

LAS POTESTADES DE CONTROL DEL EMPLEADOR DURANTE EL PROCESO DE IT

Carolina Gala Durán
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona.

ÍNDICE

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL CASO DEL PERSONAL LABORAL..... | 1 |
| II. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTROL DE LAS SITUACIONES DE ENFERMEDAD O ACCIDENTE EN LAS ENTIDADES LOCALES CATALANAS..... | 4 |
| III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES... 7 | |
| IV. CONTROL DE IT Y EJERCICIO DEL PODER SANCIONADOR..... | 13 |
| V. EL CASO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS..... | 18 |

I. EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EL CASO DEL PERSONAL LABORAL.

El artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores concede al empresario o empleador la facultad de verificar el estado de enfermedad o accidente del empleado que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, verificación que se llevará a cabo “mediante reconocimiento médico a cargo de personal médico”. La negativa del empleado a dicho reconocimiento podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario. Control médico que podrá ejercerse tanto cuando la causa de la enfermedad o accidente es común como profesional.

Cabe tener presente que la facultad del empresario o empleador de verificación de las situaciones de IT se enmarca en los poderes de dirección que el Estatuto de los Trabajadores le confiere en orden al control de la actividad profesional debida por el empleado; es decir, se configura como una medida tendente a evitar el absentismo laboral, de manera que puede afirmarse que su finalidad no es tanto el control del fraude en la percepción de las prestaciones de IT como la supuesta pérdida de productividad generada por las ausencias fraudulentas de los empleados, de forma tal que la pérdida de los derechos económicos que pudieran existir a cargo de los empleadores se configura, primero, como una medida disuasoria del absentismo laboral y, después, sancionadora respecto de ese propósito principal. Cabe afirmar, por tanto, que el objetivo esencial del citado artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores consiste en intentar reducir el nivel de absentismo laboral existente en una empresa o Administración Pública. Absentismo laboral causado por la situación de IT que tiene repercusiones directas sobre la productividad y la competitividad de las organizaciones y empresas. Sus consecuencias no son exclusivamente económicas, sino de todo tipo, ya que el absentismo influye en aspectos organizativos o de producción de la empresa o entidad, que tiene que adaptarse rápidamente al ritmo de trabajo sin contar con algunos de sus empleados, lo que también produce un efecto desmotivador para el resto del personal.

Pero, cabría preguntarse si es realmente necesario recurrir a este tipo de medidas dirigidas a reducir el absentismo laboral. Para responder a dicha pregunta basta tener en cuenta una serie de datos contenidos en el informe 0 del Departament de Salut sobre “*La incapacitat laboral per contingències comunes a Catalunya 2007*”¹:

a) En el año 2003 el número de bajas por accidente no laboral y enfermedad común fueron 674.946, en 2005 ya eran 997.251, en 2006 1.043.816 y en 2007 1.176.998. Se ha producido, por tanto, un importante incremento en pocos años.

b) La incidencia mensual de la IT es menor en los meses de abril, agosto y diciembre. Según el informe mencionado la estacionalidad podría estar relacionada, entre otros, con los períodos de vacaciones y de más oferta de trabajo temporal en algunos sectores (hostelería...). La incidencia acumulada para 2007 era del 34,4%.

c) La edad media -37,4 años los hombres y 36,9 años las mujeres- y la desviación típica son similares en ambos sexos (bajas tramitadas en hombres en 2007 591.181, en mujeres 585.817). El grupo de edad de entre 25 y 34 años es el que acumula un mayor número de procesos de IT derivados de contingencias comunes: el 33,1% de todas las bajas tramitadas (el 31,4% del total de las bajas tramitadas en hombres y el 34,7% del total de bajas tramitadas en mujeres)².

d) La incidencia de bajas por 100 trabajadores afiliados es más alta en el grupo de 16-24 años (47,6% -45,5% en hombres y 50,5% en mujeres-) y va disminuyendo con la edad hasta que vuelve a aumentar en el grupo de mayores de 55 años³. La incidencia de la IT por 100 afiliados es más alta en mujeres que en hombres.

e) Para los dos géneros las tres primeras causas de IT son las enfermedades del sistema respiratorio (incluye procesos agudos de las vías respiratorias altas), enfermedades del sistema osteomuscular y conectivo y enfermedades infecciosas y parasitarias (incluyen enfermedades gastrointestinales de probable origen infeccioso). Las mujeres tienen un mayor porcentaje de trastornos mentales y del comportamiento que los hombres (10% y 6% respectivamente), y los hombres tienen un mayor porcentaje de traumas y lesiones por causas externas que las mujeres (12% y 6% respectivamente). También es posible destacar que las enfermedades osteomusculares y del sistema conectivo son la primera causa de días perdidos en IT, la segunda causa más frecuente y la primera causa por duración media por afiliado. Las enfermedades y del comportamiento son la segunda causa de días perdidos en IT, la quinta causa más frecuente y la segunda causa por duración media por afiliado. Y las enfermedades respiratorias son la cuarta causa de días perdidos en IT, la primera causa más frecuente pero sólo la cuarta en duración media, al incluir muchos procesos agudos de las vías respiratorias altas.

¹ Aprobado por el Govern el 19-2-2008.

² En el grupo de 16 a 24 años (82.589 bajas tramitadas en hombres y 69.223 en mujeres), de 25 a 34 años (185.689 bajas tramitadas en hombres y 203.621 en mujeres), de 35 a 44 años (149.747 bajas tramitadas en hombre y 153.787 en mujeres), de 45 a 54 años (99.437 bajas tramitadas en hombres y 103.945 en mujeres) y de 55 y más años (73.719 bajas tramitadas en hombre y 55.241 en mujeres).

³ En el grupo de 25 a 34 años, 38,7% (33,2% en hombres y 45,5% en mujeres); de 35 a 44 años, 31,3% (26,4% en hombres y 38,2% en mujeres); de 45 a 54 años, 28,2% (23,1% en hombres y 35,7% en mujeres); y de 55 y más años, 32% (28,5% en hombres y 38,3% en mujeres). Total, 34,4% (29,6% en hombres y 41,1% en mujeres).

f) La incidencia de las bajas por contingencias comunes es más alta en Tarragona (IB acumulada del 37,8%) y Barcelona (IB acumulada del 35,3%) y más baja en Girona (IB acumulada del 27,8%) y Lleida (IB acumulada del 27,8%).

g) La duración media de la baja por afiliado aumenta con la edad; el grupo de edad de 16 a 24 años tiene una incidencia de bajas más alta pero una duración media por afiliado más corta (8 días) que los otros grupos de edad (25-34 años, 10,1 días; 35-44 años, 11,4 días; 45-54 años, 14,5 días; y 55 o más años, 21,7 días de media).

También cabe destacar que el 64% de las bajas por contingencias comunes en Catalunya tiene una duración de 1 a 15 días, el 76% de las bajas duran menos de 1 mes, y la duración media de la baja es de 33,8 días (30,8 días en los hombres y 36,7 días en las mujeres). La duración media por afiliado es de 11,3 días (12,4 días en el caso del Régimen General de la Seguridad Social).

h) La edad media de la baja por contingencias comunes es más baja en el Régimen General que en los otros Regímenes de la Seguridad Social, pero la incidencia de las bajas es más alta en el Régimen General. La duración media de la baja es más corta en el Régimen General. Para el conjunto de Regímenes de la Seguridad Social la duración media de la baja es de 33,8 días (media de 9 días) y la duración por afiliado es de 12,4 días en el Régimen General y de 11,3 días para el conjunto de Regímenes de la Seguridad Social.

i) El absentismo por IT suele ser de un 80% de todo el absentismo en las empresas que desarrollan su actividad en Catalunya.

