

INCAPACIDAD TEMPORAL Y REDUCCIÓN DEL ABSENTISMO INJUSTIFICADO

CARMEN JOVER RAMÍREZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz*

EXTRACTO

Palabras Clave: Incapacidad Temporal, Absentismo

La constante preocupación por reducir el absentismo laboral ante las graves consecuencias que del mismo se derivan en el ámbito empresarial, organizacional y productivo, hace necesario analizar una de las más frecuentes causas del mismo: la incapacidad temporal. Incapacidad temporal entendida en un sentido amplio y que debe ir más allá de la mera contingencia protegida por el sistema de seguridad social y de la causa suspensiva de las prestaciones básicas del contrato. Incapacidad temporal pura y simplemente como limitación, por motivos de salud, para realizar la actividad profesional. Ahora bien, la justificación formal y/o material de esa dolencia puede producir diferentes consecuencias y en diversos ámbitos, siendo necesario actuar sobre los mismos para conseguir el objetivo perseguido de reducción del absentismo injustificado. Actuación que debe instarse desde todas las partes implicadas: entidades públicas, colaboradoras, empresario, representantes de los trabajadores y desde estos últimos. Solo una actuación integral de todas las medidas propuestas permitirá una real y efectiva reducción del absentismo laboral justificado o no, ya que en esencia también será injustificado aquel absentismo en el que, si bien concurre causa que lo justifique, se podría haber evitado de adoptar en origen las medidas más oportunas. El estudio que se presenta no pretende ser un análisis de la institución de la Incapacidad Temporal sino partiendo de su existencia intentar mostrar desde todos los ámbitos señalados las medidas ya existentes de lucha contra el absentismo, su eficacia o ineficacia y proponer aquellas aun pendientes, novedosas y que coadyuvarían, sin duda, a la reducción de aquél.

ABSTRACT

Key Words: Temporary incapacity, Absenteeism

The constant preoccupation to reduce the absenteeism from work because of its bad consequences in the private sector, and that affects the organizational and productive system, tells us to analyze one of the most frequent causes of such absenteeism: the temporary incapacity for work. The temporary incapacity understood in its broad sense, that should go beyond the usual benefit granted by the Social Security system and contract deferment. The temporary incapacity simply as a limitation, by health reasons to be unable to work. Now, the official justification of such health problem could have different consequences in different fields, and definitely there is a need to work to reduce those unjustified temporary incapacities given to an excessive number of patients. This should be implemented by all stakeholders: public entities, private companies and workers' representatives. Definitely, only a basic accomplishment of the proposed action plan will imply a real and effective reduction of absenteeism from work, justified or not, because in its essence, it may be an absenteeism justified, but it will always be unjustified, because its causes could have been avoided beforehand. The present study does not intend to perform an analysis of the Temporary Incapacity but show from different viewpoints, and recognize the problem, how the battle up to day is either efficient or inefficient, but without doubt some actions proposed could help to reduce the labor absenteeism

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y MATERIAL
 - 2.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas
 - 2.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial
3. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y JUSTIFICACIÓN MATERIAL SIMULADA
 - 3.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas
 - 3.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial
4. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN MATERIAL E INJUSTIFICACIÓN FORMAL TOTAL O PARCIAL
 - 4.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas
 - 4.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial
5. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Puede parecer extraño el utilizar con un nexo de unión copulativo, tal y como aparece en el título del presente trabajo, Incapacidad Temporal y absentismo injustificado ya que hablar de incapacidad temporal hace presuponer que dicha situación está reconocida por las entidades competentes al respecto y que para ello ha cumplido las justificaciones formales y materiales que le son exigibles (tramitación, gestión y situación protegida). Sin embargo, como tendremos ocasión de poner de manifiesto en las líneas que siguen, la cuestión es más compleja de lo meramente terminológico porque la casuística es innumerable e igualmente lo son las consecuencias a ella inherente.

Si la primera de esas expresiones, Incapacidad Temporal se asocia a la causa suspensiva que del contrato de trabajo enuncia el artículo 45.1 c) de nuestro Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y que como contingencia protegida del Sistema prevé el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS), dicha situación en la que concurren los requisitos de justificación formal adecuada y justificación material, no supondría un ejemplo de absentismo injustificado al trabajo al existir justificación formal que lo avale y justificación material que la sustenta. Si bien el nexo de unión con la reducción del absentismo podemos establecerla desde el momento en el que dicha situación o bien pudiera evitarse en su totalidad o bien acortarse en su duración.

Ahora bien, diferente es la interpretación que de dicha rúbrica puede hacerse si el término simplemente es referido a una situación de imposibilidad temporal de prestar la actividad profesional del trabajador durante un período de tiempo que no llega a poner en marcha ese mecanismo suspensivo y a la vez protegido por el Sistema de Seguridad Social. Es decir, en el que la justificación formal o bien no existe o bien no es la adecuada para generar conforme a nuestro ordenamiento jurídico esa situación suspensiva y protegida. En este

caso, tendríamos que diferenciar entre la justificación formal, que no existe, y analizar si concurre o no esa justificación material que determina esa imposibilidad. En estos supuestos, el absentismo será injustificado desde un punto de vista formal pero puede ser justificado o no desde ese punto de vista material, dependiendo de la concurrencia o no de esas dolencias. Es más, puede ocurrir que incluso la justificación formal exista pero no sea la adecuada, lo que acentúa, como veremos, la complejidad de la cuestión.

Puede suceder que la justificación formal adecuada de esa inasistencia al trabajo a través de la figura de la Incapacidad Temporal, exista y sin embargo no hemos de olvidar que puede no existir la justificación material que suponga la realidad de las dolencias aducidas y que las mismas puedan no existir más allá de lo que se refleje en un parte médico de baja como consecuencia de la simulación fraudulenta del trabajador. Y por último, puede suceder que la inasistencia del trabajador al trabajo no encuentre ni justificación formal ni material que la avale, en la que el término absentismo injustificado en principio sí parece ser ajustado a la situación originada pero en el que estimamos no existe nexo causal con el concepto ni estricto ni amplio de incapacidad temporal.

