la actualidad ningún mecanismo formal de coordinación entre los servicios de prevención y los médicos responsables del seguimiento de la incapacidad temporal.

Al margen de su desconocida implantación en la práctica, la viabilidad jurídica de dicho mecanismo bajo el actual marco normativo también es, cuanto menos, dudosa. Por un lado, la posibilidad de que, incluso con un acuerdo privado entre las partes, pueda alterarse el curso de la suspensión contractual por incapacidad temporal, adelantando su finalización, no termina de encajar con su configuración legal actual. Ello se debe a que, a diferencia de lo que ocurre con otras causas de interrupción de la prestación laboral, como la excedencia voluntaria del artículo 46.2 ET, no se contempla en nuestro sistema la libre disposición sobre la incapacidad temporal por el empresario, por el trabajador o por la concurrencia de las voluntades de ambos¹³⁸⁴. Por otro lado, esta posibilidad no se prevé, en ningún caso, entre las normas reguladoras del transcurso ordinario de los procesos de incapacidad temporal, que no es solo una vicisitud contractual que afecte a un negocio jurídico privado, sino también un proceso administrativo regido por una serie de actos jurídico-públicos pautados.

Desde el punto de vista de la relación de Seguridad Social, para activar el plan de regreso al trabajo debería obtenerse previamente el alta. Como se adelantaba, ello no generaría excesivos problemas en el caso de procesos derivados de contingencias profesionales gestionados por mutuas, pero sí en el caso de procesos derivados de contingencias comunes gestionados por el servicio de salud. En este último, el facultativo podría negarse legítimamente a expedir un alta prematura y perder el control técnico sobre la incapacidad laboral. Lo que se desprende de los artículos 174.1 LGSS y 5.1 del Real Decreto 625/2014 es que dicho documento ha de facilitarlo cuando, por curación o mejoría de la dolencia que padecía el trabajador, cese el impedimento para dedicarse a su puesto de trabajo, después de una valoración objetiva de su estado clínico y con independencia de su voluntad subjetiva o la de la empresa. En sentido contrario, se ha afirmado¹³⁸⁵ que el derecho constitucional al trabajo y la legislación sanitaria reguladora del derecho a la autonomía del paciente permitirían al trabajador exigir el alta médica voluntaria. Sin embargo, tal alta médica voluntaria no existe en relación con

¹³⁸³ TERRADILLAS GARCÍA, M^a. J. (Dir.): Guía de Valoración... cit., p. 52, que, al exponer la valoración que debe hacer el médico sobre el impedimento que sufre el interesado para realizar su trabajo, establece que *“en determinadas ocasiones, el Médico de Trabajo de la empresa, tras valorar al trabajador y siempre que lo considere oportuno podrá formular una ‘Propuesta de readaptación del puesto de trabajo’ de modo que se modifiquen las condiciones del mismo para que el trabajador pueda continuar desempeñando sus tareas, de acuerdo con sus capacidades”*.

¹³⁸⁴ RIVAS VALLEJO, P.: La suspensión... cit., p. 54.

¹³⁸⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 107.

la incapacidad temporal¹³⁸⁶. Esta figura solo se contempla en el ámbito asistencial y hace referencia al documento que se propone firmar a un paciente cuando no acepta el tratamiento prescrito¹³⁸⁷.

Por último, un inconveniente adicional para la posible aplicación, en condiciones de seguridad, de los planes de retorno al trabajo a los procesos derivados de contingencias comunes, conforme a la legislación actual, es que se generan dudas sobre la necesaria supervisión médica del proceso de reincorporación. Así, de un lado, cabe pensar que durante tal periodo de tiempo recaería sobre el empresario, con especial intensidad, el deber general de no ocupar al empleado en un trabajo para el que no esté capacitado, del artículo 15.2 LPRL¹³⁸⁸. Pero, de otro lado, los programas de retorno al trabajo, al no poder considerarse medidas preventivas, no se contemplan expresamente entre las atribuciones de los servicios de prevención de riesgos laborales. Por tanto, no queda garantizada su dedicación a dichas labores. En todo caso, lo que es seguro es que la dedicación del personal sanitario de prevención a los planes de retorno al trabajo sería limitada, porque, como ya se había mencionado, el artículo 4 del Real Decreto 843/2011 garantiza unas ratios de tiempo mínimo reservadas para las labores estrictamente preventivas.

En síntesis, el diseño e implantación de los planes de retorno al trabajo puede inscribirse en el marco competencial de las mutuas, pero solo en lo que respecta a la gestión de los procesos derivados de contingencias profesionales. Ello contradice la vocación de generalidad con la que estos planes se conciben desde el ámbito técnico. Además, esta atribución no encuentra un apoyo sólido en la regulación sustantiva de la incapacidad temporal, ni en su dimensión contractual, ni de Seguridad Social. En el caso de las contingencias comunes, por otro lado, la cuestión se complica especialmente, porque la aplicación de los planes de retorno al trabajo, a falta de la posibilidad de intervención de la mutua, recaería directamente sobre la empresa, que no tiene ninguna capacidad de influencia sobre el transcurso de la incapacidad temporal. Aunque se admita que el artículo 20.4 ET pudiera servir para plantear un plan de regreso al trabajo, este no puede implementarse con un mínimo de seguridad jurídica hasta el momento en el que el trabajador recibe su alta médica. En consecuencia, ni siquiera contando con el consentimiento del trabajador, la ejecución de medidas de retorno al trabajo permite sustituir su ausencia por un trabajo adecuado a su estado de salud.

Al mismo tiempo, dado que la adopción de los planes de retorno al trabajo solo es posible después del alta, la legislación obstaculiza o impide que se aplique el principio

¹³⁸⁶ Así lo recoge, de hecho, el 'Incapacidad temporal: Manual para el manejo en atención primaria', editado en 2008 por la Sociedad Madrileña de Medicina de Familia y Comunitaria, p. 215, en el que se indica que no se admite el derecho al alta médica voluntaria por incapacidad temporal.

¹³⁸⁷ El art. 21.1 de la Ley de la Autonomía del Paciente indica que "*En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria*".

¹³⁸⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal... cit., p. 164.

de intervención temprana con el que los expertos médicos conciben estas medidas de activación laboral. La reincorporación del trabajador tras el alta médica es, de hecho, a falta de otra posibilidad, el momento en el que se aplican actualmente las medidas de activación laboral pactadas en la negociación colectiva de nuestro país que se tratarán a continuación. Y, en efecto, su aplicación en ese momento resulta positiva (porque puede contribuir a evitar nuevos procesos de incapacidad temporal por recaídas) pero, a fin de cuentas, insuficiente. Debiendo esperar, en la práctica, a la recuperación funcional del trabajador se produce un tiempo de absentismo laboral que podría dedicarse a la incorporación laboral temprana. Nuestro marco legislativo actual no favorece, en definitiva, la implantación de los planes de retorno al trabajo con un alcance amplio, ni contribuye a posibilitar que se lleve a cabo una intervención laboral precoz, durante la convalecencia del trabajador, con la mira puesta en su recuperación sanitaria.

2.2. Los planes de retorno al trabajo en la negociación colectiva

La negociación colectiva se ha adelantado a la legislación en la incorporación de los planes de regreso al trabajo y, en algunas ocasiones, todavía escasas, está obligando a los empresarios a facilitar el regreso al trabajo de los empleados tras la incapacidad temporal (no antes del alta), aun con los condicionantes legales que se acaban de señalar. En los convenios colectivos pueden detectarse cláusulas relativas a medidas de adaptación de las condiciones laborales que, contando con un ámbito subjetivo más amplio que el que concierne a discapacitados o trabajadores especialmente sensibles, contribuyen a promover el regreso al trabajo y la permanencia en el empleo de los trabajadores con enfermedades crónicas¹³⁸⁹. Con tal fin, se emplean categorías jurídicas de mayor alcance, como la de trabajadores con capacidad laboral disminuida “*como consecuencia de la convalecencia*”¹³⁹⁰ o “*de carácter no invalidante*”¹³⁹¹. Asimismo, en un sentido similar a lo que hace el legislador con las competencias de las mutuas, algunos convenios colectivos limitan la obligación empresarial de adaptación del trabajo a empleados que sufran patologías derivadas de contingencias profesionales¹³⁹².

En cuanto al contenido de las medidas favorecedoras del retorno al trabajo contempladas en la negociación colectiva, lo más común es prever la adaptación del puesto de trabajo al estado de salud del personal que lo ocupa¹³⁹³ o la movilidad funcional por motivos de salud, por la que se permite que la persona afectada pueda

¹³⁸⁹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 113.

¹³⁹⁰ Art. 20 Convenio Colectivo provincial de envasado y preparación de especias naturales, condimentos y herboristería (BO Burgos 20/08/2018).

¹³⁹¹ Art. 149 Convenio colectivo único para el personal laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid 23/08/2018)

¹³⁹² Art. 13.d III Convenio colectivo del personal de la red de ventas de Aguas Danone, SA, antes denominada Aguas Fontvella y Lanjarón, SA (BOE 2910/2020).

¹³⁹³ Art. 149 Convenio colectivo único para el personal laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid 23/08/2018).

desarrollar un “*trabajo conforme a su situación*”¹³⁹⁴. También se contempla que, cuando sea necesario, el trabajador reciba previamente la correspondiente formación profesional, adecuada a las características del nuevo puesto de trabajo, y se ha detectado un solo convenio colectivo en el que la movilidad laboral puede ser geográfica, para facilitar que el trabajador pueda acudir a rehabilitación, si su centro se encuentra en una localidad lejana¹³⁹⁵. Estas medidas se prevén normalmente con carácter transitorio, hasta que la recuperación del trabajador le permita volver a su puesto de trabajo original, y es habitual que le garanticen la percepción de su retribución íntegra, aunque sea destinado a un puesto de categoría inferior. Existe igualmente, en algún caso, la posibilidad de que, tras dicho periodo de transitoriedad, el trabajador pueda optar a la permanencia en el nuevo puesto de trabajo, en cuyo caso debe asumir las condiciones económicas que correspondan a dicho puesto¹³⁹⁶.

Por otra parte, hay convenios recientes que reconocen el derecho a beneficiarse de medidas de adaptación del puesto de trabajo, en particular, a pacientes oncológicos, como resultado de la mayor concienciación social que ha surgido sobre las dificultades que tienen para reincorporarse a la vida laboral¹³⁹⁷. En algunos casos, no obstante, se contempla que, excepcionalmente, también podrán beneficiarse de las mismas adaptaciones laborales las personas que se encuentren en proceso de recuperación por otras patologías de especial gravedad. Si bien, la aceptación de la solicitud se condiciona, en varios convenios colectivos, a que lo permitan las condiciones del servicio de la empresa.

A diferencia de las anteriores, estas medidas destinadas a pacientes con cáncer, cuya adopción se contempla, tanto durante el tratamiento de quimioterapia o radioterapia, como a su finalización, suelen consistir en la adaptación del tiempo de trabajo. Así, por ejemplo, se prevé que los trabajadores puedan reducir su jornada diaria, con su correlativa minoración del salario, en una proporción que se ajuste sus necesidades médicas¹³⁹⁸. Igualmente, pueden encontrarse, sobre todo en el ámbito del sector público, convenios colectivos que contemplan la modulación progresiva de la jornada laboral de los trabajadores con cáncer, sin reducción de su salario¹³⁹⁹. Por

¹³⁹⁴ Art. 20 Convenio Colectivo provincial de envasado y preparación de especias naturales, condimentos y herboristería (BO Burgos 20/08/2018).

¹³⁹⁵ Art. 42.3 IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 17/05/2019).

¹³⁹⁶ Art. 42.7 IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 17/05/2019).

¹³⁹⁷ Vid., por ejemplo, el Informe ‘Como volver al trabajo después de cáncer’, Editado en 2019 por la Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC, p. 12.

¹³⁹⁸ Art. 30.e II Convenio colectivo de Gas Natural Fenosa, SA (BOE 7/03/2017) y art. 45.e IV Convenio Colectivo de la Universidad de Extremadura (personal laboral de administración y servicios (DO Extremadura 20/02/2020) y art. 36.2.c Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (BOE 23/11/2018).

¹³⁹⁹ Art. 112 convenio colectivo único para el personal laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid 23/08/2018), art. 45.h IV Convenio Colectivo de la

ejemplo, se estipula para los empleados de la Administración pública catalana un periodo de acomodación progresiva a la reincorporación laboral durante el cual la jornada se reducirá en un 50 % el primer mes, en un 25 % el segundo mes y en un 10 % el tercer mes, con un mínimo de trabajo efectivo de dos horas diarias¹⁴⁰⁰. Asimismo, resulta especialmente interesante la previsión de que las acciones anteriores puedan acompañarse de otras que contribuyan a su buen funcionamiento, como la flexibilidad horaria o una vía específica de acceso al teletrabajo por motivos de salud.

En cuanto a su exigibilidad jurídica, este tipo de adaptaciones temporales del trabajo se configuran, en ocasiones, como un derecho subjetivo de los trabajadores con cáncer, cuyo obligado cumplimiento por la empresa no requiere más que la acreditación de la enfermedad. En otras, se regulan como una posibilidad a valorar si se considera, previo análisis de cada caso concreto, que su adopción puede contribuir *“a la plena recuperación funcional de la persona o evite situaciones de especial dificultad o penosidad en el desempeño de su trabajo”*¹⁴⁰¹. A veces se contempla, como requisito procedimental preceptivo u optativo, la intervención de los servicios de prevención de riesgos laborales, con la emisión de un informe previo o con la supervisión de las actuaciones y la evaluación continua de su implantación. Lo anterior debe valorarse muy positivamente porque, aunque las medidas de reincorporación no comparten la naturaleza de las medidas preventivas y no forman parte de sus competencias directas, el acompañamiento por un profesional con conocimientos en medicina del trabajo asegura su utilidad y seguridad, así como la evitación de efectos contraproducentes para la salud del trabajador.

En cuanto a sus carencias, no deja de sorprender que, pese a que las únicas ocasiones en las que la legislación ha nombrado los planes de retorno al trabajo ha sido para ensayar su atribución a las mutuas, no se ha encontrado ningún convenio colectivo que haga referencia a la participación de tales entidades colaboradoras en la adopción de este tipo de medidas. También es reseñable la falta de previsión convencional sobre la implicación en el proceso de los representantes legales de los trabajadores o de los delegados de prevención de riesgos laborales, aunque en algún convenio colectivo sí se contempla la intervención de la subcomisión paritaria ante supuestos de movilidad

Universidad de Extremadura (personal laboral de administración y servicios (DO Extremadura 20/02/2020), art. 60.p Convenio Colectivo de la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (BO Junta de Andalucía 20/12/2018), art. 37.g IV Convenio Colectivo de empresas y personal del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia para la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha (DO Castilla-La Mancha 11/02/2020), art. 43.q VIII Convenio colectivo del Personal de Tierra de la E.P.E. Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR). En el sector privado, puede verse el art. 17 Convenio Colectivo de Reale Grupo Asegurador (BOE 13/06/2017).

¹⁴⁰⁰ Acuerdo de la Mesa general de negociación de los empleados públicos de la Administración de la Generalidad de Cataluña por el que se establecen varias medidas relativas a la prestación de servicios con enfermedades de especial gravedad (DO Generalitat de Catalunya 18/11/2019).

¹⁴⁰¹ Art. 112 convenio colectivo único para el personal laboral al Servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid 23/08/2018).

funcional¹⁴⁰². Tal omisión va en contra de las recomendaciones que se han emitido, por ejemplo, desde el INSST¹⁴⁰³, aunque no puede considerarse ilegal, ya que, al no tratarse de medidas de prevención de riesgos laborales, no es preceptivo su tratamiento en el marco habitual de participación de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo. Por último, pese a que la solicitud de medidas de retorno al trabajo, que recae sobre el trabajador, requiere la entrega a la empresa de información clínica muy sensible relativa a su enfermedad, solo en uno de los acuerdos mencionados se impone expresamente a todos los intervinientes un deber específico de confidencialidad¹⁴⁰⁴.

3. Las modificaciones normativas necesarias para favorecer la adaptación cualitativa y cuantitativa del trabajo a las capacidades del empleado en incapacidad temporal

Acaba de mostrarse que existen en España diversos intentos relativamente aislados de implantación de programas de retorno al trabajo de los trabajadores que se encuentran en incapacidad temporal. Sin embargo, el régimen legal de esta prestación de Seguridad Social, no solo no contempla esta figura como noción jurídica, sino que posee varias notas características que dificultan su implantación por iniciativa privada. En particular, la figura en cuestión adolece de un punto ciego, referido a la inexistencia de resortes jurídicos específicamente aplicables a las bajas de media o larga duración que puedan favorecer el desarrollo de la actividad laboral en condiciones compatibles con el estado físico y/o psíquico del trabajador. Como recapitulación de lo anterior, recuérdese que (i) la pervivencia de algunas posturas judiciales y doctrinales que todavía mantienen que la incapacidad es generalmente incompatible con todo tipo de trabajo, (ii) la obligatoriedad de esperar a que el trabajador esté en condiciones de regresar al mismo puesto de trabajo y en las mismas condiciones laborales a la hora de emitir el alta o (iii) la inexistencia de una situación intermedia entre la baja y el alta que permita reconducir hacia el trabajo la capacidad laboral parcial del trabajador, son todas articulaciones legales que obstaculizan el acortamiento de incapacidades plenamente legítimas, pero que podrían evitarse con la mejora de la normativa.

En este sentido, el análisis comparativo internacional ha puesto de manifiesto que el principal factor desencadenante de la proliferación exitosa de los planes de retorno al trabajo en un determinado Estado es la existencia de un marco jurídico coherente con dicho objetivo, que cubra todos pasos del proceso¹⁴⁰⁵. Es cierto que, en algunos casos, la introducción de las políticas de retorno al trabajo no ha requerido de reformas

¹⁴⁰² Art. 42.3 IV Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (BOE 17/05/2019).

¹⁴⁰³ Nota Técnica de Prevención núm. 1116 'Mantenimiento y vuelta al trabajo: procedimiento', p. 2.

¹⁴⁰⁴ Acuerdo de la Mesa general de negociación de los empleados públicos de la Administración de la Generalidad de Cataluña por el que se establecen varias medidas relativas a la prestación de servicios con enfermedades de especial gravedad (DO Generalitat de Catalunya 18/11/2019).

¹⁴⁰⁵ OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 8.

normativas, sino que, por ejemplo, en Noruega, donde existe un fortísimo protagonismo regulatorio de la negociación colectiva, su implantación se ha basado en un acuerdo tripartito del Gobierno con los agentes sociales y, en Reino Unido, ha sido suficiente con la toma de decisiones a nivel de gestión del sistema de salud¹⁴⁰⁶. En España, con un sistema de Seguridad Social regido eminentemente por la ley, parece claro que la reforma de la incapacidad temporal que aquí se propone no puede producirse si no es a través de la modificación legal, con independencia de que pudiera dejarse después margen regulatorio a los agentes sociales. Ya se ha visto, a este respecto, que las medidas que a día de hoy se acuerdan en la negociación colectiva se ven perjudicadas, en su efectividad, por las limitaciones legales a las que deben sujetarse.

Los principales rasgos con los que debería contar la reforma pueden extraerse, como características elementales compartidas, del derecho comparado, a través del examen de las legislaciones que se dan en los países donde los planes de retorno al trabajo se han implementado con mayor profusión¹⁴⁰⁷. Dichos Estados presentan modelos diversos como resultado de procesos históricos de evolución de sistemas de Seguridad Social con raíces divergentes, pero tienen en común la reserva de la incapacidad temporal como una solución subsidiaria y secundaria, a la que solo se recurre en defecto de otras posibilidades de actuación, y que los trabajadores cuya capacidad laboral no se ha visto anulada trabajan en la medida de lo posible, si ello no perjudica su recuperación. Para ello, se prevén situaciones jurídicas que se sitúan a medio camino entre la normalidad productiva y la baja médica ordinaria, que permiten a los médicos graduar la capacidad laboral y a las partes de la relación laboral explorar fórmulas que permitan acelerar la reincorporación de los empleados, a través de la adaptación provisional del puesto de trabajo o las condiciones de trabajo a su estado sobrevenido de salud.

En concreto, como ya se refleja en los convenios colectivos españoles que tratan esta cuestión, la graduación de la capacidad laboral del trabajador, temporalmente afectada por una enfermedad o accidente, puede realizarse en términos cuantitativos, en referencia a parte de la jornada que puede trabajar, o cualitativos, en referencia a las funciones o condiciones en que puede trabajar, en este último caso, de modo similar a lo que ocurre entre nosotros con la incapacidad permanente. De acuerdo con lo anterior, las situaciones jurídicas que podrían preverse legalmente entre la normalidad y la incapacidad ordinaria son, respectivamente, la incapacidad temporal a tiempo parcial, o la incapacidad temporal funcional¹⁴⁰⁸ o circunstancial¹⁴⁰⁹. A partir de ahí se

¹⁴⁰⁶ *Ibíd.*, p. 56.

¹⁴⁰⁷ *Vid.*, CRESPI FERRIOL, M.: 'Incapacidad temporal... cit.', p. 10 y ss.

¹⁴⁰⁸ La denominación se toma de JOVER RAMÍREZ, C.: 'Incapacidad temporal... cit.', p. 46.

¹⁴⁰⁹ La relevancia práctica de ambas parece similar, ya que, en Reino Unido, donde pueden recomendarse, tanto adaptaciones funcionales o del puesto de trabajo, como del tiempo de trabajo, DORRINGTON, S.; ROBERTS, E.; MYKLETUN, A.; HATCH, S.; MADAN, I. y HOTOPI, M.: 'Systematic review of fit note... cit.', p. 533, refieren una utilización prácticamente equivalente.

abre un amplio abanico de posibilidades y los modelos internacionales difieren en aspectos jurídicos procedimentales y sustantivos tan fundamentales como el carácter público o privado de los organismos médicos a los que se les atribuye la valoración de la capacidad laboral del trabajador, el reparto de los costes que acarrea la implantación de las medidas y la voluntariedad u obligatoriedad de aplicar las propuestas para el retorno al trabajo, tanto para empresarios, como para trabajadores.

3.1. La incapacidad temporal a tiempo parcial o condicionada a las adaptaciones laborales

La medida legislativa de retorno al trabajo que presentaría un acomodo más sencillo a nuestro contexto jurídico es la incapacidad temporal a tiempo parcial. Esta modificación normativa permitiría volver al trabajo a empleados con capacidad laboral insuficiente para trabajar durante el tiempo de trabajo pactado¹⁴¹⁰, pero susceptibles de ser paulatinamente reincorporados al empezar a remitir los efectos más agudos de su enfermedad o accidente¹⁴¹¹, cuando estuvieran en condiciones de poder trabajar durante una determinada fracción de su jornada, por tener que soportar una carga o un desgaste físico y/o mental menor del habitual. La introducción de esta modalidad de disfrute de la prestación comportaría, *per se*, el reconocimiento legal definitivo de su compatibilidad con el trabajo, puesto que el trabajador recibiría, de manera simultánea, la parte del salario relativa al tiempo de trabajo prestado y la parte del subsidio correspondiente al tiempo de trabajo dejado de prestar.

Esta figura ha aparecido alguna vez contemplada entre las recomendaciones del Pacto de Toledo,¹⁴¹² indicándose que *“puede ser una estrategia, especialmente en los procesos psicosociales (en los que es necesario asociar en el diagnóstico y en el tratamiento a los profesionales de la psicología)”*. Tal vinculación de la incapacidad temporal a tiempo parcial con el mejor tratamiento de las enfermedades mentales ya se contemplaba en un informe previo de la OECD¹⁴¹³ como solución para reducir las ausencias de las personas con la capacidad laboral mermada, especialmente por este grupo patológico de creciente prevalencia. Asimismo, algunos profesionales médicos, concedores del sistema de gestión de la incapacidad temporal¹⁴¹⁴, consideran que la incapacidad temporal a tiempo parcial serviría para dar una mejor respuesta a la amplia variabilidad que puede presentar la salud de los trabajadores. La incapacidad a tiempo parcial también ha sido valorada por doctrina reciente, que destaca su potencial para

¹⁴¹⁰ NIETO ROJAS, P.: ‘La incompatibilidad... cit., p. 254.

¹⁴¹¹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 186.

¹⁴¹² Documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero del 2010 elaborado por el Gobierno como aportación a los trabajos de la Comisión Parlamentaria, P. 34.

¹⁴¹³ OECD: Sickness, disability... cit., p. 142.

¹⁴¹⁴ BOIX I FERNANDO, P.; COBOS SANCHIZ, D.; GADEA MERINO, R. y SOLÉ GÓMEZ, M. D.: ‘Programas de vuelta... cit., p. 98; DÍAZ SALAZAR, C. E.: ‘Reflexiones sobre la incapacidad... p. 129; GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A.; PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad laboral... pp. 26 y 27. Como documento técnico Vid., ‘Incapacidad temporal: Manual para el manejo en atención primaria’, editado en 2008 por la Sociedad Madrileña de Medicina de Familia y Comunitaria, p. 64.

reducir el gasto público¹⁴¹⁵ y el absentismo laboral¹⁴¹⁶, habiéndose planteado propuestas normativas¹⁴¹⁷ inspiradas por experiencias de Derecho comparado. Pese a ello, también hay quien se separa expresamente de los anteriores argumentos¹⁴¹⁸.