Y, j) Según datos recientes en la actividad de control de la IT por contingencias comunes llevada a cabo por el ICAM los expedientes tramitados finalizan: un 15% por alta del médico de atención primaria, 30% por alta por incapacidad permanente, 30% continuación de la IT, 20% por alta médica decidida por el ICAM, 5% por otras causas (incomparencias, duplicados, defunciones..)⁴.

Si bien la situación actual de crisis económica ha tenido como efecto una reducción de los índices de absentismo laboral, los datos anteriores demuestran la importancia que el absentismo debido a IT tiene en Catalunya y, en consecuencia, la plena actualidad que tiene un mecanismo de control como el previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero también cabe tener en cuenta que no es éste el único mecanismo vinculado a la IT y destinado a lograr reducir el absentismo laboral. En efecto, no cabe olvidar que también se persigue ese fin mediante la regulación que hacen los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios respecto del complemento de la prestación por IT, especialmente en el caso en que ésta tiene su origen en riesgos comunes.

En efecto, resulta cada vez más común en la reciente negociación colectiva prever que si bien el complemento se percibirá sin problemas cuando la IT deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, si la IT tiene su origen principalmente en una enfermedad común –aunque también en casos de accidente no laboral- el complemento –mejora voluntaria- a cargo de la empresa o entidad pública se empezará a percibir a partir

⁴ Informe 0 del Departament de Salut, ob.cit. p. 16.

de un determinado día de baja (día 15, 20, 30..), su cuantía irá creciendo progresivamente en función de la duración de la IT o bien ésta tendrá una duración máxima (1 mes, 2 o 3 meses..).

Según la doctrina⁵⁵, son varios los factores que pueden explicar que exista en nuestro país un elevado número de procesos de IT. Esos factores son:

- Las altas tasas de contratación temporal convierten el subsidio de IT en un instrumento de sustitución de rentas. Las elevadas tasas de rotación en el empleo y la inestabilidad en el puesto de trabajo provocan, en ocasiones, usos desviados de la prestación, con el intento de alargar al máximo tiempo posible la situación de IT, con el fin de percibir la prestación económica y posteriormente recibir la prestación por desempleo.
- Las situaciones de IT abundan más en aquellos sectores o zonas donde existe un menor porcentaje de ocupación y afecta a aquellas personas con menor nivel profesional. Todos estos factores provocan resultados territoriales desiguales en la gestión, incrementando el gasto en determinadas Comunidades Autónomas con predominio de actividades económicas de carácter estacional, como pudieran ser sectores como la pesca, la agricultura o la hostelería.
- El montante económico de las prestaciones puede variar enormemente, dependiendo de la época del año, y ésta, a su vez, se comporta de forma diferente según el tipo de actividad económica.
- Y finalmente, se ha comprobado que el índice de absentismo crece en razón de la dimensión de la empresa. El nivel más alto de absentismo se da en empresas de entre 101 y 500 trabajadores. En el tramo de empresas de más de 500 trabajadores, el índice baja probablemente debido al mayor y mejor control administrativo que estas empresas llevan a cabo.

Por otra parte, cabe tener muy presente que el poder empresarial de control de las situaciones de baja médica ha planteado en la doctrina –pero no en la jurisprudencia-, numerosas dudas acerca de su legalidad por cuanto, por un lado, supone un reconocimiento tácito del legislador de las situaciones de fraude en materia de bajas por IT y, por otro lado, podría entenderse vulnerador del derecho constitucional a la intimidad personal del trabajador.

No obstante, antes de adentrarnos en el análisis de tales cuestiones consideramos conveniente analizar la forma como la negociación colectiva desarrollada en las Administraciones Locales catalanas está tratando esta cuestión.

II. LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DEL CONTROL DE LAS SITUACIONES DE ENFERMEDAD O ACCIDENTE EN LAS ENTIDADES LOCALES CATALANAS.

En este ámbito cabe destacar que el 76,88% de los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios publicados en el DOGC entre los meses de enero a julio de 2008 recogen, con un contenido y alcance diversos, algún mecanismo de control de la situación de

⁵⁵ MERCADER UGUINA, J.R., "El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)", Relaciones Laborales, Tomo I, 2004, pp. 407-408.

accidente o enfermedad que da lugar al complemento de IT. Ello, por otra parte, denota una preocupación mayor que en el sector privado por este tipo de controles; en efecto, las entidades locales catalanas están más interesadas en este control que las empresas privadas, que están optando por intentar reducir el absentismo laboral mediante la rebaja del importe de la mejora voluntaria en los casos en que la IT deriva de riesgos comunes.

Partiendo de ello, cabe diferenciar los siguientes supuestos:

- a) Convenios y acuerdos (7,69%) que señalan que, para evitar el uso fraudulento de una situación de baja, el Ayuntamiento, previo aviso a la representación del personal, podrá obligar a las personas que se encuentren en IT a someterse a los controles médicos que, por medio de sus servicios médicos, se establezcan⁶.
- b) Convenios (3,84%) que manifiestan que el Ayuntamiento podrá verificar el estado del enfermo mediante reconocimientos por los médicos de la mutua de accidentes de trabajo o de otros facultativos que se designen. La negativa del empleado a someterse al reconocimiento podrá determinar la suspensión del complemento, así como cuando el resultado del control sea negativo por considerar que el empleado no se encuentra incapacitado para desarrollar su trabajo o cuando resulte constatada la existencia de indicios suficientes para determinar que la situación real del empleado no le incapacita para desarrollar su trabajo⁷.
- c) Convenios y acuerdos (7,69%) que apuntan que, a partir del segundo mes de baja, el Ayuntamiento podrá disponer, respecto de sus trabajadores, las visitas médicas que estime convenientes con los servicios que tenga concertados para el control del absentismo laboral⁸.
- d) Convenios y acuerdos (7,69%) que afirman que el Ayuntamiento, dentro de las posibilidades previstas por la legislación vigente, podrá implantar los sistemas de control médico que considere convenientes. En caso de presumirse la existencia de irregularidades, se incluirá, previa comunicación a la junta de personal, el correspondiente expediente disciplinario a los efectos de determinar si se ha cometido una falta⁹.
- e) Acuerdos de funcionarios que señalan que las personas en situación de IT estarán obligadas a someterse a los controles médicos que la empresa, por medio de sus servicios médicos propios o ajenos, establezca (3,84%)¹⁰. Algunos convenios y

⁶ II CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (2007-2009) (DOGC de 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (2007-2009) (DOGC de 9-6-2008).

⁷ CC de treball per al personal laboral de l'Ajuntament de Sant Pere de Torelló per al període 28.11.2007-31.12.2010 (DOGC de 17-3-2008).

⁸ CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2001 (DOGC de 12-6-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2011 (DOGC de 21-5-2008).

⁹ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Malgrat de Mar per als anys 2007 i 2008 (DOGC de 14-1-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Malgrat de Mar per als anys 2007 i 2008 (DOGC de 11-1-2008).

¹⁰ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Pere de Vilamajor per als anys 2007-2009 (DOGC de 2-1-2008).

acuerdos añaden que en caso de negativa al control médico se suprimirá el complemento (19,23%)¹¹.