En las líneas que siguen, se pretende analizar las diferentes cuestiones que al hilo de las expresiones anteriores pueden originarse en el seno de una relación laboral; no olvidando, primero, la repercusión que la inasistencia del trabajador a su puesto de trabajo, justificada o no, y en el caso que nos ocupa por razón de esas dolencias, tiene sobre la organización empresarial, no solo desde el punto de vista organizativo sino también desde el productivo, y segundo, el gasto que sobre el sistema de la Seguridad Social ocasiona una situación de Incapacidad Temporal protegida.

Los datos ponen de manifiesto que el número de horas no trabajadas en España por Incapacidad Temporal es una constante que se mantiene en los últimos años así como las correspondientes a absentismo injustificado¹. En el primer trimestre del año 2007 sobre un total de 35,5 horas no trabajadas por trabajador, el 15,9 tenían su origen en la situación de Incapacidad Temporal y 0,4 respondían a absentismo injustificado; cifras que en el primer trimestre de 2008 fueron sobre un total de 52,2 de horas no trabajadas, 11,5 lo fueron por Incapacidad Temporal y 0,3 de ausencia no justificada; en el primer trimestre de 2009, sobre un total de 44,5, de horas no trabajadas, 11,2 respondieron a Incapacidad Temporal y 0,4 a absentismo injustificado. En el primer trimestre de 2010 sobre un total de 43,1 horas no trabajadas, 10,9 respondieron a Incapacidad Temporal y 0,3 a absentismo injustificado.

A la vista de estos datos podemos deducir que es reducido el número de

¹ Encuesta de coyuntura laboral elaborada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración (www.mtin.es/estadisticas/ecl/) 2007, 2008, 2009 y 2010.

horas de ausencia no justificada al trabajo por trabajador frente a las que se producen por Incapacidad Temporal. Ahora bien, se hace necesario reducir a cero las primeras y segundo, descartar que en las segundas se incluyan ausencias en las que concurre justificación formal pero no exista la justificación material aludida; horas no trabajadas que si bien estadísticamente se engloban dentro de las motivadas por causas ocasionales como la Incapacidad Temporal realmente responden a un absentismo injustificado.

El objetivo del presente estudio no es analizar detalladamente la institución de Incapacidad Temporal sino buscar una nueva línea de actuación sobre la misma y sobre todas las circunstancias y condiciones que la rodean en su origen y en su desarrollo. Creemos que los aspectos que de la institución han sido hasta ahora modificados, reestructurados o alterados por el legislador han cumplido sus fines y estimamos no puede seguir incidiéndose únicamente sobre los mismos. El tratamiento de la materia debe dar un giro de trescientos sesenta grados respecto de lo que hasta ahora ha venido siendo la línea de actuación de las partes implicadas: legislador, interlocutores sociales, empresario y trabajador y poner la atención en todas aquellas cuestiones que circundando la misma pueden coadyuvar a reducirla, tanto la justificada formal como materialmente como, con más sentido, la injustificada formal y/o materialmente. A este fin se destina el presente estudio.

2. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y MATERIAL

2.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas

Según los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo e Inmigración del acumulado del mes de abril de 2010, el número medio mensual de procesos de Incapacidad Temporal por contingencias profesionales iniciados en dicho período ascendieron a un total de 60.618 siendo por contingencias comunes (sin englobar datos referentes al RETA y al régimen especial de empleados de hogar) de 408.869; cuya incidencia media mensual por cada mil trabajadores protegidos fue de 4,23 en el primer supuesto y de 26,63 en el segundo². Procesos por tanto, todos ellos justificados formal y supuestamente (solo supuestamente) materialmente.

La intervención sobre la situación de Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente no puede rechazarse como medio de reducción del absentismo injustificado en base a la concurrencia de dichas justificaciones, aun-

² Fuente: Datos estadísticos. INSS. www.seg-social.es

que ello pueda parecer contradictorio, y ello por varias razones. En primer lugar, porque como ya adelantábamos, esa justificación formal o material puede decaer a lo largo de la duración del proceso y por tanto se hará necesario acatar en cada momento las medidas oportunas y segundo, porque aun partiendo de esa justificación formal y material se pueden arbitrar medidas que coexistiendo con la misma se traduzcan en una reducción de la ausencia al trabajo, de modo que de ser absoluta pase a ser relativa.

Han sido continuas las diversas modificaciones procedimentales que el legislador ha ido acometiendo sucesivamente con el fin de, a través de los mismos, conseguir una mejora en el control y seguimiento de la situación protegida de Incapacidad Temporal. La última de estas modificaciones se ha llevado a cabo por la LPGE para 2010, Ley 26/2009, de 23 de diciembre (BOE de 24 de diciembre de 2009). La Disposición Final tercera. cuatro de la citada Ley modifica los dos primeros párrafos del apartado a) del número 1 del artículo 128 TRLGSS procediendo a computar la duración de la Incapacidad Temporal por días en lugar de por períodos mensuales, salvando así las diferencias que podían originarse ante una cuestión tan simple como la diferente duración de los períodos mensuales. Se fija la duración máxima de Incapacidad Temporal en trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días, cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta médica por curación, previéndose una prórroga especial por una duración máxima de ciento ochenta días más. Igualmente se omite la referencia en el caso de emisión del alta médica por el INSS a “los efectos previstos en los párrafos siguientes”, resolviendo algunas dudas interpretativas que dicha expresión había originado³ y añadiendo a la causa del alta por dicha entidad gestora, la incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por la misma. Igualmente se modifica el apartado segundo del apartado 1 y los párrafos primero y segundo del apartado 2 del artículo 131 bis del TRLGSS, en el mismo sentido señalado en el supuesto anterior, el cambio a días de la duración en meses hasta ahora establecida.