La mayor ventaja de esta propuesta, desde un punto de vista jurídico, es que su incorporación no requeriría cambios excesivamente profundos en la gestión técnica de la prestación por incapacidad temporal. De hecho, el cálculo de la prestación sería similar al que se produce ante supuestos de pluriempleo en los que la merma en la capacidad laboral solo afecta a una de las ocupaciones del trabajador, ya que la base de cotización es única para todos los empleos que se desempeñan y el subsidio se calcula sobre el contrato que se suspende¹⁴¹⁹. En consecuencia, la jornada laboral se reduciría en la proporción indicada y pasaría a cobrarse la prestación pública, también en su parte correspondiente. Así funciona la incapacidad temporal parcial en países nórdicos, como Suecia, donde el facultativo puede elegir entre cuatro grados de incapacidad temporal (total, del 75 %, del 50 % o del 25 %) en función de la situación y evolución del proceso patológico o, como Finlandia, donde la reducción del tiempo de trabajo prescrita puede oscilar entre el 40 y el 60 %.

Otra ventaja que ofrece esta medida es que la vuelta parcial o progresiva a la actividad laboral no resulta sin que ello resulte económicamente perjudicial para el trabajador¹⁴²⁰. Como se ha visto al analizar la negociación colectiva reciente, en algunas ocasiones se prevé que el trabajador pueda reincorporarse durante una parte de su jornada tras el alta médica, sin reducir proporcionalmente su salario. Pero dichas ocasiones son las menos y se limitan principalmente al sector público. En los demás casos, el trabajador puede ver mermados sus ingresos cuando se reincorpora a tiempo parcial, ya que perdería la prestación pública y percibiría solo una parte de su salario habitual. Por lo tanto, cuando implica una reducción ingresos, permitir la vuelta al trabajo a tiempo parcial no es una medida convencional de la que quepa esperar un gran potencial para incentivar el acortamiento de las incapacidades duraderas¹⁴²¹. Por lo tanto, con la introducción de la posibilidad de percibir la prestación pública a tiempo

¹⁴¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V.: 'El debate sobre la incompatibilidad... p. 16;

¹⁴¹⁶ Vid., JOVER RAMÍREZ, C.: 'Incapacidad temporal... cit., p. 45.

¹⁴¹⁷ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'La prestación de incapacidad... cit., p. 33 y ss.; NIETO ROJAS, P.: 'La incompatibilidad... cit., p. 253, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 186.

¹⁴¹⁸ ROMERO RODENAS, M. J.: La compatibilidad... cit., p. 79.

¹⁴¹⁹ FERNÁNDEZ PRATS, C.: La protección... cit., p. 55.

¹⁴²⁰ Vid., OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 24.

¹⁴²¹ Este mismo desincentivo económico es el que ha derivado en el relativo fracaso de medidas legislativas de retorno al trabajo en otros países, como la prestación de servicios a tiempo parcial horizontal o vertical contemplada en Italia como derecho de trabajadores con enfermedades oncológicas o crónico-degenerativas. Como indica FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 185, el ejercicio de dicho derecho comporta una reducción proporcional del salario que no se compensa económicamente, ni con una prestación de Seguridad Social, ni por la negociación colectiva, por lo que su uso ha resultado muy escaso en la práctica.

parcial, se ampliaría a la generalidad de los trabajadores una opción económicamente atractiva, que, al estar sufragada con fondos públicos, también lo es para las empresas.

Por el lado de las desventajas, la incapacidad temporal parcial adolece de cierto riesgo moral, aunque este no es más que una concreción del que se da en general en la prestación ordinaria. Dicho riesgo consiste en que los trabajadores finjan estar lo más enfermos posible, para trabajar un menor número de horas u obtener una incapacidad temporal completa, cuando les bastaría con una parcial¹⁴²². Por ello se señalaba en el ya citado documento del Pacto de Toledo¹⁴²³ que esta innovación “*siempre ha sido contemplada con desconfianza entre los gestores del sistema por la posibilidad de que abriera puertas a nuevos usos indebidos, y en este sentido debería abordarse sometida a controles concretos*”¹⁴²⁴. Ante este riesgo de fraude, se ha planteado limitar la incapacidad temporal parcial a trabajadores con enfermedades graves, cuyo diagnóstico no plantea dudas y cuya sintomatología es objetivable¹⁴²⁵. De hecho, ya se ha visto que, en esta línea, parte de los convenios colectivos que contemplan medidas de retorno al trabajo lo hacen estableciendo un ámbito de aplicación restringido a pacientes con cáncer o dolencias equiparables. No obstante, considero que la incorporación de las medidas de retorno al trabajo al sistema de protección social debería aspirar mantener su vocación de alcance general¹⁴²⁶, para que pudieran beneficiar al máximo número posible de trabajadores y empresas.

Por lo que respecta la incapacidad temporal funcional o condicionada a otro tipo de adaptaciones laborales, esta supondría el reconocimiento de una situación jurídica adecuada para trabajadores parcialmente recuperados, pero todavía impedidos para prestar el mismo trabajo en las mismas condiciones en que venían haciéndolo con anterioridad a la baja. Ello les permitiría realizar el mismo trabajo de forma adaptada u otro trabajo con requerimientos físico-psíquicos menos exigentes. Tales adaptaciones incluirían variaciones tan diversas como la movilidad geográfica, el teletrabajo, la asistencia en el transporte al centro de trabajo o las modificaciones horarias, entre otras. También podría contemplarse la formación del trabajador para el desarrollo de las mismas funciones de una manera acorde a sus nuevas condiciones de salud o su capacitación para un nuevo puesto, que permitiera su movilidad funcional¹⁴²⁷. Esta línea

¹⁴²² OECD: *Sickness, disability...* Vol. 2, p. 101.

¹⁴²³ Documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero del 2010 elaborado por el Gobierno como aportación a los trabajos de la Comisión Parlamentaria, P. 34.

¹⁴²⁴ Asimismo, como indica GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad... cit., p. 33, existiría cierto peligro de que trabajador y empresario acordaran tratar de obtener una prestación por incapacidad temporal parcial, sin reducir realmente el trabajo prestado. Si bien, la herramienta del registro de jornada del artículo 34.9 ET, debería poder ser útil a la hora de comprobar que el tiempo de trabajo prestado se corresponde con el permitido por el facultativo médico.

¹⁴²⁵ Vid., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad... cit., p. 36, seguido por NIETO ROJAS, P.: ‘La incompatibilidad... pp. 253 y 254.

¹⁴²⁶ En este sentido, Vid., OSHA: *Rehabilitation and return...* cit., p. 33 y FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: *La permanencia...* cit., p. 83.

¹⁴²⁷ OSHA: *Rehabilitation and return...* cit., p. 25.

de actuación ya había sido también mencionada ocasionalmente entre las recomendaciones del Pacto de Toledo, en las que se remarcaba la conveniencia de *“incentivar el cambio de puesto de trabajo ante dificultades adaptativas que están detrás de muchas de las bajas de mayor duración”*¹⁴²⁸.

La figura jurídica a través de la que podrían vehicularse dichas adaptaciones sería un alta médica condicionada a la adaptación del trabajo, compatible con la recomendación de trabajo a tiempo parcial. Este tipo de alta podría configurarse de modo que solo obligara a la reincorporación del trabajador en el caso de que se dispusieran los medios adecuados para que pudiera realizar su prestación laboral de la forma prescrita. Razonablemente, tal alta pasaría a ser definitiva, con los mismos efectos laborales que el alta ordinaria actual, cuando el trabajador hubiera recuperado su capacidad laboral hasta un punto que le permitiera regresar a su puesto de trabajo originario. Antes de dicho momento, el condicionamiento de la incapacidad proporcionaría una doble garantía para el trabajador; le permitiría negarse a volver al trabajo en condiciones perjudiciales para la salud, si la empresa no realizara las adaptaciones necesarias, y seguir sujeto a un control médico en el que se comprobara que, en su caso, tal actividad laboral no perjudicara su recuperación. Por lo que se refiere a la prestación económica de Seguridad Social, a diferencia de lo que ocurre con la incapacidad temporal a tiempo parcial, esta podría dejar de abonarse si las adaptaciones permitieran su reincorporación a jornada completa, por la que ya estaría recibiendo el correspondiente salario¹⁴²⁹.

3.2. La planificación, coordinación y aplicación de los planes de retorno al trabajo

3.2.1. Atribución de competencias para su gestión

La atribución de competencias y responsabilidades jurídicas en materia de retorno al trabajo es una cuestión difícil de trasladar a nuestro ordenamiento jurídico y la que más ha condicionado la efectividad real de las reformas adoptadas en estados de nuestro entorno¹⁴³⁰. Con el añadido de que, en España, la multiplicidad de sujetos interesados, no siempre bien coordinados, a los que implica la incapacidad temporal, convierte su régimen jurídico y su gestión, como se ha visto, en una cuestión profundamente compleja.

Como propuesta sobre la importación de este tipo de medidas a nuestro país, se ha indicado¹⁴³¹ que convendría atribuir al médico de atención primaria la

¹⁴²⁸ Documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero del 2010 elaborado por el Gobierno como aportación a los trabajos de la Comisión Parlamentaria, p. 34.

¹⁴²⁹ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad... cit., p. 35.

¹⁴³⁰ Eurofound: Employment and disability... pp. 6 y 7

¹⁴³¹ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 203 y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: ‘La prestación de incapacidad... cit., p. 34. Por su parte, desde la perspectiva médica, GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A.; PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad laboral... pp. 39 a 42 también plantean un modelo similar de

responsabilidad de determinar las capacidades que el trabajador mantiene e indicar, en su caso, las adaptaciones necesarias que harían posible su vuelta al trabajo. Es decir, la incapacidad temporal a tiempo parcial o funcional se prescribiría en los propios partes médicos de baja o de confirmación. Sin embargo, a mi modo de ver, la aplicación de los planes de retorno al trabajo requiere una coordinación entre los actores implicados mucho más profunda que la que se produce hoy en día a través del ya descrito circuito que recorren los partes médicos de incapacidad temporal, que sirve simplemente para dar cuenta de su mera existencia y continuidad, además de para facilitar su gestión económica y control sanitario. Tal vez este sistema pudiera servir en relación con la incapacidad temporal a tiempo parcial, pero es muy difícil que fuera suficiente para sostener recomendaciones prácticas solventes sobre otras adaptaciones o modificaciones funcionales del trabajo.

El papel de los facultativos del servicio público, como principales referentes en su asistencia sanitaria, sería crucial a la hora de animar a los trabajadores mantenerse activos y regresar al trabajo en términos más flexibles¹⁴³². Pero ya se expuso que uno de los problemas de la incapacidad temporal radica en que los médicos de atención primaria carecen de información objetiva sobre las atribuciones y condiciones laborales de los trabajadores. La clara desconexión que existe entre el sistema sanitario público y el mundo empresarial dificultaría la aplicación práctica de las recomendaciones. Por otra parte, dicha desconexión también se refleja en el ámbito de los intereses económicos de las partes implicadas, ya que los médicos del servicio público no tendrían incentivos suficientes para estudiar y plantear este tipo de medidas¹⁴³³. La mayoría de dichos médicos tampoco cuentan con la formación en medicina del trabajo que sería necesaria para proponer adaptaciones laborales. Y, además, no suelen mostrarse cómodos con la ampliación de sus funciones de gestión de la incapacidad temporal que trasciendan la prestación de atención médica a sus pacientes¹⁴³⁴.

Por todo ello, considero que sería conveniente seguir en la dirección ya apuntada por el Real Decreto 1630/2011 y profundizar en la capacidad jurídica de las mutuas para proponer y trazar planes de retorno al trabajo, extendiendo también su competencia a

flexibilización de la incapacidad temporal basada en una propuesta del médico que se coordine con el servicio de prevención.

¹⁴³² OECD: *Sickness, disability...* Vol. 2, p. 92.

¹⁴³³ MACEACHEN, E.; CLARKE, J.; FRANCHE, R. I. y IRVIN, E.: 'Systematic review... cit., p. 263.

¹⁴³⁴ Precisamente, los factores citados, relativos a la falta de coordinación entre los actores intervinientes y la escasa utilización de la posibilidad de recomendar adaptaciones laborales entre los médicos de atención primaria sin formación en medicina del trabajo, junto con su carga de trabajo o la erosión de su relación con los pacientes al discutir cuestiones relacionadas con la incapacidad temporal, son algunos de los defectos detectados en la regulación del Reino Unido, que, como consecuencia, está hoy en día en proceso de revisión. Vid., al respecto, DORRINGTON, S.; ROBERTS, E.; MYKLETUN, A.; HATCH, S.; MADAN, I. y HOTOPI, M.: 'Systematic review of fit note... cit., p. 537 y el Informe 'Improving Lives, the Future of Work, Health and Disability' publicado en 2017 por el Department for Work and Pensions del Gobierno británico, p. 43.

los procesos derivados de contingencias comunes¹⁴³⁵. Téngase en cuenta que el hecho de que las actividades preventivas de la Seguridad Social desarrolladas por las mutuas se circunscriban únicamente a la reducción de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales obedece a un contexto histórico normativo que ya ha sido sobradamente superado. Cuando se les confió la posibilidad de dedicar parte de sus excedentes a la prevención y rehabilitación laboral, su actividad se limitaba exclusivamente a la colaboración en la gestión de las contingencias profesionales¹⁴³⁶. Hoy en día, no obstante, sus actividades de gestión económica ya se han ampliado a las contingencias comunes y, además, también tienen la oportunidad de intervenir, con carácter subsidiario, en la prestación de asistencia sanitaria que se dispensa en tales procesos.

En consecuencia, la ampliación de las actividades preventivas de las mutuas, entre las que se encuentran los planes de retorno al trabajo, a las contingencias comunes, no dejaría de ser sistemáticamente coherente con su evolución histórica. En tal caso, habría que decidir, paralelamente, sobre el modo de financiar adecuadamente este tipo de actividades de las mutuas, puesto que parece razonable entender que ya no sería suficiente solamente con los excedentes obtenidos con la gestión de las incapacidades temporales derivadas de contingencias profesionales. Una opción sería incluir también los excedentes obtenidos con la gestión de las contingencias comunes, como se planteaba, en cierto modo, en la Disposición Adicional 19 de la Ley 35/2010. Seguramente, también sería necesario, al menos en un primer momento, que el Gobierno aportara fondos adicionales a las mutuas a través de los presupuestos generales del Estado para el impulso de los planes de retorno al trabajo.

De este modo, además de diseñar y gestionar técnicamente los planes de apoyo en el retorno al trabajo, las mutuas podrían proporcionar apoyo económico a las empresas, contribuyendo a financiar, además de las incapacidades temporales a tiempo parcial, por ejemplo, los instrumentos necesarios para la adaptación del puesto, la formación del trabajador para que pueda desarrollar otras funciones, los equipos de teletrabajo, ayudas al transporte de los trabajadores con problemas de movilidad o apoyo psicológico orientado específicamente al trabajo. Así se hace, por ejemplo, en Suecia, donde la prestación por incapacidad temporal se sustituye, de ser conveniente, por un cheque para el transporte y existe una subvención pública para la mitad del importe de las medidas de adaptación que costeen los empresarios¹⁴³⁷. Estas ayudas económicas contarían con la ventaja específica de tener un mayor alcance y agilidad que

¹⁴³⁵ En el mismo sentido, Vid., RAMOS MUÑOZ, R.: 'Aspectos de metodología de evaluación y gestión sanitaria de la incapacidad temporal tras publicación de Real Decreto 625/2014 y Ley 35/2014', Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 21, (2015), p. 141.

¹⁴³⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: 'La actividad preventiva... cit., p. 2.

¹⁴³⁷ Nordic Social Statistical Committee: Sickness absence... cit., p. 49.

las que se contemplan en España para personas con discapacidad¹⁴³⁸, que requieren de un reconocimiento formal previo de dicha condición.

Las fortalezas que presentarían las mutuas como organismos de coordinación de los planes de retorno al trabajo son múltiples. De hecho, en países como Austria, Alemania o Finlandia se ha atribuido esta función a entidades aseguradoras privadas de Derecho público, cuya gestión proactiva de las dolencias de origen laboral fue el catalizador de la expansión de los planes de retorno al trabajo a todo tipo de incapacidades¹⁴³⁹. Por un lado, las mutuas pueden funcionar más fácilmente como correa de transmisión de las necesidades organizativas de los empresarios hacia los sanitarios que evalúan las capacidades remanentes de los trabajadores y viceversa. Así, las mutuas tienen contacto directo con sus asociados y cuentan ya, a su vez, con las competencias necesarias para la supervisión de las incapacidades derivadas de contingencias comunes. Ello permitiría a sus facultativos médicos valorar las posibilidades de reintegración de los trabajadores en las empresas. Por otro lado, a diferencia de los servicios públicos de salud, las mutuas sí ostentan un interés económico directo en procurar la vuelta al trabajo de los empleados que se encuentran en incapacidad temporal¹⁴⁴⁰.

3.2.2. Su carácter obligatorio o voluntario para empresarios y trabajadores

En cuanto a la responsabilidad directa y la puesta en marcha de las adaptaciones necesarias para el regreso al trabajo, esta recaería en la empresa, debiéndose decidir si se optaría por un modelo de obligación jurídica vinculante u opcional. A su vez, habría que debatir sobre si la reincorporación prematura en condiciones adecuadas sería solo una opción para el trabajador, o si este tendría el deber jurídico de colaborar en la consecución de dicho fin. Buena parte de los documentos técnicos elaborados sobre los planes de retorno al trabajo apuestan por su voluntariedad y por su materialización como resultado de un acuerdo entre las partes de la relación laboral, basado en la confianza mutua y la buena fe¹⁴⁴¹. La predisposición positiva de ambas partes se ha descrito como determinante para el éxito de los planes de retorno al trabajo, ya que la autoconfianza del trabajador en sus posibilidades de volver a trabajar y el apoyo genuino del entorno laboral repercuten en sus motivaciones y capacidades psicofísicas¹⁴⁴². En este sentido, la opción por la voluntariedad es coherente con el hecho de que ambas partes deben estar dispuestas a realizar cierto sacrificio; el trabajador poniendo de su

¹⁴³⁸ Art. 39 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹⁴³⁹ OSHA: *Rehabilitation and return...* cit., p. 64.

¹⁴⁴⁰ Todas estas razones sirven para explicar también, por ejemplo, la atribución a las mutuas, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de la gestión de la prestación por riesgo durante el embarazo o la lactancia, cuyas semejanzas con los planes de retorno al trabajo ya se han señalado.

¹⁴⁴¹ En España, puede verse la Nota Técnica de Prevención del INSST núm. 1.116 'Mantenimiento y vuelta al trabajo: procedimiento', pp. 2 y 3 y BOIX, P. et al.: *Protocolo para la gestión...* p. 8.

¹⁴⁴² MACEACHEN, E.; CLARKE, J.; FRANCHE, R. I. y IRVIN, E.: 'Systematic review...' cit., p. 261.

parte para volver al trabajo sin estar en sus mejores condiciones, el empresario asistiéndolo en su rehabilitación y aceptando que, durante un tiempo, su productividad no va a ser plena, aunque ello permita tener mejores perspectivas de recuperación sostenible a largo plazo¹⁴⁴³.

En esta línea, son varios los estados europeos en los que la participación en planes de retorno al trabajo es voluntaria para ambas o, al menos, para una de las partes de la relación laboral¹⁴⁴⁴. Conforme a la legislación finlandesa, por ejemplo, la incapacidad temporal a tiempo parcial es voluntaria para el trabajador, pudiendo ser también rechazada por el empresario, si su aplicación requiere de ajustes organizativos no practicables. En el Reino Unido, las recomendaciones que el médico de familia haya podido incluir en los partes médicos sobre las adaptaciones laborales que permitirían al trabajador regresar a su puesto, o a otro distinto, se discuten en el seno de la empresa entre ambas partes de la relación laboral. Si el empresario no tiene la posibilidad de realizar los cambios sugeridos o no se llega a un acuerdo con el trabajador sobre su concreción, se aplica una incapacidad temporal ordinaria, con la suspensión completa de la prestación laboral¹⁴⁴⁵. En Alemania, los empresarios están jurídicamente obligados a elaborar un plan de reingreso al trabajo para todos los empleados cuya ausencia supere las seis semanas, pero estos últimos eligen libremente a la hora acogerse al mismo o no.

Pese a lo anterior, lo cierto es que la falta de un marco jurídico-institucional que imponga obligaciones efectivas se ha considerado un lastre para el impulso del retorno al trabajo¹⁴⁴⁶. Por sus importantes implicaciones sobre la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, varios países han configurado la adopción de planes de retorno al trabajo como una obligación jurídica, tanto para empresarios como para trabajadores, con la imposición de distintos grados de constrictión para su cumplimiento. Para los empresarios de Suecia o Noruega, el plan de retorno al trabajo constituye un documento de entrega preceptiva ante las entidades aseguradoras de la incapacidad temporal. Además, en el caso de Noruega, el régimen sancionador previsto para su incumplimiento era inicialmente algo laxo¹⁴⁴⁷ y tuvo que reforzarse para asegurar su cumplimiento¹⁴⁴⁸. En Holanda, la elaboración y aplicación de los planes de retorno al trabajo es un deber exclusivamente empresarial, sujeto a una estricta inspección por los organismos de la

¹⁴⁴³ BAKER-McCLEARN, D.; GREASLEY, K.; DALE, J. y GRIFFITH, F.: 'Absence management... cit., p. 326.

¹⁴⁴⁴ Vid., en mayor profundidad, OSHA: [Rehabilitation and return...](#) cit., p. 22.

¹⁴⁴⁵ Sin embargo, la voluntariedad por parte de los trabajadores en el Reino Unido es relativa, cuanto menos, desde el punto de vista español, ya que, al ser la prestación por incapacidad temporal muy escasa, sienten una presión económica importante para reincorporarse y, además, se permite su despido si se niegan injustificadamente a desarrollar un trabajo para el que estuviera capacitado.

¹⁴⁴⁶ Eurofound: [Return to work...](#) cit., p. 7.

¹⁴⁴⁷ OECD: [Sickness, disability...](#) cit., p. 132.

¹⁴⁴⁸ HAGELUND, A.: 'From economic incentives to dialogic nudging – The politics of change and inertia in Norwegian sickness insurance', *Journal on Social Policy*, núm. 43, (2014), p. 80.

Seguridad Social¹⁴⁴⁹. En cuanto a los trabajadores, si no colaboran en su reincorporación al trabajo, pueden enfrentarse a la reducción o pérdida de su prestación y, en su caso, a un posible despido.

En España, es indudable que la transición hacia un modelo en que los planes de regreso al trabajo fueran total o parcialmente voluntarios ya representaría, en sí misma, una mejora notable respecto de la situación actual. Ya se ha visto que actualmente dichos planes son opcionales para ambas partes, en tanto que tienen la consideración de buenas prácticas. Con todo, su posible adopción carece de un marco jurídico claro que los impulse y los dote de la seguridad jurídica necesaria. Abrir esta puerta a nivel legal, reconociendo los planes de retorno al trabajo como figura jurídica, facilitaría, por ejemplo, que pudieran abordarse a través de la negociación colectiva, especialmente a nivel de empresa, como parecía apuntarse en la ya comentada Disposición Adicional 19 de la Ley 35/2010. Cabría esperar que esta opción, sujeta a la aceptación del trabajador (o, al menos, a un pacto con los representantes de los trabajadores en la empresa), fuera la mejor acogida por los sindicatos, que se han venido mostrado preocupados por la presión a la que a veces se ven sometidos los trabajadores para reincorporarse sin estar en condiciones adecuadas¹⁴⁵⁰.

Las escasas propuestas doctrinales que se han dado entre nosotros, en cambio, son proclives a una intervención legislativa que establezca su disposición obligatoria para los empresarios. Ello se debe a que los acuerdos puntuales que puedan adoptarse en el marco de la negociación colectiva se prevén insuficientes, considerándose más adecuado que las medidas debieran ser de aplicación general¹⁴⁵¹. En tal caso, la empresa debería implantar los planes de retorno al trabajo en la medida que se lo permitan las circunstancias organizativas¹⁴⁵², siendo también obligatorio su acatamiento por parte de los trabajadores¹⁴⁵³. Al respecto, como ya se había adelantado, podría buscarse un mecanismo similar al que rige en relación con la protección de la maternidad del artículo 26.3 LPRL, conforme al cual la adaptación laboral de una persona en incapacidad temporal a tiempo parcial o de tipo funcional sea una obligación empresarial, a la que

¹⁴⁴⁹ Su transgresión se castiga con una penalización económica tan relevante como es el pago de la prestación por incapacidad temporal una vez superado su plazo ordinario de dos años, por un tercer año más, si se considera que no se ha actuado con toda la diligencia necesaria para poder reincorporar al trabajador.

¹⁴⁵⁰ AEVAL: Evaluación de las medidas... cit., p. 145.

¹⁴⁵¹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 114 o JOVER RAMÍREZ, C.: 'Incapacidad temporal...' cit., p. 49.

¹⁴⁵² FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., pp. 110 y 114, propone otorgar a todos los trabajadores un derecho genérico a la adaptación del puesto de trabajo, en caso de que lo necesiten, que no dependa de la buena voluntad del empresario y apoyado financieramente por la Seguridad Social.

¹⁴⁵³ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'La prestación de incapacidad...' cit., p. 37, indica que la imperatividad de la prestación adaptada para el trabajo supone el necesario reconocimiento de un mecanismo de reacción o recurso efectivo ante los tribunales de justicia.

deba sujetarse el trabajador, que solo ceda cuando no resulte “*técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados*”.