- f) Convenios colectivos (3,84%) que afirman que el Ayuntamiento puede disponer, respecto de sus trabajadores, las visitas médicas que considere oportunas con los servicios que tenga concertados para controlar el absentismo laboral¹².
- g) Acuerdos de funcionarios y convenios colectivos (7,69%) que establecen que, cuando haya constancia de un uso indebido de la baja, el Ayuntamiento, previo aviso al comité de empresa/Junta de Personal, ha de aplicar la legislación sancionadora correspondiente. Asimismo, de acuerdo con su poder de dirección, puede disponer las visitas médicas que considere oportunas con los servicios que tenga concertados para controlar el absentismo laboral. También puede exigir al personal que se ausente de su puesto de trabajo reiteradamente menos de tres días, que lo acredite con un informe médico. En caso de negarse el empleado a ser examinado mediante visita médica, perderá el derecho al complemento. En fin, en los casos de baja continuada por enfermedad común, a partir del tercer mes de baja la comisión paritaria estudiará, en cada caso concreto, la posibilidad de reducir el incentivo de productividad¹³.
- h) Acuerdos de funcionarios (3,84%) que afirman que la corporación local se reserva el derecho de establecer controles adecuados por facultativos designados al efecto. En caso de observar anomalías se informará a la comisión paritaria para valorar la situación¹⁴.
- i) Acuerdos de funcionarios (7,69%) que prevén que el Ayuntamiento podrá en todo caso verificar la realidad de las causas de ausencia laboral¹⁵.

En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

1ª) En el caso concreto del personal laboral, la negociación colectiva puede entrar a regular esta cuestión –tal y como hace en la práctica- con el único límite del respeto a lo previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores. Ello implica que aquélla posee un amplio margen de maniobra que, sin embargo, no está siendo muy explotado en la práctica. No obstante, lo que sí se comprueba es que la facultad de control se percibe como una potestad con muy pocos límites y que puede utilizarse de forma reiterada en relación con un mismo proceso de IT. A nuestro entender, algunos límites sí existen.

¹¹ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de la Garriga (DOGC de 9-1-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC de 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2001 (DOGC de 1-7-2008) Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt per als anys 2008-2011 (DOGC de 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de la Garriga per als anys 2007-2009 (DOGC de 11-1-2008).

¹² CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Sarrià de Ter per al període 2004-2007 (DOGC de 11-4-2008).

¹³ Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Palafrugell per als anys 2007-2009 (DOGC de 10-3-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Palafrugell per als anys 2007-2009 (DOGC de 8-2-2008).

¹⁴ I Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC de 30-6-2008).

¹⁵ Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia per als anys 2007-2009 (DOGC de 3-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt per als anys 2008-2011 (DOGC de 30-6-2008).

2ª) A la hora de determinar quién se encargará de realizar los correspondientes controles médicos, los convenios y acuerdos se refieren, con términos amplios, a los servicios propios o ajenos, facultativos designados, Mutuas de accidentes de trabajo o servicios médicos. No se prevé, sin embargo, la intervención de los organismos administrativos correspondientes -ICAM-.

3ª) No se hace referencia al lugar dónde se realizarán los reconocimientos médicos; cuestión que, como veremos más adelante, plantea importantes dudas.

4ª) El control se prevé como una facultad de la Administración y una obligación para el empleado. En efecto, los convenios y acuerdos reiteran que los controles son “obligatorios”.

En caso de negativa se fija como consecuencia la suspensión o incluso pérdida automática del complemento de IT, si bien en un caso la decisión se deja en manos de la comisión paritaria.

5ª) También se prevé la suspensión del complemento de IT en los supuestos en que, tras el reconocimiento médico, se entienda que el empleado no se encuentra incapacitado o cuando existen indicios suficientes de que la situación real no le incapacita.

6ª) En algún caso se prevé un límite temporal que debe respetar el Ayuntamiento a la hora de ejercer el control: sólo se puede realizar a partir del segundo mes de baja médica.

7ª) Se parte de la idea de que son posibles tantas visitas o controles médicos como se estime conveniente en relación con un mismo proceso de IT. No obstante, a nuestro entender, deben evitarse los controles médicos innecesarios.

8ª) Se prevé, en algunos casos, que si se presume la existencia de irregularidades o un uso indebido de la IT puede iniciarse el correspondiente expediente disciplinario.

9ª) Es muy escasa la participación prevista para los representantes del personal, estableciéndose sólo un aviso o comunicación a los mismos. Cabe plantearse si, aun tratándose de una facultad empresarial, no deben tener una mayor participación dichos representantes, al menos desde la perspectiva de la fijación y seguimiento del procedimiento y mecanismos a través de los que se ejerce dicha facultad.

III. LOS PROBLEMAS QUE PLANTEA EL ARTÍCULO 20.4 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Entrando ya en el contenido del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores cabe destacar, en primer lugar, que el contenido de la facultad del empresario o empleador de verificar el estado de enfermedad o accidente del empleado está limitada funcionalmente a comprobar si resultan justificadas o no las faltas de asistencia del empleado que dan origen a la suspensión del contrato de trabajo. Ahora bien, tal facultad no constituye la revisión del diagnóstico que originó la situación de IT. Esto es, el estado de enfermedad o accidente que justifica la suspensión del contrato por IT aparece certificado por un tercero de carácter público que ofrece una presunción de legitimidad de la diagnosis de las causas que la determinan. En consecuencia, la verificación del estado de salud del empleado no tiene por objeto la corrección del diagnóstico médico acerca del estado de enfermedad o accidente del empleado.

En efecto, el empleador, tras el reconocimiento médico, en caso de presumir que existe engaño en las causas alegadas por el empleado para justificar la inasistencia al trabajo o que el diagnóstico es equivocado únicamente puede solicitar la revisión del diagnóstico a la Inspección de Servicios Sanitarios. Es éste el cauce administrativo adecuado para impugnar el acto administrativo de la baja médica. Por consiguiente, en caso de discrepancia entre el criterio del facultativo de la Seguridad Social y el facultativo de la entidad lo más probable es entender que no cabrá que el empleador justifique una sanción disciplinaria en base a los resultados de los reconocimientos médicos del facultativo de la entidad¹⁶, a pesar de que tal posibilidad, como vimos en el apartado anterior, está prevista actualmente en la negociación colectiva de las entidades locales catalanas y se defiende por un sector de la doctrina¹⁷.

Lo anterior supone que prevalece la opinión de los facultativos del sistema de Seguridad Social ya que la legalidad de la baja médica oficial prevalece frente a la opinión del médico no oficial o, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 24 de junio de 1993¹⁸, a la Inspección Sanitaria le corresponde resolver las discrepancias entre el médico de la Seguridad Social y el médico privado. En el mismo sentido, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Málaga de 12 de mayo de 1994¹⁹ se afirma que: *“... desde el momento en que a efectos laborales el derecho y deber de prestación de asistencia sanitaria se encuentra atribuido al sistema de Seguridad Social por el artículo 20.1 LGSS, mientras que la facultad reconocida al empresario por el artículo 20.4 ET se limita exclusivamente a poder <verificar (o sea, comprobar) el estado del trabajador>, pero sin que el legislador le conceda ni al empresario, ni al médico de empresa, ni a ningún otro médico, atribuciones para darle de alta; por lo que, de haber denuncia o sospecha de ficción, el único camino posible es el de la denuncia a la Inspección Médica de la Seguridad Social, conforme a lo que dispone el artículo 17.7 de la OM de 13-10-1967, pudiendo disponer a tales efectos de la colaboración del médico de empresa, según establece el artículo 1 de la OM de 21-3-1974. Pero en ningún caso, la facultad de dar o negar el alta médica corresponde al médico de empresa, sino al médico de la Seguridad Social que asista al trabajador...”*.

La Inspección Sanitaria puede de oficio o en virtud de la información recibida de las empresas o de los servicios médicos de las mismas llevar a cabo la verificación del estado de salud del empleado durante la situación de IT, pudiendo confirmar la baja o emitir el alta médica con plenos efectos²⁰, tanto en cuanto a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, como respecto de la suspensión del contrato de trabajo, debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo so pena de sanción disciplinaria por ausencias injustificadas al trabajo. Y ello, aunque el médico del Servicio Público de Salud que atendiera al trabajador siguiera extendiendo partes de confirmación de baja, prevaleciendo así la opinión de la Inspección²¹. En caso de que la inspección sanitaria

¹⁶ DEL REY GUANTER, S. (Dir.), “Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia”, Ed. La Ley, 2007, pp. 417-418.