Con anterioridad la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de PGE para 2006 (BOE del 30) introdujo a través de su Disposición adicional cuadragésima octava varias modificaciones que afectaban fundamentalmente a la asunción de competencias por el INSS en la materia. Modificaciones que continuaron sucediéndose, en lo que a la gestión y procedimiento se refiere, en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE del 5) de medidas en materia de Seguridad Social con la finalidad de “coordinar las actuaciones de los servicios de salud y del INSS y evitar la inseguridad jurídica que provocaba la disparidad de diagnósticos

³ Al respecto, vid. VV.AA. Monográfico sobre reformas en materia de Seguridad Social, *Temas Laborales*, N° 94/2008, Consejería de empleo, CARL, Junta de Andalucía.

de una y otra instancia, estableciendo un procedimiento mediante el cual el interesado pudiera expresar su disconformidad ante la inspección médica con respecto al alta formulada por la entidad gestora. En la nueva redacción que se daba por esta Ley al artículo 128.1 a) TRLGSS se preveía en su último párrafo la necesidad de que, vía desarrollo reglamentario, se regulara la forma de efectuar las comunicaciones previstas en dicho artículo así como la obligación de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y les afecten, ello sin perjuicio de la declaración de carácter general prevista en la Disposición Final de la misma Ley al autorizar al Gobierno para dictar las disposiciones que sean necesarias para la aplicación y desarrollo de dicha Ley.

A este fin responde el RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29), por el que se desarrolla reglamentariamente dicha Ley, en relación con la prestación de Incapacidad Temporal. En su articulado se desarrollan y subsanan algunas de las carencias puestas de manifiesto en la regulación de la Ley⁴.

En primer lugar, en lo concerniente a la comunicación informática por parte de los servicios públicos de salud en el momento del cumplimiento del duodécimo mes de Incapacidad Temporal, cuando asume la competencia en la materia- una vez transcurridos dichos meses- el INSS o el ISM y ello a los efectos, o bien de declarar el alta médica, o bien para reconocer la prórroga de dicha situación o para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente. En este momento, el servicio público de salud, cuando expida el último parte médico de confirmación antes de agotarse los doce meses, comunicará al interesado en el acto del reconocimiento médico que, a partir de dicho momento, corresponde a la entidad gestora competente, el control de su situación, circunstancia que pondrá en conocimiento de esta mediante procedimiento informático. Ello supondrá que a partir de ese momento el servicio público de salud no emitirá parte de confirmación de baja alguno respecto del sujeto en cuestión; debiendo la entidad gestora efectuar las comunicaciones que procedan al interesado, a la empresa, al servicio público de salud y, en su caso, a las entidades colaboradoras y al servicio público de empleo estatal⁵.

En segundo lugar, respecto del procedimiento de disconformidad con el alta emitida por las entidades gestoras, se señala expresamente el día a quo para computar el plazo de cuatro días dentro de los cuales puede el interesado manifestar dicha disconformidad, cual es el de la notificación de la resolución. Disconformidad que deberá formalizarse en el modelo señalado al efecto y que se pondrá a disposición de los interesados en la página web de las entidades. Previéndose asimismo la intercomunicación entre interesado, empresa, entidades gestoras y servicio público de salud. Comunicaciones que se reali-

⁴ Al respecto, vid. VV.AA. Monográfico sobre reformas en materia de Seguridad Social, *Temas Laborales*, Nº 94/2008, op. Cit.

⁵ Artículo 1 RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29).

zarán preferentemente por medios electrónicos, informáticos o telemáticos⁶. En términos similares, con las matizaciones que requiere la intervención de la entidad colaboradora, se regula el procedimiento administrativo de de revisión de altas médicas emitidas por las Mutuas⁷.

Ahora bien, es cierto que las diferentes modificaciones procedimentales y de gestión han ido encaminadas a reducir el fraude en la situación protegida de Incapacidad Temporal en lo concerniente a la posible ausencia de justificación material, no obstante creemos que las modificaciones en esta línea han tocado fondo en cuanto a los efectos deseados respecto de la persecución del absentismo injustificado y la reducción del mismo. Es hora de acometer dicha finalidad desde otras perspectivas y así parece auspiciarse en el documento sobre revisión del Pacto de Toledo presentado por el Gobierno en enero de 2010⁸.

Aunque se pone de relieve que las reformas operadas sobre los procedimientos de gestión han traído aparejado una reducción significativa de los costes indebidos, también se señala el incremento resultante de los trabajadores afectados y protegidos, por lo que quizás es el momento de buscar nuevos mecanismos de control de las diferentes situaciones, de modo que “se aborden los problemas desde una perspectiva integral antes que en un tratamiento más simplista, basado en estrategias antiguas que no ofrecen resultados alentadores”.

Entre estas medidas se enuncian: la intervención de especialista, la definición de estrategias concertadas y el establecimiento de programas concretos acordados entre empresarios y trabajadores para mejorar las condiciones de trabajo, salud y el control de prestaciones en la empresa; incentivar mecanismos de cambio de puesto de trabajo o de Incapacidad parcial, con especial incidencia en los procesos psicosociales y la creación de unidades especializadas.

En lo concerniente a la intervención de especialista, se señala que sería aconsejable se produjera la misma a partir de un período mínimo de tiempo para la continuidad del proceso. Estimándose que en procesos de duración inferior a quince días se mantengan controles específicos, a partir de la baja, para evitar que se genere una cultura, minoritaria pero relevante en el imaginario social, de abuso basado en el descontrol. En la misma línea, se señala la necesidad de contar con unidades, servicios y en general con un incremento de profesionales de la medicina del trabajo que colaborando entre sí y dedicado en exclusiva a ello, aborden el problema en todas las administraciones e instituciones.

Las competencias asumidas por el servicio público de salud en la materia a través de los médicos de familia se muestran, a nuestro juicio, insuficientes en muchos casos. Casos en los que sería más conveniente la intervención de un especialista. La alternativa ofrecida en el documento de revisión del Pacto

⁶ Artículo 3 RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29).

⁷ Artículo 4 RD. 1430/2009, de 11 de septiembre (BOE del 29).

⁸ Documento sobre revisión del Pacto de Toledo, *Relaciones Laborales*, N° 6, 2010.

creemos conjuga adecuadamente ambos mecanismos desde el momento en el que presupone la competencia del médico de familia en el reconocimiento de situaciones de Incapacidad Temporal de duración no superior a quince días. Ello puede suponer su actuación en situaciones que no presentan complicación alguna (por ejemplo, una simple gripe, o un simple trastorno gastrointestinal) que sin embargo transcurrida esa duración media en la que la curación debería haberse producido recomiendan la intervención de un especialista a la hora de valorar dicha dolencia. La implantación de medidas de esta índole puede suponer la reducción de la duración de los procesos de Incapacidad Temporal bien porque quizás esa Incapacidad Temporal formal y materialmente justificada pueda ya devenir a la vista del especialista, injustificada materialmente y por tanto haga decaer esa justificación formal, incluso porque el mismo paciente abandone su interés en ser reconocido por el especialista (pensando en la realidad de una injustificación material) o bien porque la intervención del especialista determine el tratamiento más adecuado que acelere el proceso de curación y recuperación del incapacitado o bien porque estimando previsible que no se va a producir el alta por curación del incapacitado temporalmente, se inste el procedimiento de declaración de Incapacidad Permanente.