3.3.3. El marco procedimental para su aplicación en la empresa

Si se opta por este último modelo, en que los planes de retorno al trabajo resulten una obligación legal que no dependa de un compromiso alcanzado en el ámbito de la negociación colectiva o individual, sería conveniente garantizar igualmente la participación de los representantes de los trabajadores en su proceso de adopción, aunque no un derecho a veto. El derecho a veto resultaría un hándicap, como se ha detectado respecto del modelo implantado en Alemania, donde se requiere la negociación con los representantes legales de los trabajadores de cada plan individual de retorno al trabajo. Dicho requisito puede representar un obstáculo para su aplicación efectiva porque hace depender los planes de retorno al trabajo, en cada momento, de la buena o mala salud de sus relaciones con el empresario¹⁴⁵⁴. La opción técnicamente más sencilla sería, tal vez, añadir al artículo 64.2.c ET un inciso concerniente a los planes de retorno al trabajo. Con ello se impondría un deber de información, que permitiría a los representantes unitarios adoptar cierto rol de control de la aplicación que se haga de estas medidas.

También debería contemplarse la implicación directa de los servicios de prevención de riesgos laborales en la adopción de las medidas de adaptación laboral incluidas en los planes de retorno al trabajo, en apoyo del empresario y para comprobar que no se apliquen de forma inadecuada¹⁴⁵⁵. Los servicios de prevención propios o ajenos deberían estar, además, coordinados con la mutua para que, en caso de ser necesario, el reconocimiento médico del artículo 37.3.b.2 RPRL, previsto para trabajadores que han estado ausentes por un tiempo prolongado, se realizara antes de ser efectiva la reincorporación como consecuencia del alta a tiempo parcial o el alta condicionada. De este modo, se aseguraría la aptitud del trabajador para el trabajo proyectado y las medidas de retorno al trabajo se podrían compaginar adecuadamente con las medidas de prevención de riesgos que fueran recomendables. Ello contribuiría también a transitar, en general, hacia una cultura preventiva con una perspectiva más amplia de la seguridad y la salud laboral, no tan limitada a la estricta prevención de riesgos laborales¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵⁴ MITTAG, O. et. al.: ‘Intervention policies... cit., p. 1086.

¹⁴⁵⁵ Así, se hace, por ejemplo, en Holanda, donde entre las competencias de los servicios de prevención de riesgos se incluye expresamente la gestión médica de las incapacidades temporales y la responsabilidad directa de su reintegración laboral. Vid., RODRÍGUEZ CONTRERAS, R.: La organización preventiva de las empresas en España: Características distintivas respecto a otros modelos europeos, Madrid, 2015, p. 82 y OSHA: Rehabilitation and return... cit., p. 56.

¹⁴⁵⁶ Vid., YERKES, M. A.: Transforming the Dutch... cit., p. 45 y ss. y OECD: Sickness, disability... cit., p. 130, exponiendo que, en Holanda, la función de los servicios de prevención, y, en cierto modo, la responsabilidad jurídica de los empleadores, trasciende la neutralización de riesgos laborales, abarcando también la gestión del absentismo y la contribución a la rehabilitación clínica y laboral de los trabajadores.

En relación con lo anterior, la aplicación de los planes de retorno al trabajo genera un riesgo jurídico a tener en cuenta en relación con la adecuada preservación de la privacidad de los trabajadores¹⁴⁵⁷. La coordinación de todos los actores anteriores en torno a la adaptación del trabajo de los trabajadores incapacitados, supone, inevitablemente, una mayor circulación de una información tan sensible como es la referente al estado de salud¹⁴⁵⁸. Además, existe una cierta tensión entre (i) la conveniencia de que la empresa cuente con información suficiente sobre las necesidades del trabajador para poder aplicar las indicaciones de los facultativos adaptándolas a sus necesidades organizativas y (ii) su desconocimiento de la enfermedad o accidente que origina la incapacidad¹⁴⁵⁹. De hecho, se advierte que cuando la comunicación entre el responsable médico del proceso y la empresa no está bien trazada, esta última puede verse inapropiadamente involucrada en el tratamiento médico del trabajador¹⁴⁶⁰. Ello ha supuesto, que, por ejemplo, en Reino Unido¹⁴⁶¹, los partes de baja contengan una gran cantidad de información personal, por lo que, en la práctica, los departamentos de recursos humanos acaban teniendo noticia, incluso, del diagnóstico del trabajador¹⁴⁶². Por todo lo anterior, convendría proyectar legalmente, también en el ámbito del retorno al trabajo, el ya expuesto modelo de protección de datos previsto para la prevención de riesgos y la gestión de la incapacidad temporal.

3.3.4. Su incentivación económica. La relación con el despido del trabajador

Por último, tanto o más que su voluntariedad u obligatoriedad jurídica, un aspecto que viene considerándose clave en la profusión de los planes de retorno al trabajo es su correcta incentivación económica. Si dicho impulso no se da, es esperable una cierta

¹⁴⁵⁷ La propia ausencia laboral del trabajador durante su convalecencia representa una garantía indirecta de su intimidad, en la medida en que la falta de contacto con el empleador también supone para este último una falta de información sobre las patologías que le afectan. Por contraste, cuando el empleado conjuga su trabajo con el proceso de recuperación, su estado de salud queda inevitablemente expuesto a la vista y al juicio de valor de su entorno laboral.

¹⁴⁵⁸ OECD: *Sickness, disability...* Vol. 2, cit., p. 93. Da buena muestra de ello el escándalo nacional al que hace referencia RODRÍGUEZ CONTRERAS, R.: *La organización preventiva...* cit., p. 87, relativo a la revelación, en Holanda, del caso de una organización de gestión del absentismo en la que el personal administrativo encargado de coordinar los planes de retorno al trabajo tenía acceso a los expedientes clínicos de los trabajadores, a los que solo deberían poder acceder los médicos del trabajo, y se servía de ellos para presionarlos.

¹⁴⁵⁹ MALACHOWSKI, C. K.; BOYDELL, K.; SAWCHUK, P. y KIRSH, B.: "The "work" of workplace mental health: an institutional ethnography", *Society and mental health*, núm. 3, (2016), p. 214.

¹⁴⁶⁰ MACEACHEN, E.; CLARKE, J.; FRANCHE, R. I. y IRVIN, E.: 'Systematic review... cit., p. 264.

¹⁴⁶¹ El facultativo no se limita a indicar que el trabajador dispone de una capacidad laboral residual que puede ser relevante, sino que señala, además de las adaptaciones que serían necesarias, su diagnóstico médico y la manera en que este afecta al trabajo que puede realizar. Vid., la Guía para médicos del Department for Work and Pensions del gobierno británico: 'Getting the most out of the fit note. GP Guidance', p. 11, donde se indica que a la hora de completar el parte el doctor debe "*describir las patologías que afectan a la capacidad laboral del paciente, proporcionando un diagnóstico tan concreto como sea posible, salvo que se considere que ello puede perjudicar el bienestar del trabajador o su relación con el empresario*".

¹⁴⁶² HOBSON, J. y SMEDLEY, J.: 'A general framework for assessing fitness for work', en AA.VV.: *Fitness for work: The Medical Aspects*, Eds. HOBSON, J. y SMEDLEY, J., Oxford, 2019, p. 8.

reticencia a su aplicación por parte de los empresarios, que se atribuye a diferentes causas, como la propia inercia de las organizaciones, normalmente resistentes a los cambios, los prejuicios hacia los trabajadores con determinados problemas de salud, el desconocimiento de los beneficios o de la finalidad de este tipo de actuaciones o la necesaria inversión del esfuerzo y recursos que requiere, incluso aunque se cuente con apoyo externo¹⁴⁶³. Además, ha de tenerse en cuenta que la estructura productiva de la economía española está mayoritariamente conformada por pymes, que carecen del margen de maniobra organizacional y financiero del que pueden disponer las grandes empresas, por lo que estas dificultades a la hora de adoptar planes de retorno al trabajo se agudizarían¹⁴⁶⁴.

En efecto, existen razones para anticipar que, sin un fuerte estímulo económico público, no se realizarán, de forma mayoritaria, las adaptaciones laborales que conforman los planes de retorno al trabajo. Una de ellas es la observación de lo que ocurre en nuestro país, por ejemplo, con las medidas de ajuste razonable del trabajo de las personas con discapacidad. Aunque se trata de una obligación de necesario cumplimiento que vincula a todos los empresarios, dichas adaptaciones se califican hoy en día como una entelequia, por el insuficiente apoyo que ofrecen las instituciones¹⁴⁶⁵. Otro ejemplo bien ilustrativo es lo que sucede en relación con la prestación por riesgo durante el embarazo o lactancia. El artículo 26 LPRL dicta que, en caso de revelarse un riesgo para la seguridad y la salud de la trabajadora, el empresario debe adaptar sus condiciones de trabajo o, subsidiariamente, facilitar su movilidad funcional a un puesto de trabajo distinto y compatible. Solo si nada de ello es posible, se permite activar la suspensión contractual. Pues bien, existiendo trámites procedimentales¹⁴⁶⁶ y estímulos económicos (tanto positivos¹⁴⁶⁷ como negativos¹⁴⁶⁸) destinados a fomentar la adaptación o modificación del trabajo, lo que sucede en la práctica es que se recurre a

¹⁴⁶³ Vid., en este sentido, BAKER-McCLEARN, D.; GREASLEY, K.; DALE, J. y GRIFFITH, F.: 'Absence management... cit.', p. 324 y MACEACHEN, E.; CLARKE, J.; FRANCHE, R. I. y IRVIN, E.: 'Systematic review... cit.', p. 266.

¹⁴⁶⁴ En términos semejantes, Vid., FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia... cit., p. 140.

¹⁴⁶⁵ Según ESTEBAN LEGARRETA, R.: 'Extinción objetiva... cit.', p. 10, la causa de tal incumplimiento se atribuye a que, aunque se prevén algunas ayudas directas, su cuantía económica es insuficiente y, en algunas Comunidades Autónomas, ni siquiera se convoca la subvención.

¹⁴⁶⁶ El art. 39 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural establece la necesidad de contar con (i) un informe médico del servicio público de salud, (ii) una certificación médica sobre la existencia del riesgo específico por parte de la entidad gestora o colaboradora y (iii) la acreditación empresarial de que cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

¹⁴⁶⁷ En las leyes presupuestarias se viene contemplando una reducción del 50 % de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la permanencia de la trabajadora en un puesto distinto y compatible con su estado.

¹⁴⁶⁸ La STS 21/06/2012 (Rec. núm. 2361/2011) establece que la empresa debe responder económicamente frente a la mutua por el coste de la prestación que cubre la suspensión contractual, si se demuestra que esta hubiera podido evitarse con alguna medida de adaptación o movilidad funcional de la trabajadora afectada.

la ausencia de la trabajadora con excesiva frecuencia¹⁴⁶⁹, muchas veces en supuestos en los que la suspensión contractual resulta improcedente porque sería técnicamente factible aplicar alguna adaptación laboral.

Se ha propuesto que los planes de retorno al trabajo podrían incentivarse a través de un sistema bonus-malus¹⁴⁷⁰, equivalente a los que ya se utilizan para mejorar la implicación empresarial en la prevención de los accidentes laborales o las enfermedades profesionales. De este modo, podría establecerse una reducción de las cuotas empresariales a la Seguridad Social para aquellas empresas que consiguieran reducir la duración de sus incapacidades temporales, incluyendo las de origen común, a través de los planes de retorno al trabajo e, incluso, un incremento para las que ignoraran esta problemática, desinteresándose por las ausencias de sus trabajadores. Como ya se ha comentado, este fue, en cierto modo, el camino que siguió el legislador de urgencia en la Disposición Adicional 19 de la Ley 35/2010. Si dicha incentivación tuviera éxito, cabría esperar que, para las arcas públicas, el ahorro en prestaciones de incapacidad temporal y permanente fuera mayor al coste de lo dejado de ingresar por las cuotas reducidas.

Resultaría, a mi modo de ver, especialmente interesante que el intento de procurar la reincorporación del trabajador se configurara como un requisito previo para el control de legalidad del despido de los trabajadores con enfermedades incapacitantes y duraderas. En esta misma línea, ya se ha señalado que existe una incipiente tendencia jurisprudencial por la que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁴⁷¹ como el Tribunal Supremo¹⁴⁷² han condicionado la licitud del despido de trabajadores discapacitados al cumplimiento empresarial de la obligación de haber dispuesto previamente las preceptivas medidas de ajuste razonable. De poco serviría establecer la obligación legal de aprobar y aplicar planes de retorno al trabajo, si dicha imposición pudiera eludirse con el mero despido del trabajador afectado. Impedir el despido sin haber intentado previamente el retorno al trabajo implicaría que los costes que el absentismo acarrea para la empresa impulsarían su actuación para intervenir favorablemente en el transcurso de la incapacidad temporal, tratando de acortarla. Al mismo tiempo, se estaría evitando que se recurriera directamente al despido del trabajador enfermo como primera opción, sin realizar ningún esfuerzo para asistir al trabajador en su reincorporación a la actividad laboral, en caso de ser posible.

¹⁴⁶⁹ Vid., NAVARRO NIETO, F. (Dir.): Políticas de tutela frente a los riesgos laborales en supuestos de embarazo y lactancia, Sevilla, 2012, pp. 120 y 151, indicando que un 32 % de trabajadoras embarazadas que formaban parte de la muestra podían estar afectadas por un riesgo durante el embarazo, pero únicamente en un 6 % de los casos la empresa había adaptado o cambiado su puesto de trabajo, considerándose este porcentaje muy reducido.

¹⁴⁷⁰ Eurofound: Return to work... cit., p. 29 y GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'La prestación de incapacidad...' cit., p. 35.

¹⁴⁷¹ STJUE 11/09/2019 (C-397/18).

¹⁴⁷² STS 22/02/2018 (Rec. núm. 160/2016).

Con tal articulación del despido se podría prescindir de trabajadores sin perspectivas de poder reincorporarse al trabajo, pero aumentaría, a la vez, el grado de protección general del empleo de trabajadores con enfermedades crónicas. Asimismo, esta configuración permitiría ajustar el grado de exigibilidad jurídica de cumplimiento de la obligación aplicable a cada empresa, según sus posibilidades económicas y organizativas de adoptar las medidas recomendadas en los planes de retorno al trabajo. Es decir, permitiría articular una mayor dificultad para despedir a trabajadores enfermos para las grandes empresas, en comparación con las pymes, al tratarse, generalmente, de organizaciones con mayores facilidades para realizar ajustes horarios o funcionales de carácter temporal, sin tener que hacer frente a cargas inasumibles.

CONCLUSIONES

1. **El absentismo es un fenómeno multicausal que debe enfocarse desde una óptica integral, aunque la contención del fraude ha tenido una mayor influencia en el plano normativo que la protección de la salud.**

La principal causa del absentismo son las enfermedades y accidentes que sufren los trabajadores. Pero, al mismo tiempo, el absentismo no es un problema de origen exclusivamente médico. No conforme al dato estrictamente legal, pero sí en la realidad de los hechos, la ausencia al trabajo por incapacidad temporal es el resultado de una decisión del trabajador. En dicha decisión influye su malestar, aunque también sus motivaciones, que pueden responder a estímulos económicos u otras circunstancias, como la insatisfacción laboral o la dificultad para conciliar. Así explican las ciencias empíricas el comportamiento estadístico de la incapacidad temporal, que varía en función de factores ajenos a la salud, como la tasa de desempleo, el entorno laboral o las responsabilidades familiares.

En vista de este origen multicausal, es necesario abordar el absentismo desde una óptica preventiva de los problemas de salud de los trabajadores y, a la vez, desde una óptica de contención de las ausencias que son ajenas a dicha causa. Como afectan a factores distintos, ambos enfoques son complementarios y ninguno puede sustituir al otro. Con todo, el tratamiento normativo y de gestión de la incapacidad temporal está actualmente descompensado en favor de la contención del fraude, como punto de referencia hegemónico a la hora de ordenar las instituciones jurídicas relacionadas con la cuestión. Existe, por tanto, un amplio margen, prácticamente inexplorado, para la reducción del absentismo debido a enfermedades y accidentes reales a través de la mejora de la salud y la calidad de vida laboral de los trabajadores. Este enfoque preventivo cobra especial importancia en la actualidad porque los problemas de salud de la población trabajadora son un fenómeno creciente, que continuará incrementándose con su actual envejecimiento.

2. **En el ámbito preventivo, el absentismo constituye un indicador negativo de la salud de los trabajadores, conectado con la concurrencia de factores de riesgo profesional.**

El absentismo se concibe, en el marco de la legislación de prevención de riesgos laborales, como síntoma de la mala salud laboral de los trabajadores. Es decir, el nivel de ausencias registrado por una plantilla o por un trabajador concreto puede constituir un indicio que apunte a la presencia de riesgos laborales que no han sido detectados o que no están siendo adecuadamente prevenidos por la organización. Esta cualidad de indicador negativo se atribuye a las incapacidades temporales debidas a contingencias profesionales, pero también a las derivadas de contingencias comunes, ya que se ha comprobado que las condiciones laborales también tienen una fuerte influencia sobre

estas últimas, con independencia de la clasificación formal que se realiza en el ámbito asistencial.

Como consecuencia, el análisis preventivo de las ausencias médicas de los trabajadores y sus causas constituye un instrumento muy útil para la vigilancia colectiva e individual de la salud de los trabajadores. Su consideración es clave para planificar las políticas de prevención de riesgos laborales, para monitorear su funcionamiento una vez implantadas, para plantear mejoras que subsanen las deficiencias que puedan identificarse y para detectar la aparición de nuevas necesidades preventivas objetivas o subjetivas.

3. Existen mecanismos legales para identificar los factores de riesgo laboral que generan absentismo, pero no son suficientemente eficaces.

En el marco de la vigilancia colectiva de la salud, el empresario está obligado a elaborar y actualizar periódicamente índices estadísticos sobre las ausencias de sus trabajadores. Dichos índices constituyen datos epidemiológicos valiosos que permiten controlar los daños sobre la salud de los trabajadores y, por ello, deben transmitirse a los servicios de prevención y a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, los estudios muestran que tal obligación empresarial es frecuentemente incumplida, sin que ello genere tampoco una reacción en la parte social que haya trascendido al ámbito judicial. La creación por algunos convenios colectivos de órganos específicos de discusión sobre las causas laborales del absentismo constituye una vía de actuación positiva frente a este problema, aunque su potencial viene condicionado por la eficacia meramente obligacional que caracteriza la negociación colectiva sobre esta materia.

En el marco de la vigilancia individual de la salud, el personal sanitario de los servicios de prevención debe conocer legalmente las causas de las ausencias médicas de cada trabajador para estudiar su posible relación con los riesgos laborales. Con todo, esta previsión normativa tampoco alcanza un alto grado de cumplimiento en la práctica, ya que no existen mecanismos institucionales de comunicación entre los servicios de prevención y los servicios de salud encargados de la gestión sanitaria de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Para resolver este problema, se plantea la conveniencia de implantar una historia clínica laboral única. Esta herramienta comunicativa bidireccional facilitaría el trabajo de los facultativos del servicio de prevención, al darles acceso directo a la información médica asistencial. Y, a la vez, tener acceso a información objetiva sobre el contexto laboral del trabajador mejoraría la labor de los médicos de atención primaria a la hora de gestionar las incapacidades temporales y detectar su posible origen profesional.

Con el mismo propósito preventivo, se prevé que los trabajadores que reanudan el trabajo tras una incapacidad temporal de larga duración deben ser sometidos a un reconocimiento médico por parte del servicio de prevención de riesgos laborales. Tal

previsión también parece resultar ineficaz, ya que este tipo de reconocimientos se realizan con escasa frecuencia. Por ello, se propone igualmente la mejora técnica del precepto reglamentario que establece esta obligación, mediante la concreción de su supuesto de hecho en cuanto a lo que deba entenderse por ausencia de larga duración. Además, se realiza una propuesta interpretativa sobre el carácter excepcionalmente obligatorio de tal reconocimiento médico, cuando existan indicios de su vinculación con los riesgos profesionales.

4. El ámbito laboral es un contexto idóneo para realizar actividades de prevención de las enfermedades y accidentes de origen común, que deberían promoverse a través de un marco normativo e institucional más favorable.

La prevención de las patologías que derivan en el absentismo también debe abordarse desde una perspectiva integral, que no puede dejar de lado el origen mayoritariamente extralaboral de las incapacidades temporales. De hecho, el carácter preponderante, tanto en frecuencia como en gravedad, de las bajas originadas por contingencias comunes evidencia que circunscribir la prevención del absentismo a la mitigación de los riesgos laborales es del todo insuficiente.

En este sentido, aunque los empresarios solo están legalmente obligados a prevenir los riesgos derivados del trabajo, también pueden realizar programas de promoción de estilos y hábitos de vida saludables, que se han demostrado muy efectivos para reducir el absentismo. El carácter voluntario de dichos programas implica que se emprenden por iniciativa propia o como resultado de un compromiso adquirido con los representantes de los trabajadores. Por ello, la legislación sanitaria remite su regulación sustantiva a la negociación colectiva. Sin embargo, en cuanto a su regulación adjetiva, se detectan algunos obstáculos jurídicos, referidos a la regulación competencial de los servicios de prevención y de las mutuas, que pueden estar dificultando su implicación en esta materia. Ello es relevante porque la labor de apoyo que pueden desarrollar dichas entidades resulta clave para que las pymes emprendan medidas de promoción de la salud. Asimismo, destaca la falta de incentivos económicos para la aplicación de estas actividades empresariales de promoción de hábitos saludables, que resultan de interés general, en tanto que benefician la salud pública.

5. Las políticas empresariales de conciliación previenen el absentismo laboral porque la imposibilidad de conciliar perjudica la salud e induce a utilizar la incapacidad temporal como prestación refugio

Los trabajadores que disponen de cierto margen de autoorganización gracias a la aplicación de fórmulas de trabajo flexible, incurrir en menos faltas al trabajo. De entre ellas, la adaptabilidad del tiempo de trabajo presenta mejores resultados que la posibilidad de teletrabajar. Por tal motivo, cuando el modelo productivo de la empresa lo permite, es recomendable ampliar el ámbito subjetivo de las medidas de flexibilidad

laboral a toda la plantilla, teniendo en cuenta que la ley solo reconoce el derecho de solicitar su disfrute a los padres y madres de menores de doce años.

Por otra parte, ante conflictos graves en que la flexibilidad laboral resulta insuficiente para atender tareas de cuidados que requieren disponer de mayor tiempo libre, es recomendable que los poderes públicos amplíen los derechos de ausencia que no perjudican económicamente al trabajador, como ocurre con la reducción de jornada para el cuidado de hijos con enfermedades graves. En caso contrario, por la protección pecuniaria que ofrece la incapacidad temporal, intentar acceder a una baja fraudulenta se presenta como una opción más atractiva que solicitar una reducción ordinaria de la jornada o una excedencia por motivos familiares.

6. El absentismo se podría prevenir adaptando el trabajo, para que resulte compatible con la convalecencia del trabajador.

La incapacidad temporal no se deriva solo del padecimiento de un problema de salud, sino, sobre todo, del impedimento que este supone para el trabajador a la hora de desarrollar su trabajo. Por lo tanto, además de prevenirse el padecimiento de enfermedades y accidentes, cuando estos no pueden evitarse, la prevención del absentismo ha de dirigirse a mitigar sus consecuencias sobre el ámbito laboral.

Una enfermedad o accidente puede privar al trabajador de toda capacidad laboral, si anula sus facultades físicas y/o mentales. Pero, en muchas ocasiones, sobre todo después de superar una fase inicial aguda, los síntomas de la dolencia se moderan y el trabajador recupera cierto potencial productivo. Con todo, en nuestro sistema, la incapacidad temporal se reconoce y se mantiene mientras el trabajador esté impedido para desarrollar su trabajo habitual. Es decir, un trabajador en incapacidad temporal puede estar capacitado para desarrollar un trabajo distinto, con otras funciones o en unas condiciones laborales diferentes al suyo, pero la legislación vigente le obliga a estar de baja.

Este carácter relativo de la incapacidad temporal significa que el contenido de la prestación laboral, o el contexto en el que se desarrolla, podría ser susceptible de ser modificado para acomodar la obligación de trabajar al estado de salud del trabajador y acortar su ausencia. Este es el propósito de los planes de retorno al trabajo, con cuya aplicación desaparece la incapacidad laboral, ya que se neutraliza la incompatibilidad entre la enfermedad y el trabajo. Ello permite que el trabajador pueda regresar antes a su actividad laboral, en condiciones de seguridad y sin perjudicar su recuperación. Es más, para determinadas patologías, se ha demostrado que el trabajo adaptado durante la convalecencia funciona como un buen complemento del tratamiento médico y contribuye a que el trabajador recobre antes su salud y su capacidad laboral ordinaria.

7. Los planes de retorno al trabajo no están regulados en España y, además, la configuración actual de la incapacidad temporal obstaculiza su aplicación.

Nuestro ordenamiento concibe la incapacidad temporal como un periodo de inactividad laboral y presume que su mantenimiento es fraudulento si se trabaja durante la percepción de la prestación (art. 175.1.b LGSS). Pero esta presunción no se corresponde siempre con la realidad, ya que la baja médica no implica necesariamente que el interesado carezca de toda capacidad de ganancia. Lo reconoce la jurisprudencia, al permitir la compatibilidad de la incapacidad temporal con el trabajo en situaciones de pluriactividad o pluriempleo. Lo que ocurre es que el potencial productivo que ostentan determinados trabajadores que padecen una afectación parcial de su capacidad laboral queda inoperativo, por la imposibilidad jurídica de trabajar en la misma empresa. Por esta concepción de la incapacidad temporal, los planes de retorno al trabajo quedan relegados a la anomia y al ámbito de la voluntariedad propia de la responsabilidad social corporativa.