¹⁷ JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo*, Tirant lo Blanch, p. 169.

¹⁸ RA 2831.

¹⁹ RA 2144.

²⁰ Artículo 1.1 de la Orden Ministerial de 21 de marzo de 1974, que regula la prestación por incapacidad temporal en casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad.

²¹ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal...*, ob.cit. pp. 223-224.

confirmase el diagnóstico del médico privado ello no tendría por qué ser, en principio, exponente de incumplimiento culpable del empleado, ya que las ausencias de éste se habrían producido avaladas por la baja médica y no constituirían falta injustificada a los efectos del artículo 54.2.1) del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores si bien obliga, como hemos visto, a solicitar, en su caso, la revisión del diagnóstico a la Inspección de Servicios Sanitarios, no obstante, sí legitima a un facultativo privado a supervisar las calificaciones técnicas realizada por un facultativo del sistema de Seguridad Social lo que, tal y como ha señalado la doctrina, *“no revela demasiada consideración hacia la competencia y objetividad profesionales del cuerpo médico de la Seguridad Social”*²² o bien *“deja constancia de la falta de credibilidad... al confrontarlos con vías privadas de control”*²³.

En segundo lugar, el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores se refiere, como sujeto encargado de realizar el correspondiente reconocimiento médico en términos genéricos al *“personal médico”*. Referencia que cabe identificar no sólo con los servicios médicos de empresa sino que también incluiría, como vimos al analizar la reciente negociación colectiva de las entidades locales catalanas, cualquier otro facultativo designado por el empleador, incluidos aquellos que prestan sus servicios para las Mutuas de Accidentes de Trabajo, al estar a cargo del empleador su remuneración²⁴. En todo caso tal personal médico tiene carácter privado o no oficial y actúa en cuanto tal.

Asimismo, la verificación de la situación de IT debe limitarse a la finalidad de control pretendida y respetando las reglas generales en materia de intimidad de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, guardando secreto de los datos sanitarios del trabajador²⁵. Se considera que los datos relativos a las bajas médicas que reciba y trate informáticamente el empleador deben estar en íntima conexión con el legítimo objeto que lo autorice legal o reglamentariamente, salvo autorización expresa de cada uno de los trabajadores. Cabe recordar que esta cuestión se planteó en la sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999, de 8 de noviembre, en un caso en que una empresa poseía un fichero automatizado donde figuraba la relación de partes de baja de sus empleados, donde se consignaban las fechas de baja y alta laboral, motivo de la baja, la duración y el diagnóstico médico, estimando el Tribunal que el mantenimiento de esta base de datos no se *“... dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral... la realización de dichas actividades prescindiendo del consentimiento expreso del afectado ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada...”*, por lo que se decide la supresión de los diagnósticos médicos consignados en la base de datos.

En tercer lugar, el Estatuto de los Trabajadores no prevé nada acerca del lugar donde debe procederse al reconocimiento médico del empleado. No obstante, es evidente que es posible que dicho reconocimiento tenga lugar, en determinados supuestos y por el tipo de enfermedad o accidente alegados (enfermedades contagiosas, enfermedades o

²² VICENTE PALACIO, M.A., “Algunas..”, ob.cit. p. 494, que cita a MONTOYA MELGAR.

²³ VICENTE PALACIO, M.A., “Algunas..”, ob.cit. p. 494, que cita a GARCÍA NINET.

²⁴ VICENTE PALACIO, M.A., “Algunas consideraciones sobre el control empresarial de la incapacidad temporal: El artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores”, en A. Ojeda, La Incapacidad Temporal, Ed. Tecnos, 1996, p. 494 y ss.

²⁵ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal...*, ob.cit. p. 222.

accidentes que exijan la inmovilidad o el reposo absoluto...), en el propio domicilio del empleado, en cuyo caso debe tenerse presente la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio recogida en el artículo 18 de la Constitución. Lógicamente y como resultado de la citada garantía, el acceso al domicilio particular requerirá siempre el previo consentimiento del empleado.

Asimismo y precisamente como consecuencia de esa garantía constitucional cabe señalar que parece lógico dar preferencia a la práctica de los reconocimientos médicos en lugares distintos del domicilio (centro médico privado, instalaciones de la Mutua encargada de este control...).

No obstante, también cabe tener presente que no cabe imponer un desplazamiento obligatorio al empleado cuando éste pudiera –y se justifique suficientemente- repercutir negativamente en su estado de enfermedad o, simplemente, sea imposible en atención al mismo. Ahora bien, parece lógico entender que es posible aplicar sanciones disciplinarias si del comportamiento del empleado se deriva que está incumpliendo el deber de buena fe, por adoptar una conducta claramente obstruccionista o reiteradamente opuesta a las alternativas ofrecidas por el empleador²⁶.

En este ámbito también cabe destacar que los Tribunales han señalado que, en principio, el reconocimiento ha de efectuarse en la misma localidad de residencia del trabajador, salvo causa justificada, no admitiéndose que al trabajador se le obliguen a realizar largos desplazamientos de hasta 800 kilómetros para someterse al reconocimiento médico²⁷.

En cuarto lugar y en relación con lo anterior, cabe tener presente que el reconocimiento médico previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, tal y como recuerdan los acuerdos y convenios colectivos de las Administraciones Locales catalanas, tienen, en principio, carácter obligatorio y que el empleado debe manifestar su disposición a que se le realice si bien puede optar porque no se le realice en su domicilio, sobre la base de la garantía de inviolabilidad del domicilio prevista en el artículo 18 de la Constitución. En este caso deberá mantener su disposición para que dicho reconocimiento se le realice en otro lugar alternativo.

Asimismo, cabe destacar que los Tribunales han aceptado que, aunque la norma parece contemplar el reconocimiento médico como una decisión individualizada del empleador para casos concretos, se establezca una política empresarial de control del absentismo laboral, de modo que consideran lícita una medida de imposición de reconocimientos semanales del estado de baja laboral respecto de todos los trabajadores que se encuentran en tal situación en la empresa²⁸.

No obstante, cabe remarcar que, tal y como han afirmado los Tribunales, no es posible incurrir en controles médicos abusivos o desproporcionados, consistentes, por ejemplo, en una práctica abusiva de llamadas telefónicas externas a personas recién operadas, obligar a hacer controles en una determinada ciudad a personas que no residen allí sin abonar los gastos de desplazamiento, u ordenar controles en casos que no resultan

²⁶ DEL REY GUANTER, S. (Dir.), “Estatuto de los Trabajadores. Comentado y con jurisprudencia”, Ed. La Ley, 2007, p. 418.

²⁷ STSJ de Andalucía/Sevilla de 10 de junio de 1999, AS. 3131.

²⁸ STSJ del País Vasco de 24 de enero de 1994, AS 72.

dudosos (como puede ser una gripe o una depresión súbita) desde la perspectiva médica como son las intervenciones quirúrgicas realizadas en un servicio público de salud²⁹.

En la misma línea se ha considerado que se vulnera el derecho constitucional a la intimidad personal cuando el reconocimiento médico resulta desproporcionado al abordar cuestiones personales innecesarias y se realiza con la intención de constituir una prueba a esgrimir en un procedimiento judicial posterior³⁰.