Igualmente se propugna la aparición de nuevas figuras tales como la Incapacidad Temporal parcial o la Incapacidad Temporal funcional al señalarse la necesidad de “reflexionar sobre cómo incentivar el cambio de puesto de trabajo ante dificultades adaptativas que están detrás de muchas de las bajas de mayor duración” así como el recurrir a una incapacidad parcial desde el momento en que “puede ser una estrategia... que ayude a disminuir la prolongación de los procesos y a eliminar las frecuentes recidivas” y ello pese a “la desconfianza entre los gestores del sistema por la posibilidad de que se abriera puertas a nuevos usos indebidos” por lo que se propugna su abordaje con sometimiento a concretos controles.

Como se ha señalado, nuestra opinión en cuanto a la adopción de nuevas medidas más allá de las meras modificaciones procedimentales que en ocasiones puntuales pudieran ser necesarias, van por esta línea. La Incapacidad Temporal, tal y como hoy se contempla no responde, no avanza, no ofrece los resultados esperados. En algunos supuestos, quizás en muchos de ellos, el incapacitado temporal puede serlo en términos absolutos en cuanto a las funciones que en el seno de la organización empresarial podría acometer pero también en cuanto al tiempo de trabajo en el que realizar su jornada. Sin embargo en otras ocasiones, la dolencia padecida puede ser compatible bien con el desempeño de otras funciones (presuponiendo siempre su cualificación profesional) o bien con el ejercicio de las inherentes a su categoría profesional pero limitadas en cuanto a su duración. Y creemos que es aquí de nuevo donde juega un papel de suma importancia los equipos de profesionales referidos por el propio documento de revisión y en el que juega un papel importante la em-

presa para conseguir esa “perspectiva de actuación integral” que se propugna superando “estrategias antiguas que no ofrecen resultados alentadores”.

Medidas de esta índole vienen reclamándose desde tiempo atrás y creemos que deben ser abordadas por el legislador en aras de conseguir resultados más beneficiosos para todas las partes implicadas. En primer lugar la reducción de la duración de los procesos, bien de forma absoluta o parcial, supondrá una evidente reducción en el gasto prestacional pero también supondrá una reducción en las horas no trabajadas traduciéndose en una mejora en el ámbito productivo y en el seno de la organización empresarial.

2.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial

No olvidemos que partimos de una situación de Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente en su origen; quiere ello decir que efectivamente concurre una alteración en la salud, una dolencia física o psíquica que limita temporalmente al trabajador para realizar su habitual actividad profesional y ello independientemente de que en un momento determinado pueda pasar a convertirse dicha situación en alguno de los supuestos planteados en los apartados posteriores.

La intervención del empresario en este ámbito es fundamental. Intervención que puede circunscribirse a diferentes ámbitos⁹.

Intervención que en primer lugar deberá ir dirigida a cumplir las obligaciones que en materia de prevención de riesgos laborales establece la normativa al efecto aplicable; de tal modo que la reducción de la materialización de contingencias profesionales lleva sin lugar a dudas una reducción de los procesos de Incapacidad Temporal que se puedan producir. Sin embargo ello, con ser importante no es suficiente; las medidas de intervención deben ir destinadas a conseguir un estado de bienestar de los trabajadores, debe buscarse conseguir la “organización saludable”.

Ya en 1997, la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, puso de manifiesto como en los países del Sur Europa las medidas preventivas estaban mayoritariamente destinadas a la mejora del entorno laboral desde el punto de vista de la seguridad y salud en el trabajo frente a los países del norte de Europa en los que la atención se centraba en el fomento del buen estado de salud y el bienestar de los empleados¹⁰. Ciertamente en nuestro país las medidas responden principalmente a las primeras empezando de manera incipiente a prestarse atención a las segundas.

⁹ Seguiremos a efectos expositivos, los cuatro tipos de intervención referenciados por la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo en el Informe sobre “La prevención del absentismo en el lugar de trabajo”, 1997, p.21.

¹⁰ Informe “La prevención del absentismo en el lugar de trabajo”, Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, 1997, p.21.

Es quizás el momento de, sin abandonar la preocupación prevenciónista iniciada con la Ley de prevención de riesgos laborales, comenzar a trabajar en el segundo aspecto. Entre los factores que contribuyen al absentismo, se identifican los factores relacionados con el trabajo y las condiciones laborales: clima social deteriorado, sistema mal organizado, ruptura del llamado contrato psicológico; situaciones que originan estrés laboral y falta de motivación y que empujan al trabajador fuera de la organización, de ahí su identificación como factores push¹¹. Se hace pues necesario tomar conciencia de dicho ámbito de intervención, teniendo en cuenta y aplicando medidas orientadas a la persona y que ayudan a los empleados a trabajar (y vivir) de manera sana y saludable¹². El propio documento sobre la revisión del Pacto de Toledo recoge una mención expresa a los procesos psicosociales en los que se hace necesario asociar en el diagnóstico y en el tratamiento a los profesionales de la psicología ayudando así a disminuir la larga duración de dichos procesos y a evitar las recaídas en los mismos. Los trastornos mentales ocupan el puesto número cinco entre las causas con mayor incidencia pero se sitúa en los primeros lugares en cuanto a la duración media de los procesos por Incapacidad Temporal, superando en el triple la duración media de días de baja del total de las causas de incapacidad, de ahí la importancia de interaccionar el campo de la salud mental, el ámbito del trabajo y la Incapacidad Temporal¹³.

La organización saludable apuesta por el desarrollo del bienestar físico, psicológico y social de sus miembros; encontrando su sustento en el paradigma de la calidad de la vida laboral (CVL). La CVL se entiende como una forma diferente de ambiente dentro de las organizaciones, la cual se enfoca hacia el desarrollo y crecimiento sano del trabajador, en combinación con el incremento de la eficiencia organizacional. Se reconoce como el trabajo puede tener un efecto significativo sobre el compromiso, la satisfacción y la salud de los empleados, lo que impacta en la productividad y efectividad de la organización¹⁴.