Los planes de retorno al trabajo friccionan con la regulación de dos aspectos de la incapacidad temporal, uno objetivo y otro subjetivo. En primer lugar, el alta médica opera como un límite temporal, antes del que no puede intentarse la reincorporación laboral del trabajador. Dicho trabajador tiene derecho a reincorporarse en las mismas condiciones en las que venía trabajando antes de la baja, por lo que el alta no se expedirá hasta que esté capacitado para hacerlo, con independencia de que pudiera realizar otras labores. Esto obstaculiza la aplicación del principio de intervención precoz por el que se rigen los planes de retorno al trabajo. En segundo lugar, los planes de retorno al trabajo podrían tener cabida entre las competencias de las mutuas, pero solo en el caso de las contingencias profesionales. Ello contradice su vocación de alcance general, y excluye de su radio de acción las enfermedades graves de origen común, que son las más costosas para el sistema de Seguridad Social.

A causa de dichos obstáculos jurídicos, los planes de retorno al trabajo son muy poco aplicados en España, aunque en la negociación colectiva van incorporándose algunas medidas muy puntuales que merecen una valoración positiva. Más allá de ello, y al margen de la prevención de riesgos laborales, el proceso de reincorporación laboral tras la incapacidad temporal duradera se caracteriza por su rigidez y por la falta de articulación legal de un sistema razonable de transición entre la inactividad total y el trabajo. Desde el punto de vista jurídico, ello suscita continuas controversias contractuales de difícil solución para las partes, especialmente cuando se dictan altas médicas tras una mejoría en el estado de salud del trabajador que, sin embargo, sigue sufriendo secuelas relevantes. Desde el punto de vista pragmático, genera problemas graves, como las recaídas o el abandono prematuro del mercado de trabajo por parte de trabajadores que, con la asistencia laboral adecuada, hubieran podido continuar trabajando.

- 8. Hay que reformar la incapacidad temporal, reconfigurar el riesgo cubierto y facilitar, como sucede en nuestro entorno, la implantación de planes de**

retorno al trabajo mediante figuras como la incapacidad temporal a tiempo parcial o el alta condicionada a las adaptaciones laborales.

Los planes de retorno al trabajo pueden contemplar adaptaciones cuantitativas y/o cualitativas de la prestación laboral para ajustarla a la capacidad laboral del trabajador. De un lado, la incapacidad temporal a tiempo parcial serviría para dar una respuesta adecuada a las enfermedades que impiden trabajar a tiempo completo, pero permiten prestar servicios durante una porción de la jornada laboral. De otro lado, el alta condicionada a la modificación funcional o de las condiciones de trabajo, beneficiaría a trabajadores parcialmente recuperados que están capacitados para trabajar en circunstancias distintas a las anteriores a su baja.

La implantación de estas figuras requeriría profundizar en la capacidad jurídica de las mutuas para proponer y trazar planes de retorno al trabajo, extendiendo también su competencia a los procesos derivados de contingencias comunes. Estas entidades podrían proporcionar apoyo técnico y económico a las empresas, que serían las responsables directas de su implantación. Asimismo, para dicha labor, deberían contar con el apoyo de los servicios de prevención de riesgos y la participación de los representantes de los trabajadores. La implantación de los planes de retorno al trabajo podría configurarse como voluntaria para empresarios y trabajadores, pero cabe pensar que se alcanzarían mayores beneficios estableciendo su obligatoriedad jurídica condicionada a las posibilidades organizativas de cada empresa.

9. La incapacidad temporal es una prestación afectada por el riesgo moral que puede generar absentismo fraudulento

Pese a que la declaración de la incapacidad temporal se basa en la verificación médica de la enfermedad o accidente que la origina, el grado de malestar real que padece el trabajador es generalmente una información privada, que, al menos en un primer momento, solo conoce él mismo. Y, como el trabajador no asume la integridad de los costes que se derivan de su ausencia laboral, puede interesarle manipular dicha información para no acudir a trabajar, aunque no se encuentre verdaderamente enfermo. Por este motivo, la incapacidad temporal es una prestación afectada por el riesgo moral, lo que equivale a decir que es sensible al fraude.

En particular, la asimetría informativa que aventaja al trabajador frente al empresario y la Seguridad Social es especialmente intensa ante las ausencias breves derivadas de contingencias comunes. Estas ausencias son, además, las que causan un mayor perjuicio económico al empresario, porque debe costear directamente la prestación del trabajador y porque causan interrupciones organizativas inesperadas. En el caso de las ausencias por contingencias profesionales o de mayor duración, se dispone de más información (derivada, respectivamente, del ámbito laboral o del proceso diagnóstico y de tratamiento médico) por lo que el fraude resulta más improbable. Por

ello, las estrategias que se aplican a la incapacidad temporal para hacer frente al riesgo moral se centran en su periodo inicial.

Existen dos estrategias para afrontar el riesgo moral, que son compatibles entre sí y que han sido trasladadas a la regulación legal y convencional de la incapacidad temporal, así como a la de otros aspectos contractuales relacionados con el absentismo, como el despido o los complementos salariales. Una es aplicar controles que sirvan para obtener información adicional sobre el riesgo cubierto y verificar la concurrencia del supuesto de hecho de la incapacidad temporal. La otra estrategia es crear desincentivos económicos vinculados a la ausencia, haciendo que el trabajador asuma parte de los costes que esta comporta, para que no falte al trabajo más de lo estrictamente necesario.

10. La expedición de partes médicos de reposo dificulta el control efectivo de las ausencias médicas breves.

Con el fin de centrar la fiscalización de la ausencia laboral en su momento inicial en el que existe un mayor riesgo moral, se han adoptado medidas legislativas diversas, como el adelanto de la capacidad de control médico de las mutuas en incapacidades temporales derivadas de contingencias comunes al primer día de baja o la ordenación del seguimiento de los procesos en función de su gravedad, que permite espaciar los reconocimientos médicos de confirmación de las enfermedades duraderas. Sin embargo, esta línea de actuación se ve obstaculizada por la utilización, en el ámbito asistencial, de la figura del reposo o indisposición. Esto genera un tipo de absentismo médico formalmente distinto a la incapacidad temporal que resulta especialmente problemático porque (i) muchas veces no se ve sujeto a desincentivos económicos, (ii) puede quedar al margen de la supervisión de los órganos de inspección o acabar retrasando su intervención y (iii) puede utilizarse fraudulentamente como sustitutivo del parte de baja cuando este no puede emitirse. Por todo ello, convendría limitar su utilización, tanto desde el ámbito empresarial, como desde los servicios de salud.

11. La desincentivación económica del absentismo puede contrarrestar el riesgo moral, pero resulta contraproducente si revierte en un mayor presentismo laboral.

Está demostrado que los trabajadores tienden a ausentarse con mayor o menor frecuencia en función de las consecuencias económicas que pueda tener acogerse a la incapacidad temporal. Por ello, el legislador y los agentes sociales han articulado distintos mecanismos jurídicos a través de los que se generan desincentivos directos (pérdida de ingresos reales o potenciales) e indirectos (posible despido) vinculados al absentismo laboral. De este modo, se disminuye la rentabilidad económica de la ausencia, pretendiendo modular el comportamiento del trabajador a la hora de faltar al trabajo y que el fraude resulte una opción menos atractiva.

Sin embargo, se ha visto recientemente que este tipo de presión económica hacia el trabajador también puede suscitar presentismo laboral. Es decir, los trabajadores enfermos pueden verse igualmente inducidos a acudir a trabajar si la incapacidad temporal les acarrea un coste relevante. Este fenómeno puede conllevar perjuicios económicos similares a los del absentismo, ya que tiene efectos negativos sobre la salud del trabajador y la productividad de la empresa, a corto y largo plazo. Por tanto, la consecución del equilibrio óptimo entre las ausencias y asistencias de los trabajadores, que es un objetivo más razonable que pretender la eliminación del absentismo, requiere hacer un uso prudente de los incentivos económicos negativos.

Dado que la evolución legislativa de las instituciones relacionadas con el absentismo ha venido históricamente marcada por la teoría del riesgo moral, el presentismo siempre ha quedado fuera del debate jurídico. Por ello, ha habido que esperar hasta la llegada del coronavirus para que este fenómeno haya suscitado una preocupación política, con reflejo expreso en la normativa, por los graves efectos epidemiológicos de la asistencia al trabajo de trabajadores infectados. Este cambio de tendencia, que puede ser coyuntural, se refleja en la regulación de urgencia de la incapacidad temporal por coronavirus o en los argumentos que sustentaron la convalidación parlamentaria de la derogación del despido por absentismo del artículo 52.d ET.

12. La desincentivación económica del absentismo está limitada, en el plano legal, por el principio de suficiencia de las prestaciones sociales.

Tanto el periodo de espera de tres días para el devengo de la prestación por incapacidad temporal, como la reducción de su cuantía al 60 % de la base de cotización entre los días cuarto y vigésimo de baja son medidas que la ley incorpora a la configuración de la protección económica del trabajador inspirándose claramente en la teoría del riesgo moral. De hecho, los datos indican que dichas medidas pueden estar conteniendo, de forma efectiva, la duración de las ausencias breves por contingencias comunes.

En esta línea, algunos economistas son favorables a aplicar mayores recortes a la prestación económica por incapacidad temporal, con fines antiabsentistas. Sin embargo, las decisiones legislativas en esta materia deben ser proporcionadas y están sujetas al límite jurídico constitucional que establece el artículo 43 CE. Es más, las objeciones del Comité Europeo de los Derechos Sociales sobre el carácter insuficiente de la cuantía de la prestación en su primer periodo están invitando a introducir una mejor protección, al menos de los trabajadores con salarios más bajos.

13. Las mejoras voluntarias a la prestación por incapacidad temporal adoptan también una orientación antiabsentista no necesariamente acompañada con los desincentivos de origen legal.

Mediante la configuración de las mejoras voluntarias, la negociación colectiva opera en el margen que las decisiones legislativas sobre la dimensión cuantitativa de la prestación por incapacidad temporal dejan libre de protección. De tal modo, se reconfigura el diseño legal del reparto de los costes del absentismo entre el empresario y el trabajador. En este ámbito, existe el riesgo de que ampliar voluntariamente la cobertura económica ofrecida al trabajador pueda inhibir los desincentivos al absentismo previstos por el legislador. Sin embargo, la libertad negocial y la progresiva concienciación de los agentes sociales han dado lugar a un proceso histórico de racionalización por el que se han generalizado las fórmulas que permiten conjugar la mejora del régimen legal con el propósito de conseguir la máxima eficiencia posible en la asiduidad de los empleados al trabajo.

En particular, se identifican dos estrategias negociales por las que se intenta que las mejoras de las que se benefician los trabajadores tengan los mínimos efectos nocivos en su comportamiento. De un lado, se concentra la cobertura adicional en las incapacidades temporales con un menor riesgo de resultar fraudulentas, como son las derivadas de contingencias profesionales o de problemas graves de salud. De otro lado, se condiciona el disfrute de dicha protección adicional al nivel individual o colectivo de absentismo que se registre en cada momento, marcando un nivel óptimo de ausencias laborales al que tenderá a ajustarse el comportamiento de los trabajadores. Por tanto, aunque puedan afectar a los desincentivos legales, las mejoras voluntarias, si están bien diseñadas, generan nuevos incentivos frente al riesgo moral que presentan, además, mayor capacidad para adaptarse a las circunstancias de cada empresa y a las características de cada baja.

14. En el sector público, la generosa regulación de las mejoras voluntarias y de los reposos explica, en parte, las elevadas tasas de absentismo.

En las Administraciones Públicas se ofrece generalmente una mejora total e incondicional de la incapacidad temporal que resulta claramente dañina para la contención del riesgo moral, al equiparar el tratamiento retributivo del absentismo con el del trabajo. Esta práctica, muy habitual, solo se interrumpió entre los años 2012 y 2018, cuando, por razones presupuestarias, el legislador estatal estableció límites máximos a la cuantía de las mejoras voluntarias reconocidas al inicio los procesos por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. La medida fue efectiva para reducir el absentismo, pero fracasó en su propósito de contención del gasto público, porque derivó en una mayor duración media de los procesos.

Este problema entronca directamente con el de las ausencias por reposo, que, en muchas Administraciones, también se retribuyen al mismo nivel que el trabajo efectivo. Dicha retribución se limitó junto con la cuantía de las mejoras voluntarias, pero con una regulación confusa que tuvo efectos contraproducentes. Además, el riesgo moral que afecta a los reposos es especialmente elevado en determinadas Administraciones, que

han venido permitiendo su autocertificación por los propios trabajadores, sin que el legislador haya exigido con la claridad suficiente la comprobación médica del carácter justificado de la ausencia. Todo ello apunta a la necesidad de reestablecer criterios legales vinculantes que mejoren la gestión del absentismo en el sector público.

15. Aunque los complementos salariales vinculados a la asistencia al trabajo son efectivos para reducir el absentismo, es preferible utilizar complementos que estimulen la productividad.

Los pluses por asistencia se configuran normalmente como una cuantía que se obtiene cuando el trabajador no supera un determinado número de ausencias al trabajo. La jurisprudencia ha establecido un catálogo de ausencias justificadas que no pueden ser tenidas en cuenta para devengar este complemento, porque responden al ejercicio de derechos fundamentales. Sin embargo, ello no impide la consecución de su principal objetivo, que es disminuir las ausencias por incapacidad temporal, especialmente de origen común. De hecho, estos complementos constituyen un instrumento especialmente útil para estimular al trabajador que no está sujeto a incentivos económicos negativos porque el convenio colectivo sectorial aplicable establece mejoras voluntarias incondicionales de una cuantía similar al salario.

Como desventaja, los complementos por asistencia premian el mero cumplimiento de la jornada, que no deja de ser una obligación laboral básica. Es decir, se basan en la engañosa idea de que la mera asiduidad al trabajo garantiza la satisfacción del interés empresarial. Por tanto, es preferible que la asistencia al trabajo se premie, en su caso, considerándola junto con otros parámetros propios de los complementos por rendimiento o por evaluación del desempeño. Asimismo, los complementos por resultados de la empresa, cuya percepción puede condicionarse a la no superación de un determinado umbral de ausencias, también son eficaces para disminuir el absentismo, a la vez que mejoran la satisfacción laboral.

16. El riesgo de perder el empleo constituye un coste económico indirecto que desincentiva el absentismo.

Como el absentismo disminuye el rendimiento del trabajador, puede conducir al empresario a finalizar la relación laboral. El riesgo de que el empleador tome dicha decisión varía en función de factores que son resultado de decisiones de política del Derecho, como los costes vinculados a la incapacidad temporal que asume el empresario o el régimen jurídico aplicable a la extinción contractual. A su vez, dicho riesgo modula las decisiones del trabajador sobre sus propias ausencias, ya que la pérdida del empleo supone un importante perjuicio, especialmente si la situación del mercado de trabajo es desfavorable. Es decir, cuando el absentismo es más costoso para el empresario que la extinción contractual, el riesgo de despido es elevado y ello hace que el trabajador se ausente con menor frecuencia, porque sufre una mayor presión económica. Por ello, el marco legislativo que modula la decisión empresarial de despedir a un trabajador por

razón de su incapacidad temporal también conforma una parte importante de la estrategia legislativa para contención del riesgo moral.

17. Nuestro ordenamiento transfiere parte de los costes de la incapacidad temporal a las empresas y establece un régimen jurídico poco exigente con los despidos vinculados al absentismo.

Tanto la obligación de costear parte de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes como la de continuar cotizando durante la suspensión contractual son el resultado de decisiones legislativas que generan buena parte de los costes que el absentismo tiene para las empresas. A su vez, el marco jurídico facilita que las empresas se liberen de dichos costes a través de la extinción contractual. Hasta hace poco, de hecho, esta vía estaba explícitamente encauzada por la ley, a través del despido objetivo por absentismo, cuya legitimidad constitucional se basó precisamente en la protección del rendimiento empresarial frente a sus costes económicos. En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece la improcedencia del despido con motivo de la incapacidad temporal del trabajador o valida la elección del absentismo como criterio para la selección de los trabajadores afectados por un despido objetivo. En ambos casos, se niega la nulidad del despido argumentando, de forma sostenida y reiterada, que la decisión empresarial no obedece a un propósito discriminatorio, sino de conveniencia económica para la empresa.

Este marco normativo genera un riesgo elevado de pérdida del empleo, que resulta eficaz para frenar el absentismo, atendiendo a las tasas comparativamente bajas de ausencias que presentan los trabajadores precarios, pero da lugar problemas jurídicos y económicos. De un lado, genera una situación de desprotección de los trabajadores enfermos, que otros tribunales tratan de aliviar separándose de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y perjudicando la seguridad jurídica. Así, algunos Tribunales Superiores de Justicia tratan de poner de manifiesto el peligro de que estos despidos, si se efectúan de forma sistemática, generen un mayor presentismo entre los trabajadores, vinculándolo a la protección del derecho fundamental a la integridad. Algo similar ocurre con la equiparación de la enfermedad y la discapacidad que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que impediría el despido de determinados trabajadores en incapacidad temporal por la vía de la normativa antidiscriminatoria. Sin embargo, dicha equiparación resulta tan problemática que no ha llegado a tener una repercusión determinante en la orientación de la jurisprudencia interna y, por otra parte, tampoco serviría para ofrecer una protección satisfactoria a los trabajadores con enfermedades crónicas.

De otro lado, la permisibilidad general con el despido de los trabajadores ausentes tampoco resulta la opción más adecuada desde el punto de vista del deber estatal de proteger la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. Facilitar el despido de los trabajadores por razón de su incapacidad temporal reduce el absentismo en las

empresas, pero no reduce necesariamente el gasto público, porque los trabajadores continúan percibiendo su prestación a través del régimen de pago delegado. Además, la inactividad laboral a la que da lugar el despido dificulta la reintegración laboral y, en el caso de los trabajadores con enfermedades crónicas, puede propiciar el acceso a prestaciones sociales todavía más costosas, como la incapacidad permanente, el desempleo o la jubilación.

18. El despido del trabajador enfermo debe configurarse jurídicamente como una alternativa subsidiaria a los planes del retorno al trabajo.

Que el Estado comparta con las empresas los costes de la prestación por incapacidad temporal es positivo, porque, de esta forma, comparte también su interés en la buena gestión y utilización de la prestación por parte de los trabajadores, con los que, además, la organización tiene una relación más estrecha que la Administración. En este sentido, si el absentismo fuera económicamente neutro para las empresas, estas no emprenderían medidas antiabsentistas que pueden resultar especialmente valiosas y eficaces, en apoyo de las adoptadas por los poderes públicos. El problema radica en que dichos costes fomentan la adopción de estrategias empresariales extintivas porque, cuando se produce una baja, el empresario no tiene otro margen de gestión que controlar si es fraudulenta, además, con instrumentos de eficacia relativa. Por ello, la legislación debería guiar la reacción de las empresas frente a los costes del absentismo hacia vías de actuación alternativas al despido, abriendo sus posibilidades de intervenir en la dinámica de las incapacidades temporales.

Cuando esta posibilidad de intervención está adecuadamente regulada, los costes económicos del absentismo han resultado ser un estímulo determinante para fomentar, en otros Estados europeos, la implicación de las empresas en la implantación de planes de retorno al trabajo. Si bien, para que ello ocurra, el despido del trabajador enfermo debe configurarse jurídicamente como una alternativa subsidiaria al intento de reintegrar al trabajador, que es una opción más compleja, pero beneficiosa para ambas partes de la relación laboral y para la Seguridad Social. Esta es una línea en la que ya apuntan algunas sentencias que, a la hora de valorar la legalidad del despido de los trabajadores que padecen una enfermedad asimilada a la discapacidad, realizan un control previo sobre la posibilidad de aplicar medidas de ajuste razonable. La traslación de este mecanismo a los planes de retorno al trabajo permitiría ampliar su ámbito de aplicación, para el que, además, podría fijarse una delimitación más clara que la se ha trazado sobre el concepto de discapacidad.

19. La transferencia de competencias sanitarias y de control mejora la gestión de las incapacidades temporales por contingencias comunes, de forma satisfactoria en el caso del INSS y de forma incompleta en el caso de las mutuas.

En el ámbito de los procesos derivados de contingencias comunes, el hecho de que las mutuas y el INSS asuman el coste de las incapacidades temporales cuya gestión

sanitaria corresponde a los servicios de salud genera una relación de ineficiencia entre dichas entidades y la Administración autonómica. Los servicios autonómicos de salud tienen una relación estrecha con sus pacientes, pero una relación abstracta con los costes de sus decisiones sobre la incapacidad temporal, aunque la legislación les imponga múltiples obligaciones formales de control. Por este motivo, se han establecido mecanismos a través de los que las mutuas y el INSS, que sí sufren la presión financiera de soportar la prestación económica, pueden intervenir en su gestión.

El INSS incentiva la implicación de los servicios de salud a través de los convenios de colaboración, que retribuyen el cumplimiento de determinados objetivos sanitarios, de control y de colaboración eficaz con la entidad gestora. Al mismo tiempo, la entidad gestora se erige como órgano de control adicional de la incapacidad temporal, por lo que recibe toda la información sanitaria y económica de los procesos, realiza reconocimientos de control, dicta altas médicas que prevalecen sobre el criterio del servicio público de salud, ejerce su facultad sancionadora cuando detecta irregularidades y ostenta la gestión exclusiva del proceso tras la superación de su periodo ordinario. Todo ello permite que su fiscalización de la incapacidad temporal resulte altamente eficaz. Como único punto débil, es cierto que la cláusula de salvaguarda por la que se protegen las altas que dicta el INSS tiende a eludirse consignando como causa de la nueva baja una enfermedad distinta, aunque la entidad gestora puede anular dicha baja y privarla de efectos económicos.

Las facultades que se conceden a las mutuas, por su parte, quedan subordinadas al criterio de los servicios de salud y, por ello, sus efectos no son incondicionales e inmediatos. Así, se les reconoce capacidad para proporcionar asistencia sanitaria al trabajador en sustitución del servicio de salud, pero esta posibilidad de acelerar su curación puede quedar obstaculizada por la falta de autorización del médico responsable o la negativa del interesado, por lo que debería mejorarse su regulación. En cuanto a sus facultades de control, de un lado, pueden realizar reconocimientos médicos de control de los trabajadores, pero para hacerlo no disponen de la misma información sanitaria que el INSS, ni pueden emitir altas. Con todo, el procedimiento por el que pueden proponer dicha alta a la Inspección sanitaria se caracteriza por su agilidad. De otro lado, pese a que la jurisprudencia interna les reconoce un margen de reacción limitado ante el fraude detectado por esta vía, las mutuas pueden contratar detectives privados. Este aspecto merecería, por otra parte, una regulación expresa, a la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la privacidad.

20. La modernización tecnológica de la Administración ha mejorado *ad intra* la gestión y control de la incapacidad temporal, pero debería intensificarse la digitalización, *ad extra*, de su relación con las empresas y trabajadores.

La tramitación digital de los partes por incapacidad temporal y su circulación informática entre los servicios públicos de salud, las mutuas y el INSS facilita una gestión

ágil de la prestación económica y permite ejercer un control eficaz de los procesos breves. Igualmente, la conformación de una base de datos centralizada a la que se incorpora la información clínica y económica de todas las incapacidades temporales ha permitido aplicar tecnologías de análisis avanzado de datos a la selección de los trabajadores que van a ser sometidos a los reconocimientos médicos de control, en función de si presentan mayores probabilidades de ser dados de alta. Además, los inspectores que realizan dichos reconocimientos médicos tienen acceso digital a la historia clínica completa de los trabajadores. Las mutuas, por su parte, pueden conocer los informes y pruebas relativas a las incapacidades temporales por contingencias comunes que gestionan, pero no tienen acceso telemático directo a los mismos, por lo que este sería un aspecto susceptible de mejora.

Los empresarios y trabajadores no se han beneficiado en la misma medida que el INSS de la comodidad y celeridad que proporciona el uso de la tecnología. Un punto que se revela especialmente crítico es la obligación del trabajador de entregar los partes de incapacidad temporal al empresario, como único aspecto de la tramitación de dichos documentos que se realiza todavía de forma analógica. Ello somete al empresario a periodos de incertidumbre, comporta un gravamen innecesario para el trabajador y suscita controversias jurídicas complejas sobre las consecuencias contractuales de los retrasos que se producen. Por tanto, ya que el INSS tiene noticia casi inmediata de los actos relativos a la incapacidad temporal, podría utilizarse el sistema RED como mecanismo de interacción bilateral para proporcionar la información a los empresarios por vía telemática y con carácter automático.

Otro punto crítico cuya gestión podría mejorarse a través de la tecnología es el de la finalización de la incapacidad temporal. Así, la comunicación telemática del alta también puede reducir el absentismo, cuando esta se emite en un momento distinto al acto del reconocimiento médico y el trabajador no tiene conocimiento directo de la misma. Actualmente, el procedimiento de notificación administrativa del alta al trabajador acarrea un alargamiento innecesario de la incapacidad temporal en un momento en el que este ya ha recobrado su capacidad laboral. Dicho alargamiento puede evitarse cuando al trabajador se le informa del alta, por parte de la empresa o la mutua (a las que se les comunica por internet) o directamente por parte del INSS, a través del sistema de avisos telefónicos ensayado por algunas direcciones provinciales. Si bien, la falta de regulación de estas posibilidades que se vienen aplicando ocasionalmente *de facto* genera inseguridad jurídica sobre el momento en que el trabajador está obligado a reincorporarse.

- 21. El régimen procedimental de la incapacidad temporal genera absentismo burocrático y, además, atiende en mayor medida a la contención del gasto público que a las consecuencias del absentismo para las empresas.**

La superposición de sujetos que intervienen en la gestión de la incapacidad temporal, junto con la necesidad de garantizar los derechos de los trabajadores, genera un entramado administrativo complejo, que ha experimentado mejoras notables en las últimas décadas, pero que todavía adolece de ciertos defectos que retrasan la aplicación de los controles adicionales o la reincorporación laboral del trabajador. En este sentido, igual que ocurre con la comunicación del alta, la aplicación del procedimiento general de notificación de los actos administrativos a las citaciones del INSS o de las mutuas para el sometimiento de los trabajadores a los reconocimientos médicos de control resulta claramente inadecuado. Por ejemplo, no parece que la publicación de la citación en BOE contribuya realmente a garantizar que el interesado esté mejor informado de su llamamiento y, como contrapartida, puede proporcionar a un trabajador que actúe de mala fe la oportunidad de alargar su incapacidad temporal y provocar una demora todavía mayor en su regreso al trabajo.