En quinto lugar, tal y como prevé el propio artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, en caso de que el empleado se niegue a someterse a los reconocimientos médicos propuestos por el empleador con la finalidad de comprobar su estado de enfermedad o accidente se producirá la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empleador. Ello implica que se suspenderán las prestaciones complementarias a cargo del empleador, esto es, el correspondiente complemento o mejora voluntaria, ya se hubiese fijado en convenio colectivo o contrato individual. Por consiguiente, atendiendo a la naturaleza jurídico- pública de las prestaciones de la Seguridad Social, no puede suspenderse el pago de la prestación de IT, ni siquiera respecto de aquellos días en los que es el propio empleador el que asume el pago a su cargo en los supuestos de riesgos comunes (los días 4º a 15º de baja médica en los casos de IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral³¹).

En este ámbito cabe realizar, además, otras consideraciones:

1ª) La sanción no se configura legalmente como una pérdida definitiva y automática de la correspondiente mejora voluntaria, sino únicamente como una suspensión por voluntad del empleador, legítima en la medida en que el empleado se niegue a someterse al mecanismo de vigilancia médica dirigido a fijar su estado de salud. Es decir, la suspensión viene prevista en términos potestativos, de manera que no opera automáticamente sino por voluntad del empleador.

No obstante, como hemos visto, algunos convenios y acuerdos de funcionarios de las entidades locales catalanas prevén expresamente que dicha negativa no implica tal suspensión sino la supresión o pérdida automática del complemento. Probablemente con ello quieren ser más contundentes en intentar reducir el absentismo laboral injustificado.

2ª) A nuestro entender, no cabe proceder a la suspensión de la mejora voluntaria cuando realizado el reconocimiento médico el facultativo de la entidad discrepa respecto a la situación que origina la baja médica. En este caso, como vimos anteriormente, cabe la posibilidad de que la entidad solicite la revisión del diagnóstico a la Inspección de Servicios Sanitarios.

Y ello por cuanto no cabe olvidar que el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores prevé exclusivamente la sanción de suspensión de dicha mejora voluntaria en los casos de negativa del empleado a un reconocimiento médico.

Como veíamos anteriormente, en algunos casos, la negociación colectiva desarrollada en las entidades locales catalanas prevé también tal suspensión cuando, tras el

²⁹ Al respecto, STSJ de Galicia de 23 de febrero de 2004 (AS 2004/1116).

³⁰ STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004 (AS 2004/2059).

³¹ Algún sector de la doctrina considera que también se suspendería el pago de estos primeros días de IT, así JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, p. 168.

reconocimiento médico, se entiende que el empleado no se encuentra incapacitado o cuando existen indicios suficientes de que la situación real no le incapacita. A nuestro entender, esta opción convencional va más allá de lo previsto legalmente pero sería válida por cuanto de forma expresa –a través de la negociación colectiva- se prevé que en esos supuestos también se producirá la pérdida del correspondiente complemento de IT y siempre que no se incurra en situaciones de abuso³². Pero, insistimos, si no existiese esa previsión convencional en esos casos no podría suspenderse o extinguirse el pago de la mejora voluntaria.

Asimismo, tampoco puede suspenderse el pago de la mejora voluntaria cuando el empleado no se niega al reconocimiento médico pero, sin concurrir mala fe por su parte, resulta muy difícil o incluso resulta imposible efectuarlo.

3ª) Tal y como ha señalado la jurisprudencia el control médico previsto en el artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores puede practicarse aunque la empresa o entidad pública no tenga prevista una mejora voluntaria. En tal sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 24 de enero de 1994³³, donde se afirma que: *“... el hecho de que la empresa no aporte complemento alguno a las prestaciones económicas a percibir por los trabajadores en situación de incapacidad laboral transitoria no impide que la empresa pueda verificar el estado de enfermedad de sus trabajadores, lo cual es independiente de la posibilidad de que, ante la negativo de éstos, los trabajadores pudieran ver suspendidos sus derechos económicos a cargo de la empresa, si los mismos existieran. Por consiguiente, 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...”*.

Y, 4ª) Tal y como vimos anteriormente, la pérdida de derechos económicos en este caso actúa como una medida disuasoria frente al absentismo laboral, al causar éste un perjuicio económico, no sólo derivado del pago de eventuales mejoras voluntarias, sino también por la pérdida de productividad que la ausencia fraudulenta conlleva. En opinión de la doctrina, esta medida produce efectos disuasorios y normalmente provoca una más rápida reincorporación del empleado al trabajo, como ha demostrado la experiencia³⁴.

Por último, en este ámbito cabe plantearse qué ocurre en el ámbito del derecho comparado. A estos efectos, cabe destacar que las opciones son diversas³⁵. En Italia la normativa establece una regla terminante según la cual quedan prohibidas las comprobaciones por parte del empresario sobre la idoneidad y sobre la enfermedad o accidente del trabajador, con una sola excepción: el control de las ausencias por enfermedad puede ser realizado solamente a través de los servicios de inspección de los institutos de previsión competentes, de tal manera que el empleador sólo puede hacer

³² Tal y como afirman SALA FRANCO y SALAS BAENA “incluso en estos casos, cabría exigir, para la validez del pacto colectivo en este punto, concretas garantías de objetividad en la designación de los médicos que vayan a efectuar este control, so pena de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de una obligación pactada, lo que conculcaría lo dispuesto en los artículos 1115 y 1256 del Código Civil.”, en *La incapacidad temporal...*, ob.cit. p. 224.

³³ RA 72.

³⁴ MORRO LÓPEZ, J.J. “Algunas cuestiones sobre la gestión y control de la incapacidad temporal”, en A. Ojeda “La incapacidad temporal”, Ed. Tecnos, 1996, p. 349.

³⁵ MERCADER UGUINA, J.R., “El control..”, ob.cit. pp. 413-414.

controlar la idoneidad física del trabajador por medio de entes públicos e institutos especializados de derecho público.

En Francia si un empleado se niega a someterse a pruebas médicas se le retira el complemento por enfermedad, excluyéndose, en todo caso, la imposición de una sanción.

IV. CONTROL DE IT Y EJERCICIO DEL PODER SANCIONADOR.

Finalmente, desde una perspectiva diferente, no cabe olvidar que es posible sancionar al empleado que incurre en conductas contrarias a la buena fe durante la situación de IT, realizando actividades contraindicadas por el diagnóstico motivador del parte de baja médica y que perjudican su restablecimiento.

Y también cabe esa sanción disciplinaria, incluido el despido (artículo 54.2.a) o d) del Estatuto de los Trabajadores), cuando pueda constatarse, de forma fehaciente, que el empleado ha simulado su enfermedad o ha existido connivencia entre él y el médico del servicio público de salud. Pero, ¿cómo lo constatamos?. En la jurisprudencia se han dado casos bastante paradigmáticos como son el recurso al seguimiento del empleado por parte de la policía local –por orden del Alcalde- o el recurso a la vigilancia por parte de detectives privados³⁶. Es el caso de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 13 de julio de 2001 y de la Comunidad Valenciana de 4 de julio de 2002.

En relación con los detectives privados, éstos se admiten como vía para controlar la conducta del empleador durante la situación de IT siempre que no lesionen el derecho a la intimidad de éste. De esta manera, los límites que un detective privado deberá respetar en su actuación serán básicamente dos³⁷:

- En cuanto al lugar de la investigación, no podrá investigarse en el domicilio privado del empleado, salvo que éste hubiera montado un negocio en su propio domicilio, en cuyo caso el detective podría hacerse pasar por un cliente.
- En cuanto a los medios a utilizar por el detective, la grabación de la voz del empleado y la captación de su imagen constituyen, en principio, atentados contra el derecho a la intimidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982³⁸.