Por tanto, una organización saludable, cuyo paradigma es la CVL supondrá que la misma se preocupe por el equilibrio entre la vida profesional y privada del trabajador y el equilibrio entre las necesidades individuales y de organización. La preocupación por el primero de estos ejes supondrá la adopción de medidas conducentes fundamentalmente a conciliar ambos ámbitos. Puede llamar la atención el hacer referencia a un tema como la conciliación en relación a la Incapacidad Temporal. Sin embargo, es frecuente la recurrencia a situaciones de Incapa-

¹¹ Peiró J. M.; Rodríguez Molina, I y González Morales, M^a GI; *El absentismo laboral; antecedentes; consecuencias y estrategias de mejora*; Umivale; Valencia, 2008, p.127.

¹² Informe "La prevención del absentismo en el lugar de trabajo", Fundación europea..., op. cit; p.20.

¹³ Araña Suárez, S. M, Diagnósticos y prescripciones en salud mental. Atención primaria e incapacidad laboral temporal, FIPROS; M^o de Trabajo e Inmigración, 2008, p.26.

¹⁴ Gimeno Navarro, M. A, (Coord); *Evaluación de las organizaciones saludables. Una propuesta metodológica*, UGT-PV, 2008, p.13 y 17.

cidad Temporal simuladas (lo que nos llevaría al estudio del siguiente apartado) ante la necesidad de atender obligaciones familiares de cuidado para las que no se encuentra amparo ni normativo ni negocial ni empresarial. Una atención específica desde estos ámbitos contribuiría a una minoración de esos supuestos de Incapacidad Temporal recurrentes. En el segundo de los ejes es más directa la relación entre Incapacidad Temporal y organización saludable. Si, como se ha señalado, los trastornos mentales (entre ellos, ansiedad, estrés...) constituyen la quinta causa con mayor incidencia de Incapacidad Temporal, deberá al menos actuarse en el ámbito organizacional de la empresa para reducir dichos trastornos cuando ellos traigan su causa en la organización y minorara así los procesos de Incapacidad Temporal derivados de los mismos.

La actuación del empresario se requiere también en otros ámbitos como por ejemplo, el ámbito de la reincorporación. En este se encuadrarían medidas destinadas a reducir la barrera de la reincorporación y a facilitar la vuelta al trabajo del trabajador enfermo¹⁵, entre las que se ubicarían las nuevas figuras anteriormente citadas de incapacidad funcional e incapacidad temporal parcial. Medidas en las que el papel del empresario es primordial. Si bien es al legislador a quien compete introducirlas en nuestro Ordenamiento Jurídico, será al empresario y a los interlocutores sociales a quienes les corresponda delimitar su ámbito de aplicación en el seno de la organización empresarial. Establecer el correspondiente plan de acogida de dichas medidas identificando puestos de trabajo así como las posibilidades de adaptabilidad de las mismas en los términos indicados (funcionalidad y temporalidad de la jornada)¹⁶.

Junto a estos ámbitos de intervención, hemos por último de hacer referencia a aquél en el que se insertan las medidas propias de procedimiento, y en el que se incluyen las medidas de vigilancia y control. Medidas en las que se ha venido centrando la actuación de nuestro legislador y por ende, del empresario¹⁷.

No hemos de olvidar que partimos del presupuesto de una Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente. Entre las medidas con las que cuenta el empresario en este ámbito de intervención se encuentra la medida de control prevista en el artículo 20.4 ET y medidas de índole similar reconocidas en la negociación colectiva, así como la extinción del contrato por causas objetivas prevista en el artículo 52.d) del ET.

De conformidad con lo previsto en el artículo 20.4 ET, el empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo mediante reconoci-

¹⁵ Informe “La prevención del absentismo en el lugar de trabajo”, Fundación europea..., op.cit; p.28.

¹⁶ Vid. a este respecto nota a pie nº 24.

¹⁷ Informe “La prevención del absentismo en el lugar de trabajo”, Fundación europea..., op.cit; p.20.

miento médico a cargo del personal médico; determinando su negativa, la posibilidad de que el empresario proceda a suspender los derechos económicos que a su cargo pudieran existir por dichas situaciones. La existencia de esta posibilidad reflejada en el ET e incorporada en algunos Convenios Colectivos puede ser en principio conectada con la finalidad de reducción del absentismo injustificado desde el momento en que ante el requerimiento del empleador, el trabajador o bien acepta la misma, en cuyo caso o bien se corrobora la situación de incapacidad temporal justificada formal y materialmente o bien se origina una discrepancia de criterios o bien se niega por parte del trabajador la concurrencia a reconocimiento con las consecuencias negativas señaladas.

Sin entrar a detallar los pros y contras de dicha medida, podemos dudar de la eficacia de la misma en relación a la finalidad que nos ocupa. Téngase en cuenta que la consecuencia negativa inmediata para el trabajador no es otra que la suspensión de determinados derechos económicos, no de la totalidad de los mismos y no en caso de discrepancia sino sólo en el supuesto de su negativa a someterse a dicho reconocimiento. Luego ello puede hacer suponer que ante una posible actuación fraudulenta por parte del trabajador la decisión sea la de someterse a reconocimiento médico a la espera de una posible discrepancia que pueda originar la prevalencia del criterio del ente público o colaborador que ratifique su situación o bien, en caso de negativa, la suspensión solo de determinados derechos económicos. Es más la existencia constante de esta medida en nuestro ET, no ha supuesto, tal y como reflejan los datos, que sea determinante en una reducción del absentismo injustificado.

Por tanto, intervención del empresario sí pero desde otras perspectivas, desde la colaboración con las entidades especializadas en la actuación integral antes reflejada y en la perspectiva preventiva así como en la sancionadora, en los términos que después se analizarán. Pero creemos no es el empresario el llamado a efectuar reconocimiento alguno sobre el trabajador incapacitado al asumir competencias que corresponden a otras entidades en el proceso de Incapacidad Temporal. El mantenimiento de una medida de esta índole no hace sino suscitar posibles dudas sobre la actuación de las entidades gestoras y colaboradoras en el control y seguimiento de la Incapacidad Temporal.