Algo similar ocurre con los regímenes especiales de impugnación del alta médica, en los que se distorsiona la relación directa que se establece, con carácter general, entre su emisión y la reanudación de la actividad laboral. En tales procedimientos no se aplica el principio de ejecutividad de los actos administrativos, por lo que se retrasa la reincorporación más allá del momento en que el médico considera al interesado capaz de trabajar. Así, en el caso de la revisión de las altas médicas expedidas por las mutuas, si el acto extintivo se confirma, la entidad colaboradora puede recuperar el importe de la prestación devengada durante el procedimiento, pero las ausencias laborales que este comporte se consideran justificadas. Pues bien, dichas ausencias podrían minimizarse con la eliminación de trámites innecesarios, como la aportación de la documentación clínica por parte del trabajador.

El procedimiento de disconformidad ante altas médicas emitidas por el INSS al denegar la prórroga de la incapacidad temporal resulta todavía más problemático y existen diversos argumentos que permiten criticar su inadecuación. Por ejemplo, es especialmente ineficaz cuando se aplica a incapacidades temporales derivadas de contingencias profesionales, porque se contrasta el criterio de la mutua con el de la Inspección Médica, que no suele pronunciarse porque no tiene conocimiento del proceso patológico del trabajador. Además, al quedar garantizada la continuidad en el cobro de la prestación con independencia de su desestimación, se incentiva la impugnación del alta, incluso cuando es innecesaria. Es cierto que, para el caso de que la Inspección no se pronuncie, el legislador se preocupa de limitar el abono de la prestación a los once días posteriores al alta, pero obvia que la ausencia laboral puede alargarse de forma justificada por un tiempo muy superior, hasta que finalice el procedimiento.

22. La facultad empresarial de fiscalizar el absentismo es diferente, también su fundamento y sus límites, de la facultad de fiscalizar el cumplimiento de la prestación laboral.

El control empresarial sobre los trabajadores durante su ausencia por incapacidad temporal tiene un carácter menos intenso que el que puede establecerse sobre la prestación laboral, porque no se ejerce en el contexto de la organización productiva. Dicho control extralaboral se fundamenta en las obligaciones accesorias derivadas del deber de buena fe contractual que vinculan al trabajador durante la suspensión contractual y por las que tiene prohibido simular su enfermedad o realizar actividades que puedan perjudicar su recuperación. La capacidad de verificar el cumplimiento de estas obligaciones se refleja de forma implícita en el artículo 20.3 ET y de forma explícita en el artículo 20.4 ET, que amparan mecanismos distintos de control del absentismo compatibles entre sí.

Por el hecho de que su objeto es el comportamiento del trabajador en el seno de su vida privada, tal capacidad de control está fuertemente constreñida por los límites del derecho a la intimidad. Al mismo tiempo, por implicar siempre la recabación de información relacionada con el estado de salud del trabajador, debe respetar la protección reforzada que se otorga a los datos personales especialmente sensibles. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el concepto de datos relativos a la salud que se configura expresamente en el RGPD como un concepto más amplio de lo que se había venido entendiendo en España. Dicha protección, además, es especialmente reforzada en el caso de la subcategoría de los datos médicos, a los que solo puede tener acceso, en su caso, el personal sanitario.

23. El artículo 20.3 ET permite contratar a detectives privados para verificar si el trabajador cumple con su deber de buena fe contractual durante la ausencia.

Los detectives son los únicos profesionales que pueden realizar un seguimiento de la vida privada del trabajador para revelar si incurre en conductas de las que pueda inferirse que está simulando su enfermedad o lleva a cabo actuaciones que puedan perjudicar su recuperación. La investigación se realiza por cuenta del empresario, como sujeto legitimado, y por ello, está sujeta al mismo fundamento y límites que el ejercicio directo de la facultad de control. Aunque existen posiciones jurisprudenciales divergentes sobre el supuesto de hecho habilitante para la contratación del detective, por aplicación del principio constitucional de idoneidad, debe exigirse la concurrencia de indicios que apunten a la posible deslealtad del trabajador. A partir de ahí, mientras el alcance de la investigación resulte proporcionado, la protección del derecho a la privacidad no impide la utilización de medios técnicos de captación de imágenes del trabajador, que no está sujeta al régimen jurídico propio de la videovigilancia laboral. Por otra parte, la investigación privada comporta el tratamiento de datos personales sensibles del trabajador, pero ha de entenderse que la ley permite desarrollarla sin su consentimiento y sin que tenga que ser informado con carácter previo.

24. Ante la ausencia de medidas legales que delimiten el ámbito de protección de la privacidad virtual del trabajador ausente, nuestros Tribunales son

permisivos con la indagación empresarial en redes sociales para descubrir comportamientos desleales.

La emisión por parte de los trabajadores de información personal a través de internet no implica una renuncia a su derecho a la privacidad, por lo que la investigación empresarial no puede traspasar los límites de dicho derecho. Así, mientras la indagación en las redes sociales de contenido profesional del trabajador no plantea problemas, el acceso y la aportación en juicio de la información publicada en redes sociales de contenido personal debe valorarse con criterios más estrictos. Por una parte, el empresario no puede pretender tener acceso directo a los perfiles personales de configuración privada del trabajador, aunque sí puede utilizar la información que reciba por vía indirecta, a través de usuarios con los que este la haya compartido. Por otra parte, también puede indagarse en la información que el trabajador ha hecho manifiestamente pública al compartirla en espacios virtuales sin restricciones de acceso. Con todo, resulta cuestionable que el empresario pueda investigar también los perfiles de terceros ajenos a la relación laboral cuando, además, existen dudas sobre si el trabajador ha prestado su consentimiento para la publicación de su información personal, pese a que las sentencias de suplicación estén validando actualmente esta práctica.

25. El artículo 20.4 ET permite el control médico de los trabajadores ausentes, pero su articulación es compleja, suscita dificultades interpretativas y, en la práctica, su eficacia es limitada.

Esta facultad de control empresarial del absentismo médico, aunque no está constreñida por los contornos formales de la incapacidad temporal, complementa, a nivel contractual, el sistema de control del fraude establecido en el marco de la Seguridad Social. Los reconocimientos médicos pueden encargarse a empresas especializadas en el control del absentismo laboral o a médicos independientes, pero existen dudas en cuanto a su realización por parte los servicios médicos de empresa, porque su regulación reglamentaria presenta contradicciones que deberían corregirse.

En caso de que el trabajador se niegue a someterse al reconocimiento médico, puede interpretarse que el precepto autoriza la suspensión de las mejoras voluntarias y también de la parte de la prestación que está a cargo del empresario, precisamente porque la obligación de asumir dicho coste se establece legalmente con la finalidad de implicar a las empresas en el control del absentismo. En cambio, de acuerdo con la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la intimidad y su relación con los reconocimientos médicos obligatorios, de la decisión del trabajador de no someterse a este reconocimiento no pueden deducirse consecuencias disciplinarias.

En cuanto a los efectos del reconocimiento médico, aunque el facultativo escogido por el empresario considere que el trabajador es capaz de trabajar, de esta discrepancia con el facultativo de la sanidad pública o la mutua no cabe inferir, sin más, que la baja

es fraudulenta. De hecho, la eficacia de este precepto es limitada en tanto, en la práctica, el reconocimiento médico no suele proporcionar evidencias que constituyan un fundamento suficiente para la adopción de una eventual sanción disciplinaria. En su lugar, como ocurre con las mutuas, la solución es que la empresa recurra a la Inspección Sanitaria, que sí tiene capacidad suficiente para declarar, en su caso, la extinción de la incapacidad temporal, que conducirá a la reincorporación del trabajador.

26. El artículo 20.4 ET constituye el fundamento legal de la creciente actividad de las empresas dedicadas al control médico del absentismo, dotándolo de nuevas utilidades y condicionantes jurídicos.

Frente a la tradicional utilización puntual e individualizada del reconocimiento médico del artículo 20.4 ET, las empresas especializadas en el control del absentismo laboral ofrecen su aplicación generalizada a los trabajadores que se ausentan por causas de salud, mediante protocolos estandarizados. Al respecto, El Tribunal Supremo considera legítima la externalización de tales labores de fiscalización, así como la cesión de los datos personales necesarios para citar a los trabajadores. Además, ha establecido que el ejercicio de la libertad empresarial para contratar este tipo de servicios solo puede impedirse mediante su pacto expreso en la negociación colectiva.

Esta nueva forma de operar en relación con el artículo 20.4 ET supone ampliar su ámbito de aplicación desde la dimensión referida al control estrictamente individualizado de cada trabajador ausente hasta una dimensión de naturaleza colectiva. Ello implica la aparición de nuevos condicionantes jurídicos a su ejercicio, como el derecho de consulta de los representantes de los trabajadores ante el establecimiento de nuevos sistemas de control del trabajo (art. 64.5.f ET). Asimismo, la práctica de los reconocimientos permite a estas empresas acceder a datos médicos de los trabajadores con los que realizar informes estadísticos sobre el absentismo y prestar servicios de consultoría sobre políticas de prevención que podrían mejorarlo. En este sentido, parece que estas empresas podrían estar supliendo parte de las carencias detectadas en este trabajo por lo que hace a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

CONCLUSIONS

1. ***Absenteeism is a multi-causal phenomenon that needs to be approached from a holistic perspective, although fraud containment policies have received greater attention than health protection policies.***

The main cause of absenteeism is illness and accidents suffered by workers. At the same time, absenteeism is not an exclusively medical problem. Regardless of what the law provides, absence from work due to sick leave is the result of a decision taken by each worker. This decision is influenced by the discomfort workers may feel, but also by their unrevealed motivations, which may respond to economic stimuli or other circumstances, such as job dissatisfaction or the difficulty of reconciling work and family life. This is how empirical science explains the statistical variations of sick leave, which varies according to factors unrelated to health, such as the unemployment rate, the work environment or family responsibilities.

In view of this multi-causal origin, it is necessary to approach absenteeism from a preventive perspective of workers' medical problems and, at the same time, from a perspective of curbing absences that are extraneous to such cause. As they affect different factors, the two approaches are complementary, and neither can replace the other. However, the regulation and management of the Spanish sick leave and sickness benefit ('temporary incapacity') is currently unbalanced in favour of fraud containment, which has been the main legislative focus when it comes to regulating aspects related to this matter. Therefore, there is still plenty of room for improvement in reducing absenteeism due to real illnesses and accidents by protecting workers' health and quality of working life. This preventive approach is particularly important because health problems among the working population are rising and will continue to increase with its current ageing.

2. ***In the preventive field, absenteeism is a negative indicator of workers' health, linked to the possible concurrence of occupational risk factors.***

In the framework of occupational risk-prevention legislation, absenteeism is conceived as a symptom of poor occupational health. In other words, the level of absences recorded by a workforce or by a single worker may indicate the presence of occupational risks that have not been detected or that are not being adequately prevented by the organization. This negative indicator function is attributed to temporary incapacity due to occupational causes, but also to absences derived from non-work-related causes, as it has been proven that working conditions also have a strong influence on the latter, regardless of its formal classification for Social Security purposes.

As a result, the preventive analysis of workers' medical absences and their causes is a useful tool for the collective and individual surveillance of workers' health. Its consideration is crucial for planning occupational risk prevention policies, monitoring

their implementation, proposing improvements to remedy any shortcomings that may be identified and detecting the appearance of new objective or subjective preventive needs.

3. There are legal mechanisms in place to identify occupational risk factors that generate absenteeism, but they are not sufficiently effective.

In the context of collective health surveillance, the employer is obliged to compile and regularly update statistical data on workers' absences. These rates are valuable epidemiological data that make it possible to monitor damage to workers' health and must therefore be passed on to the occupational health services and workers' representatives. However, studies show that employers not always comply with such obligation, without this having led to a judicial reaction on the workers' side. The creation by some collective agreements of specific bodies to discuss the causes of absenteeism in the workplace is a positive way of tackling this problem, although its potential is conditioned by the non-binding nature of most collective agreements on this issue.

Within the framework of individual health surveillance, medical staff of occupational health services must be informed of the causes of each worker's absences in order to study their possible relationship with occupational risks. However, this legal provision is not sufficiently complied with in practice either, as there are no institutional mechanisms for communication between occupational safety and health services and public health services (who are responsible of providing medical treatment to workers with non-work-related conditions). In order to solve this problem, it is proposed that a single work medical record should be introduced. This bi-directional communication tool would facilitate the work of the occupational health service doctors by giving them direct access to medical care information. At the same time, having access to objective information on the worker's working conditions and industrial risks would improve the work of primary care doctors in managing temporary incapacity and detecting its possible occupational origin.

For the same preventive purpose, the law establishes that workers returning to work after long-term temporary incapacity must undergo a medical examination by the occupational health service. This provision also appears to be inefficient, as such examinations are not always carried out. For this reason, it is also proposed that a technical improvement be made to its regulation, by specifying what is meant by 'long-term absence'. In addition, an interpretative proposal is made regarding the exceptionally compulsory nature of this medical examination, when there are indications that it may be linked to occupational risks.

4. The workplace is an ideal context to carry out health promotion programmes, so its implementation should be fostered through a more favourable regulatory and institutional framework.

The prevention of pathologies that lead to absenteeism must also be approached from a comprehensive perspective, which cannot ignore the fact that most of temporary incapacities are due to non-professional risks. In fact, the preponderant nature, both in terms of frequency and severity, of sick leave caused by 'common contingencies' shows that limiting the prevention of absenteeism to the correct management of occupational risks is totally insufficient.

In this respect, although employers are only legally obliged to prevent work-related risks, they can also carry out programmes to promote healthy lifestyles and habits, which have been shown to be very effective in reducing absenteeism. The voluntary nature of such programmes implies that they are undertaken on the employers' own initiative or as a result of a commitment made with workers' representatives. For this reason, health legislation refers its substantive regulation to collective bargaining. However, with regard to its adjectival regulation, some legal obstacles have been detected, concerning the regulation of the competences of occupational health services and mutual insurance funds, which may be hindering their involvement in this area. This is relevant because the support these entities could provide is crucial for SMEs to be able to adopt health promotion measures. Additionally, there is a noticeable lack of economic incentives for the implementation of these business activities to promote healthy habits, which are of general interest, insofar as they benefit public health.

5. Corporate reconciliation policies prevent absenteeism because the impossibility of reconciling work and family life is detrimental to health and leads to the fraudulent use of temporary incapacity as a 'shelter benefit'.

Workers who enjoy some autonomy for self-management through flexible working arrangements show lower absenteeism rates (in particular, flexi-time seems more effective than remote working). For this reason, when the company's production model so permit, it is advisable to extend the subjective scope of flexible working rights to the entire workforce, since the law only recognizes the right to request such schemes for parents of children less than 12 years of age.

On the other hand, in serious family-work conflicts where flexible working arrangements are insufficient to deal with care tasks that require more time off, it is advisable for public authorities to extend leave entitlements that are not financially detrimental to the worker. For example, this is currently the case with reduced working hours arrangements to care for children with serious illnesses. Otherwise, because of the financial protection offered by temporary incapacity, attempting to take fraudulent leave presents as a more attractive alternative than applying for an ordinary reduction in working hours or family-related leave.

6. Absenteeism could be prevented by adapting work so that it is compatible with the worker's convalescence.

Temporary incapacity is not only the result of suffering from a health problem, but, above all, of the impediment it causes to the worker's ability to carry out his or her work. Therefore, in addition to preventing illnesses and accidents, when they cannot be avoided, the management of absenteeism must be aimed at mitigating their consequences in the workplace.

An illness or accident can deprive a worker of all capacity for work, if it nullifies his or her physical and/or mental faculties. However, in many cases, especially after overcoming an initial acute phase, the symptoms of the illness moderate and the worker recovers a certain productive potential. Nonetheless, in our system, temporary incapacity is recognised and maintained for as long as the worker is unable to carry out his or her usual work. In other words, a worker on temporary incapacity may be able to carry out a different job, with other functions or under different working conditions, but the legislation in force obliges him/her to be on sick leave.

This relative nature of temporary incapacity means that the employee's tasks, or working conditions, could be modified to accommodate the work to the worker's state of health and shorten his or her absence. This is the purpose of return-to-work plans, the application of which removes the incapacity to work, neutralizing the incompatibility between illness and work. This allows the worker to return to work earlier, in safe conditions and without hindering his or her recovery. Moreover, for certain pathologies, it has been shown that adapted work during convalescence serves as a good complement to medical treatment and contributes to the worker's earlier recovery of health and normal working capacity.

7. Return-to-work plans are not regulated in Spain and, furthermore, the current configuration of temporary incapacity hinders their implementation.

Spanish legislation conceives temporary incapacity as a period of work inactivity and presumes that its maintenance is fraudulent if work is carried out while receiving the benefit (art. 175.1.b LGSS). However, this presumption does not always correspond to reality, since being on sick leave does not necessarily imply that the person concerned lacks all earning capacity. This is recognized by case law, which allows for the compatibility of temporary incapacity with work in situations of moonlighting. What happens is that the productive potential of certain workers who suffer from a partial impairment of their working capacity is rendered inoperative, due to the legal impossibility of working in the same company. Because of this conception of temporary incapacity, plans to return to work are not regulated and remain completely voluntary for companies, as part of their corporate social responsibility.

Return-to-work plans are at odds with the legal configuration of two aspects of temporary incapacity, one objective and the other subjective. Firstly, medical discharge operates as a time limit before which the worker's return to work cannot be attempted.

The worker has the right to return to work in the same conditions in which he/she was working before going on sick leave, so temporary incapacity will not be terminated until he/she is able to do so, regardless of whether he/she is able to perform other tasks. This hinders the application of the early intervention principle that inspires return to work schemes. Secondly, return-to-work plans could fall within the competence of mutual insurance funds, but only in the case of temporary incapacities due to industrial-risk-related causes. This excludes their application to serious illnesses of other origin, which are most costly for the Social Security system, and limits the scope of their potential general application to all temporary incapacities.

Because of these legal obstacles, return-to-work plans are rarely applied in Spain, although some very specific measures are being incorporated in collective bargaining which deserves a positive assessment. Beyond this, and apart from occupational risk prevention, the process of returning to work after long-term temporary incapacity is characterized by its rigidity and the lack of legal articulation of a reasonable system of transition between total inactivity and work. From a legal point of view, this gives rise to continuous contractual disputes that are difficult for the parties to resolve, especially when the temporary incapacity is terminated following an improvement in the state of health of the worker who, nevertheless, continues to suffer relevant sequelae. From a pragmatic point of view, it generates serious issues, such as relapses or the premature abandonment of the labour market by workers who, with adequate occupational assistance, could have continued working.

- 8. *The temporary incapacity is in need of a legal reform to reconfigure the risk it covers and facilitate the implementation of return-to-work plans. Like in other European legislations, this could mean the recognition of part-time temporary incapacity or allowing early return to adapted work.***

Return-to-work plans may provide for quantitative and/or qualitative adaptations of work to adjust it to the worker's working capacity. On the one hand, part-time temporary incapacity would serve to provide an adequate response to illnesses that prevent full-time work but allow services to be provided during a portion of the working day. On the other hand, early return to work to perform other tasks or other working conditions would benefit partially recovered workers who are able to work in circumstances other than those prior to their sick leave.

The implementation of these legal concepts would require deepening the legal capacity of mutual insurance funds to propose and draw up return-to-work plans, extending their competence to temporary incapacities derived from non-work-related causes. These entities could provide technical and financial support to companies, which would be directly responsible of implementing the activation measures. In addition, for such a task they should also be assisted by occupational health service providers and consult the workers' representatives. The implementation of return-to-work plans could

be voluntary for employers and workers, but it is conceivable that greater benefits could be achieved by making them compulsory, subject to the organisational possibilities of each company.

9. Temporary incapacity is a social benefit affected by moral hazard that can lead to fraudulent absenteeism.

Although the declaration of temporary incapacity is based on medical verification of the illness or accident, the worker's actual degree of discomfort is generally private information, which, at least initially, only known by the worker himself. Since the worker does not bear the full costs derived from his/her absence from work, it may be in his/her interest to manipulate this information in order to avoid coming to work, even if he/she is not really ill. For this reason, temporary incapacity is a benefit affected by moral hazard, which means that it is susceptible to fraud.

In particular, the information imbalance that favours the worker and disfavours the employer and the Social Security is particularly intense in the case of short absences due to non-work-related causes. These absences are, moreover, the ones that cause the greatest economic damage to the company, because it must bear the costs of the social benefit and because they give rise to unexpected organisational disruptions. In the case of absences due to occupational contingencies or of longer duration, more information is available on the employees' state of health (derived, respectively, from the work environment or from the diagnostic and medical treatment process), making fraud more unlikely. Therefore, the strategies applied to temporary incapacity to deal with moral hazard focus on the initial period of temporary incapacity.

There are two strategies for dealing with moral hazard, which are compatible with each other and which have been transferred to the legal and conventional regulation of temporary incapacity, as well as to that of other contractual aspects related to absenteeism, such as dismissal or salary supplements. One is to apply controls that serve to obtain additional information on the risk covered and to verify that the worker is truly unable to work. The other strategy is to create economic disincentives linked to absence, making the worker bear part of the costs involved, so that he or she does not miss more work than is strictly necessary.

10. The issuing of informal sick notes by general practitioners makes it difficult to effectively monitor short-term medical absences.

In order to focus the monitoring of absence from work at the initial stage, when moral hazard is more significant, various legislative measures have been adopted. These include, for instance, bringing forward the medical control capacity of the mutual insurance funds in temporary incapacity derived from non-work-related causes to the first day of sick leave. They also include organizing the general practitioners' monitoring of sick leave depending of the severity of each illness, which allows the medical

examinations to be spaced out in the case of lasting diseases. However, this line of action is hindered by the use of informal sick notes. This generates a type of medical absenteeism formally distinct from temporary incapacity which is particularly problematic because (i) it is often not subject to economic disincentives, (ii) it can remain outside the supervision of the inspection bodies or end up delaying their intervention and (iii) it can be used fraudulently as a substitute for a formal sick note. For all these reasons, its use should be limited, both by employers and health services.

11. Economic disincentives for absenteeism may minimize moral hazard but are counterproductive if they lead to increased presenteeism.

It has been shown that workers tend to be absent more or less frequently, depending on the economic consequences of temporary incapacity. For this reason, the legislator and the social partners have articulated different legal mechanisms through which direct disincentives (loss of real or potential income) and indirect disincentives (possible dismissal) linked to absenteeism are generated. In this way, the economic profitability of absence is reduced, with the aim of modulating the worker's behaviour when it comes to taking advantage of temporary incapacity and making fraud a less attractive option.

However, it has recently emerged that this type of economic pressure on the worker can also lead to labour presenteeism. That is, sick workers may also be induced to come to work. This phenomenon can have similar economic costs to absenteeism, as it is detrimental to the worker's health and to the company's productivity, both in the short and long term. Therefore, achieving the optimal balance between employee absence and attendance, which is a more reasonable objective than aiming for the elimination of absenteeism, requires prudent use of negative economic incentives.

Given that the legislative evolution of regulations related to absenteeism has historically been marked by the theory of moral hazard, presenteeism has always been left out of the legal debate. Therefore, it was not until the advent of coronavirus that this phenomenon aroused political concern, which was expressly reflected in legislation, because of the serious epidemiological effects of attendance at work by infected workers. This change in trend, which may be conjunctural, is reflected in the emergency regulation of temporary incapacity due to coronavirus or in the arguments that underpinned the parliamentary validation of the repeal of dismissal for absenteeism in article 52.d ET.

12. Economic disincentives for absenteeism are legally limited by the principle of sufficiency of social benefits.

Both the three-day waiting period for the accrual of temporary incapacity benefit and the reduction in the amount of benefit to 60 % of the previous salary from the fourth to the twentieth day of sick leave are measures that the law incorporates into the

configuration of workers' economic protection, clearly inspired by the theory of moral hazard. In fact, the data indicate that these measures may be effectively containing the duration of short absences due to common contingencies.

In view of the above, some economists are in favour of further cuts in the sickness benefit perceived during temporary incapacity, for anti-absenteeism purposes. However, legislative decisions in this area must be proportionate and are subject to the legal limit set by Article 43 of the Spanish Constitution. Moreover, objections made by the European Committee of Social Rights about the insufficiency of such benefit in its first period should lead to better protection, at least for lower paid workers.

13. Additional voluntary benefits to the public temporary incapacity benefit also adopt an anti-absenteeism orientation that is not necessarily parallel to legal disincentives.

By granting extra-statutory sick pay, collective bargaining operates in the margin that legislative decisions on the quantitative dimension of temporary incapacity benefit leave unprotected. In this way, the legal design of the distribution of the costs of absenteeism between employer and employee is reconfigured. In this area, there is a risk that voluntarily extending the financial coverage offered to the worker may inhibit the disincentives to absenteeism envisaged by the legislator. However, freedom of negotiation and the progressive awareness of the social partners have given rise to a historical process of rationalisation whereby formulas have become widespread which allow the improvement of the legal regime to be combined with the aim of achieving the maximum possible efficiency in employees' attendance at work.