Sin embargo, los Tribunales admiten sin mayores problemas las captaciones de imagen efectuadas por los detectives en su investigación y la grabación de conversaciones mantenidas por el detective con el empleado, en atención al interés empresarial perseguido. Grabaciones e imágenes sobre las que se debe guardar secreto, no utilizándose más allá de la finalidad de control laboral pretendida.

Asimismo, los informes de los detectives constituyen prueba testifical, debiendo personarse en el juicio personalmente y ratificar sus informes. Lo que supone, además, la imposibilidad de su utilización para fundamentar en fase de recurso la revisión de los

³⁶ Posibilidad admitida por la doctrina, así, JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad...*, ob.cit. p. 170.

³⁷ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A, *La incapacidad temporal...*, ob.cit. p. 226.

³⁸ “Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de esta Ley: 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas. 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas”.

hechos probados, dado que se tratará de pruebas autónomas sino de diligencias complementarias de la declaración testifical del detective³⁹.

En este ámbito cabe citar, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 17 de octubre de 2008⁴⁰ donde se admiten como pruebas válidas para un despido disciplinario la prueba gráfica y videográfica realizada por un detective privado que fue oído como testigo, afirmándose al respecto que *"... si cuando, como en el caso de autos ocurre, la actividad laboral se desarrolla, necesariamente fuera del centro de trabajo y, en consecuencia, no existe otro medio de control admisible que el seguimiento externo del trabajador, ante la sospecha de un incumplimiento, por su parte, del cometido laboral que tiene asignado, obvio resulta, que tal medida controladora o de vigilancia no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal del trabajador y, mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa. Nuestro caso es semejante al anterior y en él no se advierte extralimitación en las grabaciones en la medida en que se refieren a hechos relevantes para las pretensiones de la parte demandada atendido el objeto del juicio y de la controversia consistente en la prueba, y posterior valoración, del tipo de actividades realizadas por la actora fuera de la empresa y en período de incapacidad laboral en orden a determinar si son o no causa de despido. Es especialmente importante tener en cuenta que la medida, en sí, fue idónea y necesaria pues en los HP II y III, no combatidos, se habla de la fecha en la que inició la actora un proceso de incapacidad temporal por contingencias comunes, por padecimiento de ansiedad, y que en dicha situación, <lo que fue objeto de comentarios entre los trabajadores de la plantilla y sin haber solicitado compatibilidad o autorización para ello a la referida empresa demandada>, constituyó la sociedad y abrió el local... y en el HP IV se lee que el seguimiento por detective fue ordenado por la empresa <a consecuencia de aquellos comentarios>, con lo que, a la vista de todos los matices del caso, la medida fue proporcional, al no tratarse de una investigación caprichosa ordenada con el prohibido ánimo de satisfacer la curiosidad del empresario, por lo que se cumplen los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, exigidos por la Jurisprudencia Constitucional..."*⁴¹.

Por otra parte, cabe tener presente que la jurisprudencia ha entendido que se transgrede la buena fe contractual y pueden ser causa de despido varias situaciones⁴²:

a) La realización de trabajos durante la situación de IT, siempre que la actividad desarrollada perturbe o demore la curación del empleado o su futura aptitud laboral. Aun cuando también se defiende que la realización de trabajos siempre constituirá una infracción contractual salvo en supuestos concretos en los que se trate de una terapia ocupacional compatible con las dolencias determinantes de la baja médica, circunstancia que siempre deberá ser probada por el empleado. Además, en el supuesto de resultar

³⁹ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal...*, ob.cit. p. 226.

⁴⁰ AS 2008/2547.

⁴¹ También SSTSJ de las Islas Canarias de 29 de octubre de 2008 (Jur 2009/49519), de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (Jur 2009/90472) y de La Rioja de 12 de febrero de 2009 (Jur 2009/190525).

⁴² GARCÍA VIÑA, J., "El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal", en A. Ojeda "La incapacidad temporal", Ed. Tecnos, 1996, pp. 273 y ss.

compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización.

Asimismo, según la jurisprudencia, los supuestos sancionables deben valorarse de forma individualizada, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho así como las de su autor. Así, se tendrá en cuenta el tipo de enfermedad y las características de la ocupación.

De este modo, los Tribunales afirman que *“... para que el trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad, sea encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual se requiere que la actividad desempeñada evidencia la aptitud para el trabajo o que aquélla sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación pues en ambos casos se pone de manifiesto la infidelidad del trabajador con su patrón, con defraudación al mismo, y a la Seguridad Social, siendo por ello trascendente para la calificación de estas conductas examinar tanto el motivo de la baja y el tratamiento recuperador como el tipo de actividad desarrollada para poder llegar a una conclusión justa y proporcionada entre la conducta del trabajador y la sanción impuesta..”⁴³. O se señala que: *“... son dos, por tanto, los supuestos en que puede quedar encuadrada la actividad realizada por el trabajador durante la IT para que merezca la sanción de despido, por transgresión de la buena fe contractual: o bien tal actividad está contraindicada respecto de su dolencia y puede prolongar su enfermedad o agravarla o comprometer su curación, o bien se trata de una actividad que puede ser realizada sin que lo anterior suceda, pero que pone de manifiesto que al igual que se halla en condiciones de llevar a cabo aquélla, también podría desempeñar su puesto de trabajo en la empresa; en este segundo caso se evidencia que existe una aptitud laboral real, aunque el trabajador se halle en situación de baja por incapacidad temporal. Para comprobar si concurre el primer supuesto hay que poner en relación la índole del padecimiento del trabajador y la actividad que realiza fuera de la empresa, mientras que para determinar si se trata del segundo supuesto habrá que comparar las tareas desempeñadas durante la IT con los requerimientos habituales del puesto de trabajo en la empresa...”⁴⁴.**

También cabe destacar que, para la jurisprudencia, es indiferente que el trabajo realizado sea remunerado o no, o por cuenta propia o ajena; considerando motivo de despido, entre otras, la conducción esporádica del propio vehículo, la asistencia a bares, la práctica de deportes, las actividades de recreo, la participación en pruebas físicas para el acceso a la policía municipal, las reparaciones en el propio vehículo, hacer una vida normal. En cambio no existe transgresión cuando los trabajos realizados fueron de amistad y buena vecindad, de escasa importancia o actividades de mero esparcimiento familiar⁴⁵.

Como ejemplos jurisprudenciales recientes cabe citar los siguientes: la calificación como despido procedente de un trabajador de baja por situación ansioso-depresiva que se dedica a la venta, como trabajador autónomo, de coches⁴⁶; la consideración como procedente del despido de una trabajadora que en situación de IT por depresión monta un

⁴³ STSJ de Andalucía/Sevilla de 4 de noviembre de 2008 (Jur 2009/146156).

⁴⁴ STSJ de la Comunidad de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (Jur 2009/90472).

⁴⁵ GARCÍA VIÑA, J., “El deber recíproco..”, ob.cit. pp. 274-275.

⁴⁶ STSJ de Andalucía/Sevilla de 4 de noviembre de 2008 (Jur 2009/146156).

ciberlocutorio en el que trabaja⁴⁷; la calificación como procedente del despido del director de un café teatro que está 18 meses de baja por una operación de menisco (el diagnóstico e intervención quirúrgica se van retrasando) pero que varias veces a la semana al café caminando y ejerce una actividad como trabajador autónomo⁴⁸; la consideración como despido procedente de un trabajador en situación de baja médica por daños en una mano que se dedica a realizar actividades de carga y descarga⁴⁹; o se califica como procedente el despido de un trabajador en IT que se va de caza⁵⁰. También se ha calificado como procedente el despido de un trabajador que simula una enfermedad para poder asistir a una boda⁵¹.