La otra figura referida como posible mecanismo de reducción del absentismo injustificado, partiendo de una Incapacidad Temporal formal y materialmente justificada es la extinción de la relación laboral prevista en el artículo 52 d) ET¹⁸. Es claro que en este supuesto son computadas las faltas de asistencia al trabajo motivadas por esta Incapacidad Temporal (aun justificadas, señala

¹⁸ La D. F tercera del RD. Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, únicamente ha entrado a modificar este precepto a efectos de incluir en la relación de las faltas de asistencia no computables las debidas al disfrute del permiso por paternidad.

el tenor literal del precepto) siempre, eso sí que la situación determinante de la misma sea una enfermedad común o accidente no laboral (si la misma revistiera el carácter de contingencia profesional no procedería a computarse), que la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales- lo que engloba a las entidades gestoras y colaboradoras al efecto, pues en otro caso, no estaríamos ante una Incapacidad Temporal justificada formal y materialmente- y siempre que su duración no fuera superior a veinte días consecutivos, ya que en este último caso no procedería a integrar dicho cómputo¹⁹; teniéndose en cuenta la necesidad de que dichas faltas cumplan los límites temporales previstos en dicho precepto²⁰. Se hace así necesario analizar cuál es, si la hay, la utilidad de la medida para la reducción del absentismo.

Es claro que en una primera aproximación la finalidad de esta figura no es otra que la onerosidad que para el empresario puede derivarse de continuas faltas de asistencia de corta duración e intermitentes en el tiempo, bajo la sospecha de la quizás irreal existencia de justificación de las mismas. Conclusión a la que lleva el que no se computen ciertas faltas en las que la razón alegada parece estar más justificada y acreditada o quizás de casi imposible carácter dudoso: huelga legal, ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones y sin entender por qué, en contingencias comunes de duración superior a veinte días. Afirmación esta sobre las que mostramos nuestra discrepancia en lo que a un control y reducción de absentismo se refiere. Si la sombra del fraude pesa sobre incapacidades temporales justificadas de corta duración derivadas de contingencia común, no entendemos porqué dicha sospecha no alcanza, por ejemplo, a procesos de contingencias profesionales. Un ejemplo más del diferente tratamiento que ocasiona el origen común o profesional de la contingencia. Y ello, cuando tan oneroso puede resultar para el empresario un proceso voluntario y ocasionado de recuperación derivada de contingencia profesional como el corto referido de una contingencia común. No queremos

¹⁹ Así la jurisprudencia viene exigiendo la necesidad de que los veinte días sean consecutivos para que pueda proceder la excepción: STS de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006/8104) y de 23 de enero de 2007 (RJ 2007/1590). STSJ Cataluña 775/2007, de 8 de noviembre (AS 2008/49): “aunque existan varios periodos de baja debidos a la misma enfermedad, cada uno de ellos ha durado menos de veinte días y la suma superaría ese límite pero no serían consecutivos por lo que se está ante la justa causa del 52 d) ET”.

²⁰ Se declara la procedencia del despido “cuando las faltas superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en un periodo de doce meses” (STSJ de Aragón 660/2003, de 9 de junio); cuando habiendo estado de baja en reiteradas ocasiones por diferentes causas, queda probado que el índice de absentismo excedía del 5% (STSJ Aragón 416/2002, de 18 de abril, STSJ de Navarra 5251/2004, de 28 de julio); declarándose la improcedencia si no llega a acreditarse por la empresa el absentismo total de la plantilla (STSJ de Cataluña 2482/2006 de 22 de marzo).

con ello poner en duda la certidumbre que concurre en un accidente de trabajo pero sí en los efectos que sobre el trabajador puede suponer el mismo y que hace que pudiendo ser ficticia motive sin más su no inclusión en este supuesto cuando a lo mejor resulta más gravosa dicha ausencia a efectos productivos u organizativos que las ausencias computables derivadas de una contingencia común. Asimismo el que no se computen los días de Incapacidad Temporal por contingencias comunes si superan los veinte días de duración, es claro que supone un incentivo a la prolongación de la misma desde el momento en el que a favor del trabajador está la opción de prolongar aun innecesariamente la misma más allá de ese límite y así evitar su inclusión en el cómputo a efectos de un despido objetivo por esta causa.

Como instrumento legal en manos del empresario, para poder extinguir el contrato de trabajo en dichos supuestos, la doctrina ya ha puesto de manifiesto la dificultad de mismas individualmente y en relación con el cómputo global de la plantilla.

Pero, ¿puede el empresario extinguir la relación laboral de un trabajador que está enfermo de forma reincidente sin recurrir al artículo 52 d) ET o se estima el mismo discriminatorio en base al inciso final del artículo 14 de la Constitución española, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El TC ha sido claro al respecto en la sentencia 62/2008 de 26 de mayo (RTC 2008/62), al indicar que el estado de salud del trabajador o, más propiamente su enfermedad pueden ser discriminatorios “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”. Lo que no ocurre si la enfermedad incapacita para el trabajo, es decir, si “en la decisión extintiva el factor enfermedad ha sido tenido en cuenta con la perspectiva estrictamente funcional de su efecto incapacitante para el trabajo”. Pudiendo así concluir que “una decisión de despido...basada en la pretendida incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad, o estado de salud, podrá conceptuarse legalmente como procedente o improcedente, en virtud de que se acredite o no la realidad de la causa alegada y de que ésta sea o no efectivamente incapacitante pero no constituye en sí misma una decisión discriminatoria”.

El argumento ofrecido no deja de ser a juicio de la doctrina un argumento discutible y manipulable²¹; calificados por otros como el supuesto más injusto

²¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Despido por enfermedad y discriminación”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2008, p. 65.

del despido sin causa o por una única causa, la enfermedad que padece el trabajador²².