In particular, two negotiating strategies are identified whereby an attempt is made to ensure that extra-statutory sick pay has the least harmful effects on employees' behaviour. On the one hand, additional coverage is concentrated on temporary incapacities with a lower risk of being fraudulent, such as those arising from occupational contingencies or serious health problems. On the other hand, the enjoyment of this additional protection is conditional on the individual or collective level of absenteeism recorded at any given time, fixing an optimum level of absences from work to which workers' behaviour will tend to be adjusted. Therefore, although it may affect legal disincentives, if extra-statutory sick pay is well designed, it can generate new incentives against moral hazard that are also more adaptable to the circumstances of each company and the characteristics of each absence.

14. In the public sector, the generous regulation of extra-statutory sick pay and informal sick notes partly explains the high rates of absenteeism.

Public Administrations generally offer extra-statutory sick pay schemes which tend to equate the income received by workers during their absence with that of work. This is clearly harmful to the curbing of moral hazard. This common practice was only

interrupted between 2012 and 2018, when, for budgetary reasons, the state legislator established maximum limits on the amount of additional benefits recognised at the start of processes for temporary incapacity due to non-industrial causes. The measure was effective in reducing absenteeism, but failed in its purpose of containing public spending, because it led to a longer average duration of the processes.

This problem is directly linked to that of sickness absences not covered by formal sick notes, which, in many administrations, are also paid at the same level as actual work. This remuneration was limited along with the amount of additional benefits, but with a confusing regulation that had counterproductive effects. Moreover, the moral hazard affecting rest periods is particularly high in certain administrations, which have been allowing self-certificated medical absences. In this respect, the legislator has not yet required, with enough clarity, the medical verification of the justified nature of the absence. All this points to the need to re-establish binding legal criteria to improve the management of absenteeism in the public sector.

15. While attendance-related bonuses are effective in reducing absenteeism, it is preferable to use bonuses that stimulate productivity.

Attendance bonuses are normally configured as an amount obtained when the worker does not exceed a certain number of absences from work. Case law has established a catalogue of justified absences that cannot be considered to accrue this supplement, because they correspond to the exercise of fundamental rights. However, this does not prevent the achievement of its main objective, which is to reduce absences due to temporary incapacity, especially of non-work-related origin. In fact, these allowances are a particularly useful instrument to stimulate the worker who is not subject to negative economic incentives because the applicable sectoral collective agreement provides for an additional benefit of an amount similar to the salary.

On the downside, attendance bonuses reward mere compliance with the working time, which is a basic employment obligation. In other words, they are based on the misleading idea that mere attendance at work guarantees the satisfaction of the employer's interest. It is therefore preferable that attendance at work is taken into account, where appropriate, in conjunction with other parameters considered for performance-related bonuses. Company performance bonuses, the receipt of which can be made conditional on not exceeding a certain threshold of absences, are also effective in reducing absenteeism while improving job satisfaction.

16. The risk of involuntary job loss is an indirect economic cost to the worker that discourages absenteeism.

As absenteeism reduces the employee's performance, it may lead the employer to terminate the employment relationship. The risk of the employer taking such a decision varies depending on factors that are the result of policy choices in the law, such as the

costs associated with temporary incapacity borne by the employer or the legal regime applicable to contractual termination. This risk, in turn, modulates the employee's decisions about his or her own absences, as the loss of employment is a major detriment, especially if the labour market situation is unfavourable. When absenteeism is more costly for the employer than contractual termination, the risk of dismissal is high and this leads the worker to be absent less frequently, because he/she is under greater economic pressure. Therefore, the legislative framework that modulates the employer's decision to dismiss a worker on the grounds of temporary incapacity also forms an important part of the legislative strategy for curbing moral hazard.

17. Our legislation transfers part of the costs of temporary incapacity to companies and establishes a lax legal regime for dismissals linked to absenteeism.

The employer is obliged to pay for part of the public benefit of temporary incapacity derived from non-industrial-causes and continues to pay Social Security contributions during sick leave. These obligations are the result of legislative decisions that generate a large part of the costs of absenteeism for companies. In turn, the legal framework makes it easy for companies to relieve themselves of these costs through contractual termination. Until recently, in fact, this route was explicitly channelled by law, through the 'objective dismissal for absenteeism', whose constitutional legitimacy was based precisely on the protection of business performance in the face of its economic costs. In the same sense, the case law of the Supreme Court allows the compensated dismissal on the grounds of the worker's temporary incapacity or validates the choice of absenteeism as a criterion for the selection of workers affected by collective redundancies. In both cases, the nullity of the dismissal is denied, arguing, in a sustained and reiterated manner, that the company's decision is not due to a discriminatory purpose, but to its economic convenience.

This regulatory framework generates a high risk of job loss, which is effective in curbing absenteeism, given the comparatively low rates of absenteeism among precarious workers, but gives rise to other legal and economic problems. On the one hand, it generates a situation of lack of protection for sick workers, which other courts try to alleviate by departing from the case law of the Supreme Court and damaging legal certainty. Thus, some Regional Courts of Justice try to highlight the risk that these dismissals, if they are carried out systematically, generate presenteeism among workers, linking it to the protection of the fundamental right to integrity. Something similar occurs with the equation of illness and disability that emerges from the case law of the Court of Justice of the European Union and which would prevent the dismissal of certain workers on temporary incapacity by means of anti-discrimination legislation. However, this is so problematic that it has not had a decisive impact on the orientation of domestic case law and, moreover, it does not provide satisfactory protection for workers with chronic illnesses.

On the other hand, enabling the dismissal of absent workers is not the most appropriate from the point of view of the state's duty to protect the sustainability of the Social Security system. Making it easy to dismiss workers on the grounds of temporary incapacity reduces the average level of absenteeism in the company, but does not necessarily reduce public spending, because workers continue to receive their benefit from the Social Security institutions. Moreover, inactivity resulting from dismissal makes reintegration into the labour market more difficult and, in the case of chronically ill workers, may lead to the application for even more costly social benefits, such as permanent disability, unemployment or retirement.

18. Dismissal of the sick worker must be legally configured as a subsidiary alternative to implementing return-to-work plans.

The fact that the State shares the costs of the temporary incapacity statutory benefit with companies is positive, because in this way it also shares its interest in the good management and use of the benefit by workers, with whom the employer has a closer relationship than the Administration. In this sense, if absences were economically neutral for companies, they would not undertake anti-absenteeism measures, which can be particularly valuable and effective, in support of those adopted by the public authorities. The problem lies in the fact that such costs encourage companies to terminate the contract because, when sick leave occurs, the employer has no room for manoeuvre other than to check whether it is fraudulent with instruments of relative effectiveness. Legislation should therefore guide companies' reactions to the costs of absenteeism towards alternative courses of action to dismissal, opening up their possibilities to intervene in the dynamics of temporary incapacity.

When this possibility of intervention is adequately regulated, the economic costs of absenteeism have proved to be a decisive stimulus to encourage, in other European States, the involvement of companies in the implementation of return-to-work schemes. However, for this to happen, the dismissal of the sick worker must be legally configured as a subsidiary alternative to the attempt to reinstate the worker, which is a more complex option, but beneficial for both parties to the employment relationship and for the Social Security. This is a trend along the lines of some rulings which, when assessing the legality of the dismissal of workers suffering from an illness assimilated to disability, carry out a prior check on the possibility of applying reasonable accommodation measures. Transferring this mechanism to return-to-work schemes would allow its scope of application to be broadened. Besides, a clearer delimitation could be established than that which has been drawn up for the concept of disability.

19. The transfer of health and control competences to the INSS and to mutual insurance funds improves the management of temporary incapacity due to non-industrial causes. Such transfer is very effective in the first case and incomplete in the second.

In the field of processes deriving from non-industrial causes, the fact that the mutual insurance funds and the INSS bear the cost of temporary incapacity whose health management corresponds to general practitioners in public health services generates a relationship of inefficiency between these entities and the regional administration. The regional health services have a close relationship with their patients, but an abstract relationship with the costs of their decisions on temporary incapacity, even though legislation imposes many formal control obligations on them. For this reason, mechanisms have been established through which the mutual insurance funds and the INSS, which do suffer the economic pressure of financially supporting the benefit, can intervene in its management.

The INSS encourages the involvement of public health services through collaboration agreements, which reward the fulfilment of certain medical, control and effective collaboration objectives. At the same time, the INSS is set up as an additional control body for temporary incapacity, receiving all the health and economic information on the processes, carrying out control examinations, issuing incapacity terminations that prevail over the criteria of the public health service, exercising its sanctioning powers when it detects irregularities and having exclusive management of the process once the ordinary period has elapsed. All of this makes its supervision of temporary incapacity highly effective. As the only weak point, it is true that the safeguard clause protecting incapacity terminations issued by the INSS tends to be circumvented by stating a different illness as the cause of the new sick leave. However, this body can cancel the sick leave and deprive it of its economic effects.

By contrast, the powers granted to the mutual insurance funds are subordinated to the criteria of the health services and, for this reason, their effects are not unconditional and immediate. Thus, they can provide health care in place of the health service, but this possibility of speeding up the worker's recovery may be hindered by the lack of authorisation from the doctor in charge or the patient's refusal. Its regulation should therefore be improved. As for their powers of control, on the one hand, they can carry out medical examinations to check the workers' state of health, but to do so they do not have the same clinical information as the INSS, nor can they terminate the temporary incapacity. However, the procedure by which they can propose such termination to the health inspectorate is characterised by its speed. On the other hand, even though internal jurisprudence recognises a limited margin of reaction to fraud detected in this way, the mutual insurance companies can hire private detectives. This aspect would also merit express regulation, in view of the doctrine of the European Court of Human Rights on the right to privacy.

20. The technological modernisation of the Administration has improved ad intra the management and control of temporary incapacity, but the digitalization, ad extra, of its relationship with companies and workers should be intensified.

The digital processing of temporary incapacity reports and their computerised circulation between the public health services, mutual insurance funds and the INSS facilitates the agile management of the economic benefit and allows effective control of brief processes. Likewise, the creation of a centralised database incorporating clinical and financial information on all temporary incapacities has made it possible to apply advanced data analysis technologies to the selection of workers to undergo medical check-ups when their temporary incapacity is likely to be terminated. In addition, the inspectors who carry out these medical examinations have digital access to the workers' complete medical history. The mutual insurance funds, for their part, can access the reports and tests directly related to the temporary incapacities due to non-industrial causes that they manage, but not by telematic means. This is an aspect that could be improved.

Employers and workers have not benefited to the same extent as the INSS from the advantages provided by the use of technology. One point that is particularly critical is the obligation of the worker to hand in the temporary incapacity reports to the employer, as the only aspect of the processing of these documents that is still carried out in an analogue manner. This subjects the employer to periods of uncertainty, places an unnecessary burden on the worker and gives rise to complex legal disputes about the contractual consequences of delays. Therefore, since the INSS has almost immediate notice of the acts relating to temporary incapacity, the RED system could be used as a bilateral interaction mechanism to provide the information to employers telematically and automatically.

Another critical point whose management could be improved through technology is the termination of temporary incapacity, since its telematic notification can also reduce absenteeism. This is the case when the termination is issued at a time other than the medical examination and the worker does not have direct knowledge of it. Currently, the procedure set for the administrative notification of the incapacity termination leads to an unnecessary lengthening of the temporary incapacity at a time when the worker has already regained his or her capacity to work. This lengthening can be avoided if the worker is notified of the discharge by the company or the mutual insurance fund (which are notified via the Internet) or directly by the INSS, through the system of telephone messaging tried out by some provincial directorates. However, the lack of regulation of these possibilities, which are occasionally applied de facto, generates legal uncertainty as to when the worker is obliged to return to work.

21. Some points of the procedural regime of temporary incapacity generates bureaucratic absenteeism. Its legal design focuses more on the containment of public expenditure than on the consequences of absenteeism for companies.

The overlapping of subjects involved in the management of temporary incapacity, together with the need to guarantee workers' rights, generates a complex administrative

framework, which has undergone notable improvements in recent decades, but which still suffers from certain defects that delay the application of additional controls or the worker's return to work. In this sense, as with the notification of the incapacity termination, the application of the general administrative procedure to the summons of the INSS or the mutual insurance funds for the submission of workers to medical check-ups is clearly inadequate. For example, it does not appear that publication of the summons in the Official State Gazette really helps to ensure that the person concerned is better informed. In return, this may actually result in a worker acting in bad faith to extend his temporary incapacity and delay the return to work.

Something similar occurs with special procedures for challenging the incapacity termination, in which the direct link that is generally established between this decision and the resumption of work activity is distorted. In such cases, the principle of enforceability of administrative acts does not apply, so that reinstatement is delayed beyond the time when the doctor considers the worker to be able to work. Thus, in the case of the review of benefit terminations issued by the mutual insurance funds, if their decision is confirmed, this entity can recover the amount of the benefit accrued during the administrative procedure, but the absences from work that this entails are considered to be justified. These absences could be minimised by eliminating unnecessary formalities, such as the requirement for workers to hand in their clinical documentation.

The procedure known as 'procedure of disagreement' with incapacity terminations issued by the INSS when refusing to extend its duration is even more problematic and there are various arguments against its adequacy. For example, it is particularly ineffective when applied to temporary incapacity arising from non-work-related causes, because the criterion of the mutual insurance company is contrasted with that of the Medical Inspectorate, which does not usually give its opinion because it has no knowledge of the worker's pathological process. Moreover, by guaranteeing continuity in the payment of the benefit regardless of the proceeding being rejected, it provides an incentive to challenge the termination, even when it is unnecessary. It is true that, in the event that the Inspectorate does not make a decision, the legislator takes care to limit the payment of the benefit to the eleven days following the termination, but it ignores the fact that the absence from work can be extended for a much longer period of time, until the procedure is completed.

22. The employer's power to monitor absenteeism is different, including its basis and limits, from the power to monitor the performance of work.

The employer's control over workers during their absence due to temporary incapacity is of a less intense nature than that which can be established over work performance, because it is not exercised in the context of the productive organisation. This non-occupational control is based on the ancillary obligations derived from the

contractual duty of good faith to which the worker is subject during the contractual suspension and by which he/she is forbidden to simulate an illness or to carry out activities that may harm his/her recovery. The ability to verify compliance with these obligations is implicitly reflected in Article 20.3 ET and explicitly in Article 20.4 ET, which cover different mechanisms for monitoring absenteeism that are mutually compatible.

Since it concerns the employee's behaviour in the context of his/her private life, this monitoring capacity is strongly constrained by the limits of the right to privacy. At the same time, as it always involves the collection of data concerning the employees' health, it must respect the enhanced protection afforded to sensitive personal data. In this regard, it should be borne in mind that the concept of 'data concerning health' is expressly configured in the GDPR as a broader concept than what had been understood in Spain until its entry into force. Besides, this protection is particularly reinforced in the case of the subcategory of medical data, which can only be accessed, where appropriate, by healthcare personnel.

23. Article 20.3 ET allows private detectives to be hired to verify whether the employee is complying with his or her duty of good contractual faith during the absence.

Detectives are the only professionals who can monitor the employee's private life in order to reveal whether he/she engages in conduct from which it can be inferred that he/she is feigning illness or is carrying out actions that may be detrimental to his/her recovery. The investigation is carried out on behalf of the employer, as the legitimised subject, and is therefore subject to the same grounds and limits as the direct exercise of the power of control. Although there are divergent jurisprudential positions on the factual requirements to hire a detective, by application of the constitutional principle of suitability, the concurrence of reasonable suspicion of the possible disloyalty of the employee must be required. From there on, as long as the scope of the investigation is proportionate, the protection of the right to privacy does not prevent the use of technical means for capturing images of the worker, which are not subject to the legal regime of video-surveillance in the workplace. On the other hand, private investigation of medical absenteeism involves the processing of sensitive personal data of the worker, but the law allows it to be carried out without the worker's consent and without having to inform the subject beforehand.

24. In the absence of legal measures that delimit the scope of protection of the worker's virtual privacy, case law on the matter is permissive with company enquiries on social networks to discover disloyal behaviour by the absent worker.

The release by employees of personal information via the internet does not imply a waiver of their right to privacy, so that business investigation cannot go beyond the limits of this right. Thus, while the investigation of the employee's professional content

on social networks does not pose any problems, access to information published on social networks with personal content and the provision of this information in court must be assessed according to stricter criteria. On the one hand, the employer cannot pretend to have direct access to the employee's private personal profiles, although it can use the information it receives indirectly, through users with whom the employee has shared it. On the other hand, information that the employee has manifestly made public by sharing it in virtual spaces with no access restrictions can also be used. However, it is questionable whether the employer can also investigate the profiles of third parties outside the employment relationship, especially when there are doubts as to whether the worker has given his consent to the publication of his/her personal information, despite the fact that Appeal rulings are currently validating this practice.

25. Article 20.4 ET allows for medical supervision of absent workers by employers, but its functioning is complex, raises interpretative difficulties and, in practice, its effectiveness is limited.

This power of company control of medical absenteeism, although not limited by the formal contours of temporary incapacity, complements, at the contractual level, the system of fraud control established by the Social Security institutions. Medical examinations can be entrusted to companies specialised in the control of absenteeism or to independent doctors, but there are doubts as to whether they can be carried out by the company medical services, because there are contradictions in the applicable regulations, which should be corrected.

In the event that the worker refuses to undergo the medical examination, Article 20.4 ET can be interpreted as authorising the suspension of the extra-statutory sick pay and also of the part of the statutory public benefit which is at the employer's expense, precisely because the obligation to assume this cost is legally established with the aim of involving companies in the control of absenteeism. On the other hand, in accordance with the constitutional doctrine on the fundamental right to privacy and its relationship with compulsory medical examinations, no disciplinary consequences can be deduced from the employee's decision not to undergo this examination.

As for the effects of the medical examination, even if the doctor chosen by the employer considers that the worker is capable of working, it cannot be inferred from this discrepancy with the doctor of the public health service or the mutual insurance fund that the sick leave is fraudulent. In fact, the effectiveness of this precept is limited insofar as, in practice, the medical examination does not usually provide evidence that constitutes sufficient grounds for the adoption of a possible disciplinary sanction. Instead, as is the case with mutual insurance companies, the solution is for the company to turn to the Health Inspectorate, which does have sufficient capacity to declare, if necessary, the termination of the temporary incapacity, which will lead to the worker's return to work.

26. Article 20.4 ET constitutes the legal basis for the growing activity of companies dedicated to the medical control of absenteeism, providing it with new utilities and legal constraints.

In contrast to the traditional one-off and individualised use of the medical examination allowed by Article 20.4 ET, companies specialised in the control of absenteeism offer its generalised application to workers who are absent for health reasons, by means of standardised protocols. In this respect, the Supreme Court considers the outsourcing of such monitoring tasks to be legitimate, as well as the transfer of the personal data necessary to summon workers. Furthermore, it has established that the exercise of the employer's freedom to contract this type of services can only be limited by means of an express agreement in collective bargaining.

This new way of operating in relation to Article 20.4 ET involves extending its scope of application from the dimension referring to the strictly individualised control of each absent worker to a dimension of a collective nature. This implies the appearance of new legal constraints for its exercise, such as the right of consultation of workers' representatives before the establishment of new monitoring systems (Art. 64.5.f ET). Likewise, the practice of examinations allows these companies to access workers' medical data with which to draw up statistical reports on absenteeism and to provide consultancy services on prevention policies that could improve its management. In this sense, it seems that these companies could be making up for some of the shortcomings detected in this thesis with regard to collective health protection of workers.

BIBLIOGRAFÍA

ABERASTURI GORRIÑO, U.: Los principios de la protección de datos aplicados en la sanidad, Bilbao, 2011

AEVAL: Evaluación de las medidas de racionalización y mejora de la gestión de la Incapacidad Temporal, Madrid, 2009

AGUILERA IZQUIERDO, A.: 'El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de agencias de detectives', *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 158, (2013)

AGUILERA IZQUIERDO, R.: 'La actividad preventiva de las mutuas en el ámbito de la Seguridad Social', *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 185, (2016)

ALONSO MARTÍNEZ, C.: 'Aproximación a determinados conceptos del real decreto 994/1999, de 11 de junio, sobre medidas de seguridad', *Actualidad Informática Aranzadi*, núm. 35, (2000)

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.: Instituciones de Seguridad Social, Madrid, 1997

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: Derecho del Trabajo, Madrid, 2009

ÁLVAREZ ALONSO, D.: 'Despido disciplinario, seguimiento por detective privado y derecho a la intimidad', *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 171, (2014)

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: 'Las prestaciones por incapacidad temporal e incapacidad permanente en un mundo laboral cambiante', *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 74, (2008)

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: 'La incapacidad temporal: lo esencial de su inacabable reforma' en AA.VV., Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo, Coords. CAMPS RUIZ, L. M.; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T., Valencia, 2010

ANTAI, D.; OKE, A.; BRAITHWAITE, P. y ANTHONY, D. S.: 'A 'balanced' Life: Work-life balance and sickness absence in four Nordic countries', *International Journal of Occupational and Environmental Medicine*, núm. 4, (2015)

ANTCZAK, E. y MISZCZYNSKA, K. M.: 'Curses of sickness absenteeism in Europe-Analysis from an Intercountry and Gender Perspective', *International Journal of Environmental Research and Public Health*, núm. 18, (2021)

APARICIO ALDANA, R.: Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales, Cizur Menor, 2016

APILLUELO MARTÍN, M.: 'Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial', núm. 5, (2003)

ARADILLA MARQUÉS, M. J.: 'La incapacidad temporal: complementos de empresa y cláusula rebus sic stantibus' en AA.VV.: La incapacidad temporal, Coord. OJEDA AVILÉS, A., Madrid, 1996

ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'Cláusulas de vanguardia en la negociación colectiva de empresa con respecto a las mejoras voluntarias de los subsidios de la Seguridad Social', en AA.VV.: Cláusulas de Vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual, Dirs. MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., Valladolid, 2015

ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral', en AA.VV. Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Dir. CRUZ VILLALÓN, J., Valladolid, 2016

ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'El COVID-19 como riesgo causante de prestaciones de Seguridad Social', Derecho de las relaciones laborales, núm. 4, (2020)

ARAÑA SUÁREZ, M. y IBÁÑEZ FERNÁNDEZ, I.: 'Análisis factorial del cuestionario. Diagnósticos y prescripciones en salud mental – Atención Primaria', en AA.VV: Regreso al Trabajo. Una Intervención bio-psico-jurídica-social-estratégica necesaria para la resolución de la incapacidad laboral temporal por problemas de salud mental, Dir. ARAÑA SUÁREZ, A., Madrid, 2008

ARAÑA SUÁREZ, M., LABORDA-CALVO, E. y CÁMARA-ANGUITA, R.: 'Intervención bio-psico-jurídico-social estratégica-necesaria para la resolución de la I.L.T. por salud mental', en AA.VV: Regreso al Trabajo. Una Intervención bio-psico-jurídica-social-estratégica necesaria para la resolución de la incapacidad laboral temporal por problemas de salud mental, Dir. ARAÑA SUÁREZ, A., Madrid, 2008

ATANCE MARTÍNEZ, J. C.; AGUDO MONTESINOS, M. P.; MASÓ ABAD, E.; GRUPELLI GARDEL, B.E. y GARCÍA BLANCO, A.: 'Resultado del trabajo coordinado del servicio público de salud y mutuas: Índice de concordancia en propuestas de alta', Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 63, (2017)

BAKER-McCLEARN, D.; GREASLEY, K.; DALE, J. y GRIFFITH, F.: 'Absence management and presenteeism: the pressures on employees to attend work and the impact of attendance on performance', Human resource management journal, núm. 3, (2010)

BALAGUER PETROVA, S.: 'Modulación actual del complemento de IT por contingencias comunes en la negociación colectiva', Revista de Información Laboral, núm. 8, (2015)

BALLESTER PASTOR, M. A.: 'La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo', Revista de Derecho Social, núm. 62, (2013)

BALLESTEROS POLO, M.: 'Evolución temporal de la incidencia por incapacidad temporal de origen común según tramos de duración (2009-2018)', Archivos de Prevención de Riesgos Laborales, núm. 2, (2020)

BARBA MORA, A.: Incapacidad temporal, Valencia, 2000

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: 'Absentismo laboral: la incapacidad temporal del trabajador como principal causa, en AA.VV.: La incapacidad temporal en el trabajo: régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo, Barcelona, 2016

BARMBY, T. y STEPHAN, G.: 'Worker absenteeism: Why firm size may matter', núm. 5, (2000)

BAYLOS GRAU, A.: 'El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario', Revista de Derecho Social, núm. 57, (2012)

BAYO CALERO, J. et. al.: Manual de la Sociedad Española de Oncología Médica de prevención y diagnóstico precoz del cáncer, Madrid, 2017

BEAUREGARD, T. A. y HENRY, L. C.: 'Making the link between work-life balance practices and organizational performance', Human Resource Management Review, núm. 19, (2009)

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: 'La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE', Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 6, (2017)

BENAVIDES, F. et. al.: 'Incapacidad temporal por contingencia común: el papel de la edad, el sexo, la actividad económica y la comunidad autónoma', Revista Española de Salud Pública, núm. 81, (2007)

BENAVIDES, F. G. et. al.: 'Does return to work occur earlier after work-related sick leave episodes than after non-work-related sick leave episodes? A retrospective cohort study in Spain', Occupational & Environmental Medicine, núm. 66, (2009)

BENAVIDES, F. G. et. al.: 'Evaluación de la gestión de los casos de incapacidad temporal por contingencia común de más de 15 días en Cataluña', Gaceta Sanitaria, núm. 24, (2010)

BENITO-BURTÓN OCHOA, J. C.: 'La incapacidad temporal y las mejoras voluntarias: Supresión o mantenimiento tras el Real Decreto Ley 5/1992', en AA.VV.: La incapacidad temporal, Coord. OJEDA AVILÉS, A., Madrid, 1996