Por el contrario, se califica como improcedente el despido de una trabajadora que en situación de IT debida a daño en una muñeca es despedida por coger un móvil, empujar un carrito de bebé o ir a la compra⁵²; el despido de un trabajador que estando de baja por bronquitis aguda consume alcohol al no haberse probado que tal conducta retrasó la recuperación médica⁵³; el despido de un trabajador –jefe de equipo- que estando de baja médica trabaja a tiempo parcial en el negocio familiar atendiendo a clientes⁵⁴; el despido de un trabajador en situación de baja que ayuda de forma puntual y gratuita a un amigo para reparar una avería sufrida en su comercio⁵⁵; o el despido de un trabajador que con una lesión en un hombro realiza una vida normal⁵⁶.

E incluso se califica como nulo el despido de una trabajadora víctima de violencia de género que está en situación de IT por un trastorno de ansiedad alegando la empresa que está haciendo vida normal⁵⁷.

En fin, también cabe tener en cuenta que, conforme al artículo 132.b) de la Ley General de la Seguridad Social, el trabajo por cuenta propia o ajena de un beneficiario de la prestación de IT comporta que el subsidio puede ser suspendido o anulado. A lo que cabe añadir lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, que califica como una infracción grave el efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 47 b) de la citada Ley.

Por otra parte, el empleado deberá devolver a la entidad gestora o colaboradora las prestaciones percibidas indebidamente (artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social) y el empleador le podrá reclamar la devolución de la mejora voluntaria que, en su caso, hubiera percibido. E incluso el empleador podría plantearse presentar una

⁴⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 17 de octubre de 2008 (AS 2008/2547).

⁴⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears de 19 de septiembre de 2008 (AS 2008/2608).

⁴⁹ STSJ de La Rioja de 12 de febrero de 2009 (Jur 2009/190525).

⁵⁰ STSJ del País Vasco de 29 de julio de 2008 (AS 2008/2960).

⁵¹ STSJ de la Región de Murcia de 1 de julio de 2008 (Jur 2008/362957).

⁵² STJS de Galicia de 17 de octubre de 2008 (AS 2008/2769).

⁵³ STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 29 de octubre de 2008 (Jur 2009/49519).

⁵⁴ STSJ de la Comunidad de Madrid de 24 de noviembre de 2008 (Jur 2009/90472).

⁵⁵ STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 31 de julio de 2008 (AS 2009/467).

⁵⁶ STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2008 (AS 2008/2969).

⁵⁷ STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2008 (AS 2008/2201).

reclamación frente al empleado para el resarcimiento de los correspondientes daños y perjuicios.

b) El empleado puede transgredir la buena fe, tanto si se niega a recibir la asistencia sanitaria como si le es prestada fuera de los servicios de la Seguridad Social. La negativa a someterse a un tratamiento (que constituye un deber) elimina la calificación de IT y puede ser causa de despido.

En el mismo sentido cabe recordar que el artículo 132.2 de la Ley General de la Seguridad Social prevé que la prestación por IT puede suspenderse cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechaza o abandona el tratamiento que se le haya indicado.

Asimismo, la asistencia sanitaria le tiene que ser prestada por la Seguridad Social, aunque sólo sea a efectos del examen médico para la expedición de la baja y posteriores partes de confirmación. Cumpliendo ese trámite oficial el empleado puede recurrir a un servicio médico privado.

Pueden plantearse problemas, no obstante, cuando el empleado es despedido por negarse a seguir un tratamiento en la Seguridad Social por razones de conciencia (el caso, por ejemplo, de los testigos de Jehová).

c) Podría constituir una trasgresión de la buena fe contractual la presentación extemporánea de los partes de baja y confirmación, al no permitir planificar la sustitución del empleado, así como la manipulación o falsificación de los partes.

En consecuencia, la falta de justificación de la inasistencia al trabajo puede ser considerada motivo de despido disciplinario, aunque dicha incidencia no sería motivo procedente de despido si la empresa tuviera conocimiento, por otra vía, de la justificación de la ausencia del trabajador⁵⁸.

d) Cabe preguntarse qué ocurre cuando el empleado decide impugnar la resolución administrativa de alta médica. Los Tribunales entienden que la simple impugnación no mantiene automáticamente la suspensión del contrato hasta que se produzca una decisión judicial firme, por tanto, el empleado ha de desarrollar, con la diligencia exigible en cada caso, una conducta positiva en orden a informar al empresario o empleador de la impugnación y a acreditar la subsistencia de una IT para el trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa. En caso contrario podría ser sancionado, incluso con el despido.

Y en este ámbito cabe recordar que, de producirse el despido por alguna de las causas apuntadas, el empleado pasaría a la situación legal de desempleo, manteniendo su derecho a recibir la correspondiente asistencia sanitaria.

Y, e) finalmente, también cabe recordar que un empleador, ante faltas reiteradas y justificadas de asistencia al trabajo, puede recurrir a lo dispuesto en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, despidiendo al empleado de forma objetiva, por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en los mismos

⁵⁸ SALA FRANCO, T. y SALAS BAENA, A., La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, p. 220.

períodos de tiempo. No se computan como faltas de asistencia, entre otras, las ausencias debidas a riesgo durante el embarazo, accidente de trabajo, maternidad, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, ni enfermedad común o accidente no laboral cuando la baja no haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, ni las 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.

Cabe tener presente que, en opinión de algunos autores, y como propuesta de *lege ferenda*, debería eliminarse la redacción actual del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, al considerarse que no debe ser facultad del empleador reclamar al empleado el sometimiento a un reconocimiento médico por profesionales que él mismo ha designado y en relación de dependencia con él. El trabajador puede ser reclamado a estos efectos por la entidad gestora, por la Mutua de Accidentes de Trabajo, oficialmente es reconocido por los servicios médicos oficiales y el empleador puede denunciar sus sospechas ante la Inspección de Servicios Médicos, por lo que añadir más posibilidades de control supondría constreñir al trabajo a una constante situación de desconfianza. La medida del empleador pone sobre sospecha los procesos de IT de quienes sufren una alteración de la salud derivada de una enfermedad común o de un accidente no laboral. Ello supone que el control del absentismo sólo se efectúe sobre ellos cuando también podría incidir dicha sospecha sobre quienes, afectados de una IT derivada de enfermedad profesional o accidente de trabajo, prolonguen maliciosamente su proceso de curación. Como contrapartida se defiende la ampliación del papel de la negociación colectiva en este ámbito, adoptándose una postura paliativa respecto a los efectos que las bajas por IT tienen para cualquier organización.

V. EL CASO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

En este ámbito cabe recordar que respecto del personal de nuevo ingreso, es decir aquél que ha accedido a la función pública local a partir del día 1 de abril de 1993, el régimen de prestación de asistencia sanitaria y reconocimiento de la situación de IT es el previsto en el régimen general de la Seguridad Social, si bien la situación administrativa que se deriva de la declaración y reconocimiento de la prestación de IT es la misma prevista para los funcionarios públicos integrados, que es la de permiso o licencia por enfermedad.

Por su parte, como es conocido, la disposición transitoria 5ª del Real Decreto 480/1993, delegó la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria e IT en las entidades locales que tengan funcionarios integrados. Ámbito en el que la situación es especialmente compleja cuando la asistencia sanitaria está concertada con una mutua privada, por cuanto en estos casos parece que bastaría un informe médico privado para que el funcionario público integrado causase baja por IT, sin ningún tipo de control ni de los servicios públicos de salud ni de la entidad local. Cabe recordar que ni los sistemas de gestión de la IT por las Mutuas de accidentes de trabajo ni los sistemas de inspección médica de los servicios públicos de salud pueden ejercer ninguna competencia sobre estos funcionarios integrados en los 12 primeros meses de la prestación, correspondiendo

en todo caso al INSS la declaración de prórroga regulada en el artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social, una vez superado este período inicial de 12 meses⁵⁹.