El TJCE se pronuncia en sentido similar al TC en el asunto Chacón Navas contra Eurest Colectividades S.A, C-13/05, a raíz de una cuestión prejudicial planteada²³. La Sra. Chacón, de baja por enfermedad desde el 14 de octubre de 2003, fue despedida con efectos del 31 de mayo de 2004; no estando de acuerdo con el mismo interpone recurso judicial alegando que su despido era nulo por vulnerar la prohibición de desigualdad de trato y de discriminación. El juez remitente pregunta la posible relación, si existiera, entre discapacidad y enfermedad al hilo de determinar si procede o no el amparo en lo previsto en la Directiva 2007/78 del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La respuesta a la cuestión se plantea en los términos de considerar que “un despido por enfermedad sólo puede constituir un acto discriminatorio por motivo de discapacidad, prohibido por la citada Directiva, si la persona afectada puede demostrar que el despido no está motivado por la propia enfermedad, sino por las limitaciones duraderas o permanentes derivadas de la misma”.

Sin entrar a valorar la justicia material o no de la medida, sí queremos poner el énfasis en que los efectos negativos provocados por las ausencias al trabajo es una realidad que no podemos eludir. Evidentemente la concurrencia de una enfermedad crónica en un trabajador, por citar un ejemplo, no debe ser determinante de la extinción de la relación laboral bien por la vía del artículo 52 d) o bien por la vía rápida de la declaración de improcedencia por falta de causa y ello con el abono de la correspondiente indemnización diferenciada únicamente cuantitativamente. Ello porque, como se ha dicho, las trabas para recurrir al primero son evidentes y un obstáculo en el seno de la organización empresarial y porque recurrir al segundo abre la posibilidad al empresario de prescindir del trabajador enfermo sin más obligaciones que las indemnizatorias. Y debe señalarse que, ni uno ni otro coadyuvan a los intereses de ambos.

Quiere con ello ponerse de manifiesto que de nuevo, a nuestro juicio, las medidas legales que continúan estando en nuestro ordenamiento jurídico y que el legislador lleva dejando en barbecho, creemos que durante demasiado tiempo, resultan no ya insuficientes sino incompetentes para la finalidad perseguida. Si realmente una enfermedad justificada y reiterada en un trabajador o en varios de ellos origina problemas organizativos y productivos, busquemos el origen y eliminemos la causa si ello es posible (medidas preventivas como las referidas en los distintos ámbitos de intervención) y si la eliminación de la misma no es posible, arbitremos medidas que permitan conjugar los distintos

²² Serrano Argüello, N., “Trabajadores despedidos por enfermedad. Cuando el derecho se aleja de la justicia”, RGDTS, n° 18, 2008, p.1, www.iustel.com

²³ Conclusiones del Abogado General Sr. L.A. Geelhoed presentadas el 16 de marzo de 2006.

derechos e intereses en juego- derecho a la protección de la salud del trabajador, derecho al trabajo e intereses empresariales- a través de nuevas figuras como la incapacidad funcional o temporal parcial ya señaladas²⁴.

3. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN FORMAL Y JUSTIFICACIÓN MATERIAL SIMULADA

Reconocida una situación de Incapacidad Temporal conforme a los trámites procedimentales establecidos procede la suspensión de las prestaciones básicas del contrato así como, si se reúnen los requisitos al efecto exigidos, la correspondiente prestación económica del sistema de seguridad social y si estuviera prevista, la mejora voluntaria correspondiente. Ahora bien que la situación de Incapacidad Temporal esté formalmente reconocida no viene a significar que concurra realmente la situación determinante de la misma sino única y exclusivamente una apariencia de realidad, una realidad simulada. Situación simulada que o bien puede concurrir desde el inicio del reconocimiento formal de la misma o bien a lo largo de su duración prolongándose entonces ficticiamente la Incapacidad más allá del momento en el que dejó de concurrir la alteración en la salud causa de aquella.

En estos casos de nuevo, poder público y entidades colaboradoras así como empresarios e interlocutores sociales deben desplegar sus actuaciones con el fin de reducir en este caso un absentismo realmente injustificado.

3.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas

El seguimiento de la concurrencia de la justificación material de la Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes alegada se presume garantizada a la misma vez que la justificación formal de la misma, de conformidad con lo previsto en el RD.575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal y en la Orden de 19 de junio de 1997, que lo desarrolla. A tenor de lo dispuesto en estas disposiciones, todo parte médico de baja irá precedido de un reconocimiento médico del trabajador que permita la determinación objetiva de la incapacidad temporal para el trabajo habitual, a cuyo efecto el médico requerirá al trabajador los datos ne-

²⁴ En este sentido llama la atención la introducción negociada de figuras como la “movilidad por disminución de la capacidad para el desempeño de un puesto de trabajo”. Medida en virtud de la cual el servicio médico de empresa puede definir dicha situación, fijando el grado de disminución y el puesto a desempeñar (Artículos 102-105 XV CC Ford España S.L, BOE 10 de mayo 2010)

cesarios que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico (art.1.2 RD). Seguimiento que continua en el momento de emisión del tercer parte de confirmación de baja (y a partir de este momento con una periodicidad de cuatro semanas) al exigirse acompañar al mismo de un informe médico complementario expedido por el facultativo que extienda aquel en el que se recojan las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado, debiendo expresar la duración probable del proceso (1.3 RD). Trimestralmente, desde la fecha de inicio de la baja médica, la inspección médica del servicio público de salud expedirá un informe de control de la incapacidad en el que deberá pronunciarse expresamente sobre todos los extremos que justifiquen, desde el punto de vista médico, la necesidad de mantener el proceso de incapacidad del trabajador (art.1.5 RD).

Medidas estas que se complementan con la posibilidad de que entidades gestoras o mutuas puedan realizar aquellas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y la situación que originaron el derecho a la prestación económica y ello a partir del momento en que les corresponda asumir la gestión del gasto de la misma (art.4 RD). Entre tales medidas se contempla la posibilidad de requerir a los trabajadores para la realización de reconocimientos médicos (art.6 RD y 13 de la Orden). Igualmente se prevé que los actos de comprobación que se lleven a cabo deberán basarse en los datos que fundamenten el parte médico de baja y de confirmación así como en los derivados de ulteriores reconocimientos y dictámenes realizados por los distintos médicos intervinientes en el proceso, poniéndose a disposición de dichos médicos tablas de duraciones medias para distintos procesos patológicos susceptibles de generar incapacidades y tablas sobre el grado de incidencia de estos procesos en las diversas actividades laborales (art.3 RD).