BERAUD: J.: La suspensión du contrat de travail, Paris, 1980

BLANCO FERNÁNDEZ, S.: Evaluación forense de la enfermedad mental en la incapacidad temporal: simulación y realidad, Santiago de Compostela, 2016

BLANCO FERNÁNDEZ, S.; VELASCO RODRÍGUEZ, J. y GONZÁLEZ PAIS, C.: 'Despidos disciplinarios por fraude en incapacidades temporales ¿Qué simulamos y por qué?', Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 406, (2017)

BLAU, G. J. y K. B. BOAL: 'Conceptualizing How Job Involvement and Organizational Commitment Affect Turnover and Absenteeism', The Academy of Management Review, núm. 2, (1987)

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: 'El control del absentismo a través de la negociación colectiva', en AA.VV.: Cláusulas de Vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual, Dirs. MERCADER UGUINA, J. R. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., Valladolid, 2015

BOADA i GRAU, J.; DE DIEGO VALLEJO, R.; AGULLÓ TOMÁS, E.; MAÑAS RODRÍGUEZ, M. A.; 'El absentismo laboral como consecuente de variables organizacionales', Psicothema, núm. 2, (2005)

BÖHEIM, R. y LEONI, T.: 'Firm's moral hazard in sickness absences', IZA Discussion Papers, núm. 6005, (2011)

BOIX, P. et al.: Protocolo para la gestión de programas de retorno al trabajo en casos de incapacidad temporal por trastornos musculoesqueléticos, Barcelona, 2014

BOIX, P. y BENAVIDES, F. G.: 'Gestión del retorno al trabajo versus control del absentismo', Archivo de Prevención de Riesgos Laborales, núm. 18, (2015)

BOIX I FERNANDO, P.; COBOS SANCHIZ, D.; GADEA MERINO, R. y SOLÉ GÓMEZ, M. D.: 'Programas de vuelta al trabajo para bajas prolongadas por motivos de salud: barreras y facilitadores de su eficacia', Seguridad y Salud en el Trabajo, núm. 98, (2018)

BOLTAINA BOSCH, X.: 'Telecomunicaciones. Uso de nuevas tecnologías. Derechos y deberes de los empleados públicos. Internet y correo electrónico de los empleados públicos: derechos, deberes y límites a su uso y control', La Administración Pública, núm. 12, (2015)

- BOSMAN, L. C.; TWISK, J. W. R.; GERAEDTS, A. S.; HEUMANS, M. W.: 'Effect of partial sick leave on sick leave duration in Employees with musculoskeletal disorders', *Journal of Occupational Rehabilitation*, núm. 30, (2020)
- BRIAND, C.; DURAND, M. J.; ST-ARNAUD, L. y CORBIÈRE, M.: 'Work and mental health: Learning from return-to-work rehabilitation programs designed for workers with musculoskeletal disorders', *International Journal of Law and Psychiatry*, núm. 30, (2007)
- BROWN, S.; FAKHFACK, F. y SESSIONS, J.: 'Absenteeism and Profit Sharing: An Empirical Analysis Based on French Panel Data, 1981-1991', *Industrial and Labor Relations Review*, núm. 52, (1998)
- BROWN, S. y SESSIONS, J. G.: 'Absenteeism, Presenteeism and Shirking', *Economic Issues*, núm. 9, (2004)
- CABEZA PEREIRO, J.: 'Informe de detectives, intimidación y otras cuestiones en el entorno de la potestad disciplinaria del empresario', *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 415, (2017)
- CALDAS BLANCO, R. et. al.: 'Incapacidad temporal: mejoras en la gestión', *Atención Primaria*, núm. 2, (2000)
- CARDONA RUBERT, M.: 'Redes sociales en el contrato de trabajo', en AA.VV., Derecho y redes sociales, Coords. RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Madrid, 2013
- CARRERAS ROIG, L.: 'Impacto económico del absentismo laboral', en AA.VV.: La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral, Coords. ROMERO BURILLO, A. M. y MORENO i GENÉ, J., Valencia, 2013
- CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M.: 'El Estatuto de los Trabajadores y la derogación del artículo 52.d)', *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, (2020)
- CASTELLANO ARROYO, M.: 'Una persona, ¿Una historia clínica?', *Actualidad Médica*, núm. 98, (2013)
- CHATTERJI, M. y TILLEY, J.: 'Sickness, absenteeism, presenteeism, and sick pay', *Oxford Economic Papers*, núm. 54, (2002)
- CHAUPAIN-GUILLOT, S. y GUILLOT, O.: 'Sickness benefit rules and work absence: An empirical study based on European data', *Revue d'économie politique*, núm. 6, (2017)
- CHEN, H. y CHEN, W.: 'Couldn't or wouldn't? The influence of privacy concerns and self-efficacy in privacy management on privacy protection', *Cyberpsychology Behavior and Social Networking*, núm. 1, (2015)
- CIOCCHETTI, C.A.: 'The eavesdropping employer: a twenty-first century framework for employee monitoring', *American Business Law Journal*, (2011)
- CRESPÍ FERRIOL, M.: 'El tratamiento de los datos personales relativos a la salud de los trabajadores', *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 52, (2019)
- CRESPÍ FERRIOL, M.: 'Nuevas tecnologías y control público del fraude en la incapacidad temporal', en AA.VV.: Derecho del trabajo y nuevas tecnologías: Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de

Derecho del Trabajo, Coords., MONREAL BRINGSVAERD, E. J.; THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., Valencia, 2020

CRESPÍ FERRIOL, M.: 'Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria', Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 73, (2021)

D'ABATE, C. P. y EDDY, E. R.: 'Engaging in Personal Business on the Job: Extending the Presenteeism Construct', Human Resource Development Quarterly, núm. 3, (2007)

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: '¿Sigue vigente el despido por absentismo en los Centros Especiales de Empleo?', Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 75, (2021)

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: 'El alta médica. Efectos laborales e impugnación por el trabajador: Exámen especial de la posición de las mutuas de accidentes de trabajo', Actualidad laboral, núm. 11, (2008)

DECLÓS, J. et al.: 'Duración de la incapacidad temporal por contingencia común por grupos diagnósticos', Archivos de prevención de riesgos laborales, núm. 4, (2010)

DECLÓS, J. et al.: 'Distribución de la duración de la incapacidad temporal por contingencias común por diagnóstico médico', Gaceta sanitaria, núm. 27, (2013)

DEL VALLE VILLAR, J.M.: 'El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español', en AA.VV. Estudios sobre el derecho a la intimidad, Coord. GARCÍA SAN MIGUEL, L., Madrid, 1992

DENIS, T.; BAR-HEN, A. y LOUNISSI, R.: 'Hierarchizing Determinants of Sickness Presenteeism: an Empirical Analysis of French Data', Annual Convention for Inclusive Growth, Bruselas, 2019

DESDENTADO BONETE, A.: 'Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal', Actualidad laboral, núm. 6, (2008)

DEVETZI, S. y STENDAHL, S.: 'Introduction' en AA.VV.: Too sick to work? Social Security Reforms in Europe for Persons with Reduced Earnings Capacity, Eds. DEVETZI, S. y STENDAHL, S., Alphen aan den Rijn, 2011

DÍAZ RODRÍGUEZ, J.: 'Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial', Actualidad Laboral, núm. 7, (2011)

DÍAZ SALAZAR, C. E.: 'Reflexiones sobre la incapacidad y aptitud laboral. Nuevas sinergias entre medicina evaluadora y medicina laboral. Historia clínica laboral única. La incapacidad laboral, un continuo evolutivo', Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 1, (2014)

DOMÍNGUEZ MUÑOZ, A.; LÓPEZ PÉREZ, R.; GORDILLO LEÓN, F.; PÉREZ NIETO, M. A.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A.; DE LA FUENTE MATERO, J. L.: 'Distorsión clínica y simulación en la incapacidad temporal: un estudio preliminar', Psicopatología Clínica, Legal y Forense, núm. 13, (2013)

DOMÍNGUEZ MUÑOZ, A.; DE LA FUENTE MADERO, J. L.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M.; LÓPEZ PÉREZ, M. J.; GARCÍA RUIZ, P.; LÓPEZ PÉREZ, R. M.: 'Revisión de la distorsión clínica en la incapacidad temporal: nuevos procesos en los 18 meses tras el alta por inspección', Behavior & Law Journal, núm. 3, (2017)

DOMINGUEZ MUÑOZ, A.; GÓMEZ ÁLVAREZ, A. M.; DE LA FUENTE MADERO, J. L.; LÓPEZ PÉREZ, M. J.; GARCÍA RUIZ, P. y LOPEZ PEREZ, R.: 'Opiniones de los inspectores médicos acerca de la distorsión clínica en la valoración de la incapacidad laboral en España', *Ars Medica: Revista de Ciencias Médicas*, núm. 1, (2017)

DORRINGTON, S.; ROBERTS, E.; MYKLETUN, A.; HATCH, S.; MADAN, I. y HOTOFF, M.: 'Systematic review of fit note use for workers in the UK', *Occupational Environmental Medicine*, núm. 75, (2018)

DUEÑAS HERRERO, L. J.: 'Contingencia y prestación de incapacidad temporal', en AA.VV.: Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico, Coord. BLANCO MARTÍN, J. M., Valladolid, 2002

E O HORT, S.: Social policy, welfare state and civil society in Sweden, Volume II, Lund, 2014

EHRENBERG, R. G.; EHRENBERG, R. A.; REES, D. I.; EHRENBERG, E. L.: 'School district leave policies, teacher absenteeism, and student achievement', *National Bureau of Economic Research*, núm. 2874, (1991)

ESTEBAN LEGARRETA, R.: 'El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el Real RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad', *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 6, (2017)

ESTEBAN LEGARRETA, R.: 'Extinción objetiva por morbilidad excesiva y discriminación por discapacidad: Un análisis a la luz del Derecho europeo y la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/16, Asunto Ruiz Conejero)', *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 49, (2019)

ESTEBAN LEGARRETA, R.: Controles y límites a la incapacidad temporal, Albacete, 2019

Eurofound: Preventing absenteeism at the workplace, Luxemburgo, 1997

Eurofound: Workplace health promotion in Europe, Luxemburgo, 1997

Eurofound: Employment and disability: Back to work strategies, Luxemburgo, 2004

Eurofound: Absence from work, Luxemburgo, 2010

Eurofound: Health and well-being at work: A report based on the fifth European Working Conditions Survey, Luxemburgo, 2012

Eurofound: Sustainable work over the life course: Concept paper, Luxemburgo, 2015

Eurofound y ILO: Working anytime anywhere: The effects on the world of work, Luxemburgo, 2017

Eurofound: Sixth European Working Conditions Report: 2017 Update, Luxemburgo, 2017

Eurofound: Striking a balance: Reconciling work and life in the EU, Luxemburgo, 2018

Eurofound: How to respond to chronic health problems in the workplace?, Luxemburgo, 2019

Eurofound: Sixth European Working Conditions Survey: Overview report, Luxemburgo, 2019

Eurofound: Working conditions and worker's health, Luxemburgo, 2019

European Commission: Sick pay and sickness benefit schemes in the European Union, Luxemburgo, 2016

FABREGAT MONFORT, G.: Nuevas perspectivas del poder de dirección y control empresarial, Albacete, 2016

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: 'Sobre la oportunidad de que la embriaguez y la toxicomanía dejen de ser consideradas causa legal de despido (desde la inseguridad jurídica hacia un enfoque preventivo-asistencial)', *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 35, (2013)

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: Análisis de la problemática derivada del consumo de alcohol, drogas y otras sustancias en el ámbito laboral, Madrid, 2014

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: 'El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el sistema español de Seguridad Social', en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S.: La permanencia de los trabajadores con enfermedades crónicas en el mercado de trabajo: una perspectiva jurídica, Módena, 2018

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: 'Gestión y control de la incapacidad temporal tras el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio', *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 168, (2014)

FERNÁNDEZ PRATS, C.: La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social, Valencia, 2011

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: Las facultades empresariales de control de la actividad laboral, Pamplona, 2003

FRICK, B. y MALO, M. Á.: 'Labor market institutions and individual absenteeism in the European Union: the relative importance of sickness benefit systems and employment protection legislation', *Industrial Relations: A journal of Economy and Society*, núm. 47, (2008)

GALA DURÁN, C.: 'Articulación formal, control empresarial y consecuencias disciplinarias de la ausencia del trabajador por enfermedad, accidente o maternidad', *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 5, (1999)

GALA DURÁN, C. et. al.: Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual, Madrid, 2007

GALA DURÁN, C.: 'Las políticas de acción social en la Administración Local', *Seminari sobre relacions col·lectives*, noviembre del 2013

GARATE CASTRO, F.: El rendimiento en la prestación de trabajo, Madrid, 1984

GARCÍA BECEDAS, G.: 'La Seguridad Social Complementaria en España', *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, 1993

GARCÍA FERNÁNDEZ, M.: 'El rendimiento debido en la relación de trabajo', *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 3, (1980)

GARCÍA GARNICA, C.: 'La protección de los datos relativos a la salud de los trabajadores (A propósito de la STC 202/1999, 8 de noviembre)', *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14, (2000)

- GARCÍA MAINAR, I; GREEN, C. y NAVARRO PANIGUA, M.: 'The effect of permanent employment on absenteeism: Evidence from labor reform in Spain', *ILR review*, núm 71, (2018)
- GARCÍA MURCIA, J.: 'Derecho a la intimidad y contrato de trabajo: anotación de las bajas médicas', *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, (2000)
- GARCÍA NINET, J. I.: 'Sobre los doce días de incapacidad laboral transitoria a cargo del empresario por contingencias comunes. Algunas reflexiones', *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 40, (1994)
- GARCÍA NINET, J. I.: 'Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por incapacidad temporal', *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 61, (1996)
- GARCÍA NINET, J. I.: 'El absentismo y su escaso intento de control en la negociación colectiva española 2014-2016' en AA.VV., La incapacidad temporal en el trabajo: régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo, Barcelona, 2016
- GARCÍA ORTEGA, J.: 'Mejoras voluntarias a la incapacidad temporal. El papel de la negociación colectiva en la mejora de la protección por incapacidad temporal' en AA.VV.: Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017
- GARCIA VIÑA, J.: '¿Cómo la negociación colectiva puede ayudar a reducir el absentismo laboral en las empresas?', *Estudios de Deusto*, núm. 58, (2010)
- GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, A. y PÉREZ FERNÁNDEZ, M.: La incapacidad laboral en su contexto médico: Problemas clínicos y de gestión, Madrid, 2006
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo' en AA.VV., La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo, Dir. MERCADER UGUINA, J. R. y ARAGÓN GÓMEZ, C., Valladolid, 2013
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: 'El despido por faltas intermitentes aun justificadas. Fundamentos y criterios de aplicación práctica', *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 61, (2020)
- GIMENO, D.; BENAVIDES, F.; BENACH, J. y AMICK, B. C.: 'Distribution of sickness absence in the European Union', *Occupational Environmental Medicine*, núm. 61, (2003)
- GIMENO, D.; BENAVIDES, F.; AMICK, B. C.; BENACH, J. y MARTÍNEZ, J. M.: 'Psychosocial factors and work related sickness absence among permanent and non-permanent employees', *Journal of Epidemiological Community Health*, núm. 58, (2004)
- GINÈS i FABRELLAS, A.: 'La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo: la necesidad de una reforma legislativa ante el inmovilismo jurisprudencial', *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, núm. 18, (2010)
- GODOY, A. y DALE-OLSEN, H.: 'Spillovers from gatekeeping-peer effects in absenteeism', *Journal of Public Economics*, núm. 167, (2018)
- GOERLICH PESET, J. y NORES TORRES, L.: 'El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido', *Revista de Información laboral*, núm. 11, (2017)
- GÓMEZ BIEDMA, E.: 'Uso de redes sociales y control empresarial', *Temas Laborales*, núm. 150, (2019)

GÓMEZ SALADO, M. A.: 'La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional', Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 441, (2019)

GÓMEZ SALADO, M. A.: El absentismo laboral como causa del despido objetivo. Puntos críticos en la redacción del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, Granada, 2019

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: La incapacidad temporal en el Régimen General de la Seguridad Social, Albacete, 2005

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: Absentismo y despido del trabajador, Pamplona, 1983

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: 'El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (i)', Relaciones laborales, núm. 12, (2011)

GOÑI SEIN, J. L.: El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial, Madrid, 1988

GOSELIN, E.: 'The Dynamic of assiduity at work: presenteeism and absenteeism', AA.VV.: Presenteeism at work, Eds. COOPER, C. L. y LU, L., Cambridge, 2018

GUTIÉRREZ COLOMINAS, D.: 'La discriminación por discapacidad en las extinciones por ineptitud sobrevenida. Comentario a la STS de 22 de febrero de 2018', Derecho de las Relaciones Laborales, núm. 5, (2018)

GUTIERREZ COLOMINAS, D.: La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad: una perspectiva desde el Derecho comparado y el Derecho español, Barcelona, 2019

HESSELIUS, P.; JOHANSSON, P. y LARSSON, L.: Monitoring sickness insurance claimants: evidence from a social experiment, Uppsala, 2005

HESSELIUS, P.: 'Does sickness absence increase risk of unemployment?', The Journal of Socio-Economics, núm. 36, (2007)

HASSINK, W. y KONING, P.: 'Do Financial Bonuses Reduce Employee Absenteeism – Evidence from a Lottery', Industrial and Labor Relations Review, núm. 3, (2002)

HEYMANN, J.; RHO, H. J.; SCHMITT, J.; EARLE, A.: 'Ensuring a Healthy and Productive Workforce: Comparing the Generosity of Paid Sick Day and Sick Leave Policies in 22 Countries', en AA. VV., The financial and economic crises and their impact on health and social wellbeing, Coords. NAVARRO, V. y MUNTANTER, C., Nueva York, 2014

HIRSCH, B.; LECHMANN, D. S. J. y SCHNABEL, C.: 'Coming to work while sick: An economic theory of presenteeism with an application to German data', IZA Discussion Paper, núm. 9015, (2015)

HOBSON, J. y SMEDLEY, J.: 'A general framework for assessing fitness for work', en AA.VV.: Fitness for work: The Medical Aspects, Eds. HOBSON, J. y SMEDLEY, J., Oxford, 2019

IBARS ÁLVARO, J.: 'Absentismo laboral, un problema inaplazable', Foment del Treball Nacional, núm. 2126, (2009)

ICHINO, A. y RIPHAHN, R.: 'The effect of employment protection on worker effort: Absenteeism during and after probation', Journal of the European Economic Association, núm. 1, (2005)

ICHINO, P.: Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro, Milán, 1979

IGARTÚA MIRÓ, M. T.: Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario, Valencia, 2018

Institute for Employment Studies: Managing sickness absence in the police service, Brighton, 2007

Institute for Employment Studies: Presenteeism. A review of current thinking, Brighton, 2016

ISSA: ISSA Guidelines, Return to Work and Reintegration, Ginebra, 2013

JANSEN, N. W. H.; KANT, I. J.; VAN AMELSVOORT, L. G. P. M.; KRISTENSEN, T. S.; SWAEN, G. M. H. y NIJHUIS, F. J. N.: 'Work-family conflict as a risk factor for sickness absence', *Occupational Environmental Medicine*, núm. 63, (2006)

JOVER RAMÍREZ, C.: La incapacidad temporal para el trabajo: Aspectos laborales y de Seguridad Social, Valencia, 2005

JOVER RAMÍREZ, C.: 'Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado', *Temas Laborales*, núm. 106, (2010)

JUDIESCH, M. K. y LYNESS, K. S.: 'Left behind? The impact of leaves of absence on managers' career success', *Academy of Management*, núm. 6, (1999)

JURADO SEGOVIA, A.: 'Introducción', en AA.VV., Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación, Dirs. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E., Madrid, 2020

KARANIKI-MURRAY, M. y COOPER, C. L.: 'Presenteeism: an introduction to a prevailing global phenomenon' en AA.VV.: Presenteeism at work, Eds. COOPER, C. L. y LU, L., Cambridge, 2018

KONSTANTINOS, P. y THEODOROPOULOS, N.: 'Performance Pay as an Incentive for Lower Absence Rates in Britain', *MPRA Paper* núm. 18238, (2009)

KORTA MURUA, I.: 'Reflexiones sobre la incapacidad y aptitud laboral. Nuevas sinergias entre medicina evaluadora y medicina laboral. Historia clínica laboral única. La incapacidad laboral, un continuo evolutivo', *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 1, (2014)

LAHERA FORTEZA, J.: 'Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar', *Documentación Laboral*, núm. 100, (2014)

LIVANOS, I. y ZANGELIDIS, A.: 'Sickness Absence: a Pan-European Study', *MPRA paper* núm. 22627, (2010)

LLOMPART BENNÀSSAR, M.: El salario: concepto, estructura y cuantía, Madrid, 2007

LLORENS ESPADA, J.: 'El uso de Facebook en los procesos de selección de personal y la protección de los derechos de los candidatos', *Revista de derecho social*, núm. 68, (2014)

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J.: 'A vueltas con la calificación del despido por enfermedad', *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 209, (2018)

LÓPEZ GANDÍA, J.: 'La reforma de las mutuas y la sostenibilidad de la seguridad social', *Lex Social*, núm. 2, (2015)

LÓPEZ INSÚA, B.: La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social, Granada, 2013

- LÓPEZ INSUA, B.: 'Control del fraude y del absentismo en las empresas durante los procesos de baja por incapacidad temporal; el nuevo papel de las mutuas en la reforma legislativa en curso', Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 165, (2014)
- LÓPEZ LÓPEZ, J. C., et. al.: 'Relación entre las tasas de desempleo y los indicadores de absentismo por incapacidad temporal durante los periodos de crisis económica', Archivos de Prevención de Riesgos Laborales, núm. 2, (2018)
- LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A. y VICENTE PARDO, J. M.: 'Necesidad de políticas de retorno al trabajo tras incapacidad laboral prolongada, en materia de seguridad social', Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 64, (2018)
- LÓPEZ-TAMÉZ IGLESIAS, R.: Gestión y control de la incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días, Albacete, 2016
- LUCEÑO MORENO, L.; MARTÍN GARCÍA, J.; JAÉN DÍAZ, M.; DÍAZ RAMIRO, E. M.: 'Evaluación de factores psicosociales en el entorno laboral', eduPsykhé, núm. 1, (2004)
- LUJÁN ALCARAZ, J.: 'Absentismo', Aranzadi Social: Revista Doctrinal, núm. 7, (2008)
- LUSINYAN, L. y BONATO, L.: 'Work absence in Europe', IMF Staff Papers, núm. 3, (2007)
- MACEACHEN, E.; CLARKE, J.; FRANCHE, R. I. y IRVIN, E.: 'Systematic review of the qualitative literature on return to work after injury', Scandinavian Journal of Work, Environment & Health, núm. 32, (2006)
- MACHO STADLER, I. y PÉREZ CASTRILLO, D.: Introducción a la economía de la información, Barcelona, 2004
- MALACHOWSKI, C. K.; BOYDELL, K.; SAWCHUK, P. y KIRSH, B.: "The "work" of workplace mental health: an institutional ethnography', Society and mental health, núm. 3, (2016)
- MALO, M. A.; CUETO, B.; GARCÍA SERRANO, C.; PÉREZ INFANTE, J. I.: La medición del absentismo: Estimaciones desde la perspectiva de las empresas y vidas laborales, Madrid, 2012
- MARIE, O. y VALL CASTELLO, J.: 'If Sick-leave becomes more costly, will I go back to work? Could it be too soon?', IEB Working Paper, núm. 39, (2020)
- MARÍN MARTÍNEZ, F.: Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, Valencia, 2015
- MARKUSSEN, S.: 'The individual cost of sick leave', Journal of Population Economics, núm. 4, (2012)
- MARMOT, M.; FEENEY, A.; SHIPLEY, M.; NORTH, F.; WYME, S. L.: 'Sickness absence as a measure of health status and functioning: from the UK Whitehall II study', Journal of Epidemiology and Community Health, núm. 49, (1995)
- MARQUÉS MARQUÉS, F.: 'La salud integral de los trabajadores: un reto para la sostenibilidad empresarial', Seguridad y Salud en el Trabajo, núm. 90, (2017)
- MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L.: El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo, Madrid, 2006
- MARTÍNEZ FONS, D.: El poder de control del empresario en la relación laboral, Madrid, 2002

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: 'Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma', en AA.VV., Derecho y redes sociales, Coords. RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., Madrid, 2013

MARTÍNEZ QUINTANA, M. V.: 'Problemas en el concepto y en la noción del absentismo y tendencias recientes en España', *ESIK Market*, núm. 84, (1994)

MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: 'Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto', *Gestión y análisis de políticas públicas*, núm. 11, (2014)

MARTÍNEZ, R. y JANÉ, P.: 'Que lo urgente no relegue lo importante: absentismo vs. productividad', *Revista catalana de dret públic*, núm. 48, (2014)

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. A.: La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador, Albacete, 2017

MARTIN-FUMADÓ, C.; MARTÍ AMENGUAL, A.; PUIG BAUSILI, L. y ARIMANY MANSO, J.: 'La incapacidad temporal y sus implicaciones legales', *Medicina Clínica*, núm. 142, (2014)

MATEU CARRUANA, M. J.: 'Facultades de control fuera del centro de trabajo: Medidas de control sobre conductas extralaborales del trabajador', *Tribuna Social*, núm. 169, (2005)

MELLO, J. A.: 'Social media, employee privacy and concerted activity: Brave new world or big brother?', *Labour Law Journal*, núm. 3, (2012)

MERCADER UGUINA, J. R.: Modernas tendencias en la ordenación salarial, Madrid, 1996

MERCADER UGUINA, J. R.: 'La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal', *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 8, (2009)