Y, con carácter general respecto de ambos colectivos de funcionarios públicos, no se han regulado las facultades de reconocimiento y control que puede ejercer una entidad local respecto de la situación de enfermedad o accidente de alguno de sus funcionarios. Quedan pendientes muchas cuestiones como, por ejemplo, si es posible que una entidad local deniegue la licencia por enfermedad a pesar de que el servicio público de salud o bien un médico privado haya dado de baja médica al empleado, o si es posible decidir – sin base legal expresa a diferencia de lo que ocurre en el caso del personal laboral- un reconocimiento médico de un empleado supuestamente enfermo y en caso de que éste se negase a ello qué consecuencias podrían derivarse. Falta de regulación específica que, a nuestro entender, no tiene ninguna justificación y que debería resolverse lo antes posible.

Sin embargo, ya se ha puesto de manifiesto⁶⁰ -muy acertadamente- que este vacío no se da en ámbitos como el de los funcionarios del Estado, donde el artículo 18 y siguientes del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, regula el acceso a la prestación por IT, tanto desde la perspectiva de protección social como desde la perspectiva de la correspondiente situación administrativa. Regulación legal que se concreta aún más mediante la Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se regula el procedimiento de las situaciones de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.

Dentro de dicha regulación se señala, por ejemplo, que:

- Se encuentran en situación de IT los funcionarios que acrediten padecer un proceso patológico de enfermedad o lesión por accidente que les impida con carácter temporal el normal desempeño de sus funciones públicas o que se encuentren en período de observación médica por enfermedad profesional, siempre y cuando reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación y hayan obtenido la licencia por enfermedad.
- La concesión de licencias y sus posibles prórrogas a los que tendrán derecho los funcionarios que se encuadren en la situación establecida corresponderá a los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal.
- Para la concesión y control de estas licencias los órganos administrativos con competencia en materia de gestión de personal podrán hacer uso del asesoramiento facultativo propio o ajeno que consideren oportuno⁶¹. Sin perjuicio de ello, la

⁵⁹ MUÑIZ MERINO, R., ob.cit. p. 76.

⁶⁰ MUÑIZ MERINO, R., Treball de recerca del mestatge de dret i gestió local, EAPC, curs 2008/09, p. 75 y ss.

⁶¹ En el apartado 5 de la Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, del Ministerio de Administraciones Públicas, por la que se regula el procedimiento de las situaciones de incapacidad temporal y de riesgo durante el embarazo, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, se señala: “una vez recibido el parte, el órgano de personal, dispondrá lo conveniente en cuanto a la expedición de la licencia que corresponda o, sucesivamente, de las respectivas prórrogas, en relación con lo establecido en los artículos 89 y 90 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo,.. Para ello contará con el asesoramiento facultativo que el propio parte supone, además de aquel otro que considere apropiado, incluido, si

Mutualidad General de Funcionarios civiles del Estado podrá ejercer el control y seguimiento de la situación de IT desde el inicio de la situación mediante el reconocimiento a efectuar por las Unidades Médicas de Seguimiento de las que disponga, propias o dependientes de otras entidades gestoras de la Seguridad Social y servicios públicos de salud con los que la Mutualidad establezca acuerdos de colaboración. Los reconocimientos médicos mencionados son potestativos, pero sus resultados vincularán para la concesión o denegación de las licencias y sus sucesivas prórrogas. Reglamentariamente se determinarán las situaciones, períodos y formas en los que se llevarán a cabo los seguimientos de los distintos procesos patológicos, salvaguardando, en todo caso, el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona y la autonomía del paciente, así como la confidencialidad de las informaciones referentes a su estado de salud sanitario, según lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de datos de carácter personal.

Partiendo de ello, se ha propuesto⁶² –opinión que compartimos- que, en el caso de los funcionarios públicos integrados, las entidades locales asuman –especialmente cuando la asistencia sanitaria la presta una mutua privada- las funciones de control e inspección de la situación de IT previstas para los servicios públicos de salud en el Real Decreto 557/1997, de 15 de abril, por la que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por IT. Ello se traduciría en facultades como la exigencia de la confirmación semanal de la situación de IT y la posibilidad de comprobación del estado de IT. Sistemas de control muy semejantes a los contenidos en el citado Real Decreto se recogen en la, ya citada, Orden APU/2210/2003, de 17 de julio, donde se faculta al órgano competente en materia de personal disponer lo que corresponda en materia de licencias por enfermedad de acuerdo con el certificado médico que aporte el funcionario público. También se le faculta para buscar aquel asesoramiento médico que estime conveniente para resolver lo que estime procedente, no sólo en cuanto a la concesión de la licencia, sino también para las prórrogas. Cabe afirmar incluso que, conforme a la disposición final 2ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local sería la normativa a aplicar respecto a la gestión de las situaciones de IT que se puedan producir en el ámbito local.

En definitiva, se defiende –opinión que compartimos- que sería factible habilitar sistemas de reconocimiento médico previo por parte de las administraciones locales destinados al asesoramiento de las entidades locales en cuanto a la procedencia o no del reconocimiento de la situación de incapacidad temporal y su prestación a los funcionarios integrados, así como el posterior control de tal situación, destinado a la declaración de las posteriores prórrogas o declaraciones de alta. No obstante, estos procedimientos deberían instrumentarse de forma que se garantizase en todo momento el respeto al derecho a la intimidad del funcionario⁶³.

procede, el que pudiera ser prestado por la Mutualidad General. Todas las actividades de asesoramiento médico a que se refiere el párrafo anterior se llevarán a cabo salvaguardando, en todo caso, el derecho a la intimidad y la dignidad de la persona y la autonomía del paciente, así como a la confidencialidad de las informaciones referentes a su estado sanitario. Tales derechos quedarán protegidos según lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

⁶² MUÑIZ MERINO, R., ob.cit. pp. 76-77.

⁶³ MUÑIZ MERINO, R., ob.cit. p. 77.

Solución que, lógicamente, también comporta el correspondiente coste económico para la entidad local, por cuanto, en la gran mayoría de los supuestos deberá recurrir a servicios médicos externos.

No obstante, queda todavía una cuestión pendiente: en el caso de los funcionarios públicos no integrados, ¿es posible ejercer un control médico a los efectos de verificar la situación de enfermedad o accidente?. A nuestro entender, la respuesta es positiva, basándonos en la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 4/2000, donde se señala, con carácter genérico, que *“para la concesión y control de esas licencias (de enfermedad) los órganos administrativos con competencia en materias de gestión de personal podrán hacer uso del asesoramiento facultativo propio o ajeno que consideren oportuno”*. Por tanto, si bien la gestión sanitaria de la IT corresponde a los servicios sanitarios públicos, la entidad local podría ejercer un control médico al ser el organismo competente a la hora de conceder las licencias. Control médico que, desde la perspectiva del funcionario público, resultaría obligatorio.

Cabe apuntar, no obstante, que a diferencia del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, en este caso no está previsto que la negativa del empleado a que se le realice el reconocimiento médico implique la pérdida de la correspondiente mejora voluntaria, si bien, como vimos páginas atrás, los acuerdos de funcionarios recogen –por mimetismo con lo previsto en dicho precepto- dicho efecto. Asimismo, y como también vimos en el marco del citado artículo 20.4, la discrepancia entre el diagnóstico del facultativo del servicio público y el facultativo de la entidad local –propio o contratado a tales efectos- se resuelve a favor del primero, quedando solo abierta la posibilidad de recurrir a la inspección de servicios sanitarios para que ésta actúe en su caso.

Nuevamente, cabe tener en cuenta el coste económico que para la entidad local puede implicar el ejercer realmente este tipo de control médico.