MERCADER UGUINA, J. R. y ARAGÓN GÓMEZ, C.: 'Introducción', en AA.VV., La compatibilidad de las prestaciones del sistema de seguridad social y el trabajo, Dir. MERCADER UGUINA, J. R. y ARAGÓN GÓMEZ, C., Valladolid, 2013

MIRANDA BOTO, J. M.: 'El impacto de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia en la legislación laboral española: los ajustes incumplidos', *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 5, (2018)

MITTAG, O. et. al.: 'Intervention policies and social security in case of reduced working capacity in the Netherlands, Finland and Germany: a comparative analysis', *International Journal of Public Health*, núm. 63, (2018)

MOLERO MARAÑÓN, M. L.: 'Estructura y cuantía de la retribución del trabajo' en AA.VV.: Tratado práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Coords. GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍN VALVERDE, A., Granada, 2005

MOLINA NAVARRETE, C.: 'Enfermedades asimilables a la discapacidad, incapacidades temporales y enfoques de gestión empresarial: ¿despedir, prevenir o acomodación razonable? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero', *Estudios financieros: Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 422, (2018)

MONERO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: 'Determinación de contingencias de la Seguridad Social', *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 19, (2008)

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: 'Los servicios de prevención de riesgos laborales' en AA.VV., Los servicios de prevención de riesgos laborales: evolución y régimen jurídico, Coord. ÁLAREZ VALLBUENA, V. y MONEREO PÉREZ, L., Granada, 2009

MONREAL BRINGSVAERD, E.: La jornada de trabajo: la relación ley/convenio colectivo, Palma, 2005

MONREAL BRINGSVAERD, E. J.: 'Control público de la incapacidad temporal y absentismo laboral: puntos de fricción', *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 28, (2012)

MONREAL BRINGSVEARD, E.: 'El derecho a la desconexión digital', Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo), Dirs., MONREAL BRINGSVAERD, E.; THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., Valencia, 2020

MONTOYA MELGAR, A.: El poder de dirección del empresario, Sevilla, 1962

MONTOYA MELGAR, A.: 'Artículo 20: Dirección y control de la actividad laboral' en AA.VV., Comentarios a la Leyes Laborales, Tomo V, Dir. BORRAJO DACRUZ, E., Madrid, 1985

MONTOYA MELGAR, A.: 'Libertad de empresa y poder de dirección del empresario', en AA.VV., Libertad de empresa y relaciones laborales en España, coord. PÉREZ DE LOS COBOS Y ORIHUEL, F., Pamplona, 2011

MORÁN ROA, S.: 'La conciliación de la vida laboral y familiar a través de la adaptación de la jornada: una herramienta para la igualdad de género y la productividad', *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 431, (2019)

MORENEO PÉREZ, J. L.: 'La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización"', *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 19, (1995)

MORENEO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: 'Las incapacidades laborales en el punto de mira de la administración de la seguridad social: entre exigencias "control" y necesidad ineludible de "razionalización integral" de su tratamiento jurídico', *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm 17, (2018)

MORENEO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: 'El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las "bajas laborales" (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE 20 noviembre)', *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 21, (2019)

MORENEO PÉREZ, J. L. y GUINDO MORALES, S.: 'Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores', *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 7, (2019)

MORENO i GENÉ, J.: 'La extinción del contrato por absentismo: Productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador', *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 55, (2020)

MORENO i GENÉ, J.: 'Nulidad del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de trabajadores con discapacidad, seleccionados en base a su nivel de absentismo,

productividad y polivalencia. A propósito de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, de 4 de noviembre de 2019', Revista general de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, núm. 56, (2020)

MORENO SOLANA, A.: La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles, Valencia, 2010

MORÓN PRIETO, R.: 'Las mejoras voluntarias de la prestación por incapacidad temporal: ¿incentivo de o contra el absentismo?', Quantor social, núm. 12, (2010)

MUÑOZ MOLINA, J.: La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social, Cizur Menor, 2005

MUÑOZ RUIZ, A.: 'Empresa saludable y promoción de la salud en la negociación colectiva: más allá de la prevención de riesgos laborales', Revista de Información Laboral, núm. 8, (2014)

NAVARRO NIETO, F. (Dir.): Políticas de tutela frente a los riesgos laborales en supuestos de embarazo y lactancia, Sevilla, 2012

NAVARRO, A.; SALAS-NICOLÁS, S.; MONCADA, S.; LLORENS, C. y MOLINERO-RUIZ, E.: 'Prevalence, associated factors and reasons for sickness presenteeism: a cross-sectional nationally representative study of salaried workers in Spain', BMJ Open, num. 7, (2018)

NIDMAR: Disability management in the workplace: A guide to establishing a joint workplace programme, Port Alborni, 1995

NIETO ROJAS, P.: 'La incidencia de los complementos salariales en la reducción del absentismo: su recepción en la negociación colectiva, Revista de Información laboral, núm. 5, (2016)

NIETO ROJAS, P.: 'La incompatibilidad entre el trabajo y la incapacidad temporal. Una necesaria relectura, en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017

Nordic Social Statistical Committee: Sickness absence in the Nordic countries, Copenhague, 2015

NOVA MELLE, P.: 'El absentismo laboral como indicador de unas deficientes condiciones de trabajo', Cuadernos de relaciones laborales, núm. 9, (1996)

OECD: Sickness, disability and work: Breaking the Barriers: Australia, Luxembourg, Spain and the United Kingdom, Vol. 2, Paris, 2007

OECD: The political economy of reform: Lessons from pensions, product markets and labour markets in ten OECD countries, Paris, 2009

OECD: Sickness, Disability and Work: Breaking the barriers. A synthesis of findings across OECD countries, Paris, 2010

OIT: Workplace stress: a collective challenge, Ginebra, 2016

OLARTE ENCABO, S.: 'Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo', Aranzadi Social: Revista Doctrinal, núm. 20, (2011)

OLIVA MORENO, J.: 'Loss of labour productivity caused by disease and health problems: what is the magnitude of its effects on Spain's Economy?', *The European Journal of Health Economics*, núm. 1, (2010)

OMS: Ambientes de Trabajo Saludables: un modelo para la acción, Ginebra, 2010

ORTEGA LOZANO, P. G.: 'Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo', *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 51, (2019)

ORTIZ ALEJO, Y.: Factores psicosociales del absentismo laboral en la administración pública, Granada, 2003

OSHA: Motivation for employers to carry out workplace health promotion, Luxemburgo, 2012

OSHA: Rehabilitation and return to work: Analysis report on EU and Member States policies, strategies and programmes, Luxemburgo, 2016

OSHA: Second European survey of enterprises on new and emerging risks (ESENER-2). Overview Report: Managing safety and health at work, Luxembourg, 2016

OSTERKAMP, R. y RÖHN, O.: 'Being on sick leave: Possible explanations for differences of sick-leave days across countries', *CESifo Economic Studies*, núm. 53, (2007)

PALMER, K. T. y BROWN, I.: 'A general framework for assessing fitness for work', en AA.VV. Fitness for Work: The Medical Aspects, Eds., HOBSON, J. y SMEDLEY, J., Oxford, 2013

PALOMO BALDA, E.: 'Aspectos laborales de la incapacidad temporal', VI Jornadas Laboralistas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Colegio de Graduados Sociales de las Islas Baleares, ponencia presentada en Palma el 5/10/2018

PARDO GARCÍA, J.: 'La analítica avanzada de datos en la Seguridad Social', *Boletic*, núm. 82, (2018)

PAREDES RODRÍGUEZ, J. M. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: 'La gestión y el control de la incapacidad temporal', *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 5, (2006)

PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: 'Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre: la culminación de un nuevo modelo de control de la incapacidad temporal', *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 21, (2010)

PAREDES RODRÍGUEZ, J. M.: 'Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave', *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, (2011)

PEDROSA ALQUÉZAR, S. I.: La vigilancia de la salud en el ámbito laboral, Madrid, 2005

PEETET, J. R.: 'Cancer and the Meaning of Work', *General Hospital Psychiatry*, núm. 22, (2000)

PÉREZ ALONSO, M. A.: Los complementos de incapacidad temporal en el sector público: El RDL 20/2012 y las normas de adaptación, Albacete, 2014

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: 'Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista', *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 68, (1994)

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: 'Internet en el trabajo', *Revista de Justicia Laboral*, núm. 51, (2012)

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: 'Poderes del empresario y derechos digitales del trabajador', Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 59, (2019)

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: 'Sobre el papel de la ley en la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto (a propósito de la regulación del derecho a la adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar)', Labos, Revista de Derecho del Trabajo y protección social, núm. 2, (2021)

PÉREZ DEL PRADO, D.: Intensidad, duración y tutela de la prestación por desempleo: Los efectos económicos de la protección frente al paro, Madrid, 2014

PÉREZ DEL PRADO, D.: 'La incapacidad temporal desde la perspectiva económica', en AA.VV.: Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017

PICHLER, S. y ZIEBARTH, N.: 'The pros and cons of sick pay schemes: Testing for contagious presenteeism and noncontagious absenteeism behavior', Journal of Public Economics, núm. 156, (2017)

PLANES MAGRINYA, A.: 'Historia clínica e inspección: una mala combinación', Atención Primaria, núm. 47, (2015)

POQUET CATALÁ, R.: 'El deber de buena fe durante la incapacidad temporal', Iuslabor, núm. 1, (2018)

POQUET CATALÁ, R.: 'Poder de control empresarial mediante detectives privados y validez de sus pruebas', Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 58, (2021)

PURCALLA BONILLA, M. A.: 'Incapacidad temporal, vigilancia de la salud y absentismo laboral' en AA.VV., La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral, Coords. ROMERO BURILLO, A. M. y MORENO GENÉ, J., Valencia, 2013

RAMOS MUÑOZ, R.: 'Aspectos de metodología de evaluación y gestión sanitaria de la incapacidad temporal tras publicación de Real Decreto 625/2014 y Ley 35/2014', Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 21, (2015)

RIPHAHN, R. y THALMAIER, A.: 'Behavioral effects of probation periods: an analysis of worker absenteeism', IZA DP, núm. 67, (1999)

RIVAS VALLEJO, P.: La suspensión del contrato de trabajo, Albacete, 2007

RODRÍGUEZ CARDO, A.: Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador, Oviedo, 2009

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo, Cizur Menor, 2017

RODRÍGUEZ CONTRERAS, R.: La organización preventiva de las empresas en España: Características distintivas respecto a otros modelos europeos, Madrid, 2015

RODRÍGUEZ CRESPO, M. J.: 'Problemas actuales sobre el poder empresarial de organizar y controlar la actividad productiva', Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 203, (2006)

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: 'El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial', Temas laborales, núm. 118, (2013)

RODRÍGUEZ JAREÑO M. C.: Vigilancia de la salud de los trabajadores en el contexto de la prevención de riesgos laborales. Calidad y utilidad preventiva de los exámenes de salud, Girona, 2016

RODRÍGUEZ JAREÑO, M. C.; MOLINERO, E.; DE MONTSERRAT, J.; VALLÈS, A. y AYMERICH, M.: 'Do workers' health surveillance examinations fulfill their occupational preventive objective? Analysis of the medical practice of occupational physicians in Catalonia, Spain', International Journal of Occupational Medicine and Environmental Health, núm. 6, (2017)

ROMÁN DE LA TORRE, M. D.: Poder de dirección, Valladolid, 1992

ROMÁN, F. J.: 'An analysis of changes to a team-based incentive plan and its effects on productivity, product quality and absenteeism', Accounting, Organization and Society, núm. 34, (2009)

ROMAY LÓPEZ, R. y SANTÍN GONZÁLEZ, D.: Nuevas herramientas para gestionar el gasto público por incapacidad temporal, Madrid, 2003

ROMERO BURILLO, A. M.: 'Absentismo laboral y retribución del trabajador', Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 53, (2013)

ROMERO RODENAS, J.: 'A propósito de la creación por parte de una entidad bancaria de una base de datos relativa a las bajas médicas de sus trabajadores', Revista de Derecho Social, núm. 10, (2000)

ROMERO RODENAS, M. J.: La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de la Seguridad Social, Albacete, 2019

ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: La incapacidad para trabajar, Madrid, 2014

ROQUETA BUJ, R.: 'Las mejoras voluntarias a la Seguridad Social', Actualidad Laboral, núm. 12, (2010)

SALA FRANCO, T.: 'El realismo jurídico en la investigación del derecho del trabajo', en AA.VV.: El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político, Zaragoza, 1978

SALA FRANCO, T.: La incapacidad temporal, Valencia, 2005

SALA FRANCO, T. y TARABINI-CASTELLANI AZNAR.: 'XII. El derecho a la intimidad personal y el control del trabajador' en AA.VV., Propuestas para un debate sobre la reforma laboral, Dir. SALA FRANCO, T., Barcelona, 2018

SALAS NICOLÁS, S.; LLORENS SERRANO, C; NAVARRO, A. y MONCADA, S.: Condiciones de trabajo, inseguridad y salud en el contexto del COVID-19: un estudio en la población asalariada, Barcelona, 2020

SALCEDO BELTRÁN, M.: 'Intervención de detectives en las relaciones laborales', Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social, núm. 368, (2019)

SAMPERE VALERO, M.: Reincorporación al trabajo después de un episodio de incapacidad temporal por contingencia común de larga duración, Barcelona, 2011

SÁNCHEZ GALÁN, L. y CARBAJO SOTILLO, M. D. (Dir.): Manual de tiempos óptimos de incapacidad temporal, Madrid, 2008

SÁNCHEZ TORRES, E.: 'La enfermedad como causa "improcedente" de despido: argumentos legales y constitucionales para una revisión de la jurisprudencia', *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, (2006)

SÁNCHEZ URÁN-AZAÑA, Y.: 'Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente', *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, núm. 1, (1999)

SANDERS, K. y HOEKSTRA, S. K.: 'Informal networks and absenteeism within an organization', *Computational & Mathematical Organization Theory*, núm. 4, (1998)

SANMARTÍN, D. A.: 'Protección de datos para detectives privados' en AA.VV.: Dirección y gestión de seguridad (DYGSEG), Dir. PÉREZ ÁLVAREZ, F., Salamanca, 2013

SANTAMARÍA, P.; CAPILLA RAMÍREZ, P.; GONZÁLEZ ORDI, H.: 'Prevalencia de simulación en incapacidad temporal: percepción de los profesionales de salud', *Clínica y salud*, núm. 24, (2013)

SANTAMARÍA FERNÁNDEZ, P.: Utilidad diagnóstica del inventario estructurado de simulación de síntomas (SIMS) en población española, Madrid, 2014

SANTOS GARCÍA, C. J.: 'Factores de diversidad en el consumo de las prestaciones de incapacidad temporal' en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017

SCHEIL-ADLUNG, X. y SANDNER, L.: 'Paid sick leave: Incidence, patterns and expenditure in times of crises', *ESS Paper*, núm. 27, (2010)

SCHULTZ, P. M.; BECK, M. L.; STAVA, C. y SELLIN, R. V.: 'Cancer survivors: Work related Issues', *American Association of Occupational Health Nurses*, núm. 5, (2002)

SCHULTZ, A. B.; CHEN, C. y EDINGTON, D. W.: 'The cost and impact of health conditions on presenteeism to employers. A review of literature', *Pharmacoeconomics*, núm. 5, (2009)

SCOPPA, V. y VURI, D.: 'Absenteeism, unemployment and employment protection legislation: evidence from Italy', *IZA Journal of Labor Economics*, núm. 3, (2004)

SCOPPA, V.: 'Worker absenteeism and incentives: Evidence from Italy', *Managerial and Decisions Economics*, núm. 8, (2010)

SEMPERE NAVARRO, A. V.: 'El debate sobre la incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo', *Aranzadi social: Revista Doctrinal*, núm. 9, (2013)

SEMPERE NAVARRO, A. V.; TORTUERO PLAZA, J. L.; MARTÍN JIMÉNEZ, R. y GARCÍA VIÑA, J.: Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal, Madrid, 2007

SERRANO ARGÜELLO, N.: 'El tratamiento de las incapacidades laborales en la negociación colectiva', *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16, (2008)

SERRANO OLIVARES, R.: 'El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral', *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103, (2001)

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: 'Medidas excepcionales de Seguridad Social en el contexto de la pandemia: la extensión de los supuestos de baja laboral por incapacidad temporal y presunción

iuris et de iure del origen profesional de la contingencia', Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 455, (2021)

SPELTEN, E. R.; SPANGERS, M. A. G. y VERBEEK, J. H.: 'Factors reported to influence the return to work of cancer survivors: A literature review', Psychooncology, núm. 11, (2002)

STEERS, M. y RHODES, S.: 'Major influences on employee attendance: A process model', Journal of Applied Psychology, núm. 4, (1987)

STRÖMBERG, C.; ABOAGYE, E.; HAGBERG, J.; BERGSTRÖM, G. y LOHELA-KARLSSON, M.: 'Estimating the effect and economic impact of absenteeism, presenteeism and work environmental-related problems on reductions in productivity from a managerial perspective', Value in health, núm. 20, (2017)

SUÁREZ, M. J. y MUÑIZ, C.: 'Unobserved heterogeneity in work absence', The European Journal of Health Economics, núm. 19, (2018)

TALENS VISCONTI, E.: 'Aspectos jurídicos sobre los comentarios de los trabajadores proferidos a través de las redes sociales', Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 23, (2016)

TAMMINGA, S. J.; BOER, A.; VERBEEK, J.; FINGS-DRESEN, M.: 'Return-to-work interventions integrated into cancer care: a systematic review', Occupational & Environmental Medicine, núm. 67, (2010)

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: 'Redes sociales del trabajador, protección de datos y acceso al empleo', Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo, Dirs., MONREAL BRINGSVAERD, E.; THIBAUT ARANDA, J. y JURADO SEGOVIA, A., Valencia, 2020

TASCÓN LÓPEZ, R.: 'Ejecución de las obligaciones de hacer: eliminación de datos médicos sobre absentismo', Temas Laborales, núm. 80, (2005)

TATARELLI, M.: I Poteri del datore di lavoro privato e pubblico, Padua, 1996

TEN BRUMMELHUIS, L. L.; JOHNS, G.; LYONS, B. J.; TER HOEVEN, C. L.: 'Why and when do employees imitate the absenteeism of co-workers?', Organizational Behavior and Human Decision Processes, núm. 134, (2016)

TERRADILLAS GARCÍA, M^a. J. (Dir.): Guía de Valoración de Incapacidad Laboral para Médicos de Atención Primaria, Madrid, 2015

THIBAUT ARANDA, J.: Control multimedia de la actividad laboral, Valencia, 2006

THIBAUT ARANDA, J.: 'Naturaleza y alcance del derecho' en AA.VV., Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación, Dirs. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y MONREAL BRINGSVAERD, E., Madrid, 2020

TODOLÍ SIGNES, A.: 'Salario y negociación colectiva: últimas tendencias', en AA.VV.: Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva, Dirs. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., Madrid, 2015

TODOLÍ SIGNES, A.: Salarios y productividad: un análisis jurídico-económico de los complementos salariales vinculados con la productividad empresarial, Valencia, 2015

- TOLEDO OMS, A.: El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal, Cizur Menor, 2009
- TOROLLO GONZÁLEZ, F. J.: 'El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica', Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 59, (2005)
- TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ URÁN AZAÑA, Y.: La incapacidad temporal: régimen jurídico y negociación colectiva, Madrid, 1996
- TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F.: 'Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: La opción por el control público, en AA.VV.: Libertad de empresa y relaciones laborales en España, Dir. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., Madrid, 2005
- TORTUERO PLAZA, J. L.: 'La incapacidad temporal: contingencias y situaciones protegidas', Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral, núm. 44-45, (1991)
- TORTUERO PLAZA, J. L.: 'Nuevamente la Incapacidad Temporal a Debate', Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, núm. 1, (2014)
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: Reconocimientos médicos de los trabajadores y su régimen jurídico laboral, Albacete, 2011
- TREBLE, J. y BARMBY, T.: Worker Absenteeism and sick pay, Nueva York, 2011
- TRONCOSO REIGADA, A.: 'Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una', Revista de Internet, Derecho y Política, núm. 15, (2012)
- VADILLO RUIZ, J. J.: 'Las incapacidades temporales en su contexto médico', en AA.VV., Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Murcia, 2017
- VAN DEN BORNE, I.; RAAIJMAKERS, T.; FLEITMANN, S. y PRINS, T.: 'Entornos laborales libres de humo de Tabaco: mejora de la salud y el bienestar de las personas en el trabajo', Revista Española de Salud Pública, núm. 1, (2003)
- VAN DUJIN, M. y BURDORF, A.: 'Influence of modified work on recurrence of sick leave due to musculoskeletal complaints', Journal of Rehabilitation Medicine, núm. 40, (2008)
- VAQUERO ÁLVAREZ, M.: ALVAREZ THEURER, E.; ROMANO SALDAÑA, M.: 'Influencia de las condiciones de trabajo sobre la incapacidad temporal por contingencias comunes', Atención Primaria, núm. 50, (2018)
- VÁZQUEZ MOURELLE, R. y PIÑEIRO ABELEDOS, M.: 'La gestión electrónica de los procesos de incapacidad temporal de corta duración por la inspección de servicios sanitarios en la Comunidad Autónoma de Galicia', Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 1, (2014)
- VICENTE PALACIO, A.: 'El sistema de seguridad social en el contexto de la nueva sociedad del riesgo', Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 58, (2013)
- VICENTE PARDO, J. M.: 'La Incapacidad Laboral como indicador de gestión sanitaria', Medicina y Seguridad en el Trabajo, núm. 239, (2015)
- VICENTE PARDO, J. M.: 'Reflexión sobre los problemas a la reincorporación laboral tras incapacidades médicas largas', Medicina y Seguridad del Trabajo, núm. 62, (2016)

VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ-GUILLÉN GARCÍA, A.: 'Los factores psicosociales como predictores de difícil retorno laboral tras la incapacidad', *Medicina y Seguridad del trabajo*, núm. 250, (2018)

VICENTE PARDO, J. M.: 'La gestión de la incapacidad laboral, algo más de que una cuestión económica', *Medicina y seguridad en el trabajo*, núm. 251, (2018)

VICENTE PARDO, J. M. y LÓPEZ GUILLÉN GARCÍA, A.: 'Aptitud sobrevenida tras la incapacidad laboral prolongada por cáncer', *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 225, (2019)

VIDA SORIA, J.: La suspensión del contrato de trabajo por causas que afectan a la prestación del trabajador, Madrid, 1962

VIDA SORIA, J.: 'La incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo', *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 44-45, (1994)

VIKARI-JUNTURA, E. et. al.: 'Early part-time sick leave results in considerable savings in social security costs at a national level: an analysis based on a quasi-experiment in Finland', *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, núm. 2, (2019)

VILARIÑO, M.; AMADO, B. G. y MARTÍN-PEÑA, J.: 'Simulación de psicopatología en la incapacidad temporal: Utilidad forense del SCL-90-R', en Psicología jurídica: Investigación para la práctica profesional, Eds. MARÍN, A. M. y ARCE, R., 2020

VILASAU SOLANA, M.: 'Redes sociales y usuarios: cuestiones sobre su regulación', en AA.VV.: Derecho y redes sociales, Coords. A. RALLO LOMBARTE y R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Madrid, 2013

VILLALBA SÁNCHEZ, A.: 'Los derechos de los trabajadores con personas de edad avanzada a su cargo. Una aproximación al cuidado de personas de edad avanzada desde el Derecho del Trabajo español', *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 195, (2017)

VILLAPLANA GARCÍA, M.: El absentismo laboral por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en el periodo 2005-2010, Murcia, 2012

VILLAPLANA GARCÍA, M.: 'Análisis de la influencia de los factores relacionados con los indicadores de la incapacidad temporal y la reincorporación al trabajo', *Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 0, (2014)

VILLAPLANA GARCÍA, M. D.: Absentismo e incapacidad laboral: promover organizaciones saludables como garantía de excelencia y efectividad organizativa, Oviedo, 2015

VILLAPLANA GARCÍA, M.; SÁEZ NAVARRO, C.; MESEGUER DE PEDRO, M. y GARCÍA-IZQUIERDO, M.: 'Grado de efecto de las variables sociodemográficas, laborales, organizativas y del entorno de duración de la incapacidad temporal por contingencias comunes en España', *Atención Primaria*, núm. 47, (2015)

VIRTANEN, M.; KIVIMAKI, M.; ELOVAINIO, M.; VAHTERA, J. y FERRIE, J. E.: 'From insecure to secure employment: changes in work, health, health related behaviours, and sickness absence', *Occupational and Environmental Medicine*, núm. 60, (2003)

WADA, K.; ARAKIDA, M.; WATANABE, R.; NEGISHI, M.; SATO, J. y TSUTSUMI, A.: 'The Economic Impact of Loss of Performance Due to Absenteeism and Presenteeism Caused by Depressive Symptoms and Comorbid Health Conditions among Japanese Workers', *Industrial Health*, núm. 51, (2013)

WINTER, R. A.: 'Optimal Insurance Contracts Under Moral Hazard', en AA.VV., Handbook of Insurance, Ed. DIONNE, G., Nueva York, 2013

WONG, D.: 'Rehabilitation and return to work', en AA.VV.: Fitness for work: The Medical Aspects, Eds. HOBSON, J. y SMEDLEY, J., Oxford, 2019

WYNNE-JONES, G.; MALLEEN, C. D.; MAIN, C. J. y DUNN, K. M.: 'What do GPs feel about sickness certification? A systematic search and narrative review', *Scandinavian Journal of Primary Health Care*, núm. 28, (2010)

YANIV, G.: 'Absenteeism and the risk of involuntary unemployment: A dynamic analysis', *The Journal of Socio-Economics*, núm. 2, (1991)

YERKES, M. A.: Transforming the Dutch welfare state: Social risks and corporatist reform, Bristol, 2011