A estos efectos y al amparo de lo previsto en el artículo 8 del RD señalado se han producido diversos convenios específicos y acuerdos de coordinación y cooperación entre el Ministerio de Trabajo y las diversas Comunidades autónomas con el fin primordial de hacer más eficaz el seguimiento y control de la gestión relativa a las situaciones de Incapacidad Temporal²⁵. Partiendo de la creación y dotación de un fondo denominado “Programa de ahorro en Incapacidad Temporal”, destinado a la mejora y control de dicha prestación derivada

²⁵ Entre otros, y a modo de ejemplo, Resolución de 21 de mayo de 2009, de la Secretaría general técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad Valenciana, para el control de la incapacidad temporal durante el periodo 2009 a 2012 (BOE 5 de junio); de la misma fecha y en los mismo términos con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias; en los mismo términos, Resolución de 16 de abril de 2009, de la Secretaria General técnica por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comunidad autónoma de Andalucía (BOE de 29 de abril).

de contingencias comunes al amparo de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre por el que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de autonomía, se establecen los correspondientes planes de actuación para la modernización y mejora de la gestión y control de la Incapacidad Temporal y racionalización del gasto anualmente. Entre las actuaciones previstas se prevé la informatización y transmisión por vía telemática al INSS de los partes de Incapacidad Temporal en plazo y con código de diagnóstico; la emisión de informes médicos y aplicación de duraciones estándar, gestión de propuestas y de intención de alta y gestión de disconformidades; formación e información a los médicos de atención primaria y especialistas y otras actividades como facilitar el acceso a los historiales clínicos. A efectos del seguimiento del cumplimiento de dichos Convenios se instituyen dos órganos: una Comisión central y una subcomisión en cada provincia con representación, en sus respectivos ámbitos, del INSS, los servicios públicos de salud de la Comunidad autónoma en cuestión y de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En la línea de estas medidas y en lo concerniente a la aplicación de duraciones estándares debemos mencionar la elaboración por parte del INSS de un Manual de estándares en la duración de la Incapacidad Temporal, entendiendo en el mismo por “estándares”, el tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado una incapacidad para el trabajo habitual, utilizando las técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad médica y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador²⁶.

El conjunto de actuaciones reseñadas ofrece, a nuestro juicio, un amplio abanico de medidas destinadas al control de esa posible injustificación material de la Incapacidad Temporal desde el momento en el que se arbitran medidas que facilitan el intercambio de datos e información entre las distintas entidades, así por ejemplo, la informatización de los códigos de diagnóstico permite al médico del servicio público de salud tener un seguimiento de los procesos de baja médica del paciente; de tal modo que puede actuar como propio informador a aquel del momento del proceso en el que se encuentra; se insta al cumplimiento de plazos y de objetivos en aras de conseguir los incentivos correspondientes.

A lo expuesto debe unirse que la asunción de competencias por parte del INSS una vez agotados los trescientos sesenta y cinco días iniciales, y que ha supuesto un incremento en la plantilla de médicos adscritos al INSS a fin de

²⁶ *Tiempo estándar de Incapacidad Temporal*, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, INSS, M^o de Trabajo e inmigración, 2009.

poder cumplir con las funciones encomendadas, parecen ir augurando una más eficaz y eficiente gestión y control de la Incapacidad Temporal que sin duda revertirán en una reducción del absentismo injustificado.

Los datos señalan que en el ejercicio 2005, la duración media de los procesos con alta en el período respecto de los asumidos por el INSS derivados de contingencias comunes ascendía a 43,89 días; en el ejercicio 2008, a 45,73 días; en el ejercicio 2009, a 45,87 días. De conformidad con los datos agregados del Sistema (es decir incorporando datos del INSS, ISM y MATEPSS) en el ejercicio 2007, dicha duración media era de 37,58 días frente a 38,57 días en el acumulado al mes de marzo de 2010. Ahora bien, estos datos deben ser analizados en su conjunto y con cautela ya que aunque el tiempo medio de los procesos parezca se incrementa, ello globalmente no tiene porque suponer un efecto negativo sino más bien lo contrario. Debe tenerse en cuenta que los sucesivos controles de IT que se llevan a cabo pueden suponer la eliminación de procesos de corta duración (menos de diez días) en un elevado porcentaje; porcentaje que puede ser menor en los procesos de media duración (entre diez y treinta días) y ser casi nulo en procesos de larga duración (más de treinta días) porque se corrobore la realidad de dichos procesos de IT. Esto supone que si bien la duración media de los procesos puede ser más alta se haya conseguido reducir un importante número de procesos de IT.

Por lo que respecta al número medio mensual de procesos iniciados también se refleja un descenso. Así en el ejercicio 2005 (procesos de Incapacidad Temporal derivados de contingencias comunes gestionados por el INSS), 217,965 procesos; ejercicio 2008, un total de 200,510 procesos; que fueron 174,939 en el ejercicio 2009. Los datos agregados del sistema a partir de 2007, también reflejan dicho descenso al ser en el ejercicio 2007, de 483,011 y de 408.869 en el acumulado a mes de abril de 2010²⁷.

Pero junto a la actuación de seguimiento y control llevada a cabo por estas entidades, la simulación del sustento material de la Incapacidad Temporal encuentra también su tipificación en el TRLISOS como infracción administrativa en el orden social; siendo, por tanto, susceptible de ser sancionada a propuesta de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social. Sujeto responsable será, en este caso, el beneficiario de la prestación. El presupuesto que sirve de base a dicha tipificación y que hace presuponer la simulación no es otro que la presunción de curación derivada de la realización de trabajos por cuenta ajena o propia por parte del beneficiario de la prestación de Incapacidad Temporal.

El artículo 25.1 TRLISOS tipifica como infracción grave efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida. Infracción sanciona-

²⁷ Fuente: Estadísticas. INSS. www.seg-social.es

ble, de conformidad con lo previsto en el artículo 47.1 b) del mismo texto legal con la pérdida de la prestación durante un periodo de tres meses. Conducta infractora que debe de ponerse en conexión con lo previsto en el artículo 132 TRLGSS al indicar que el derecho a la prestación económica por Incapacidad Temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Debiendo matizar en estos casos dicha causa de denegación, anulación o extinción con lo previsto jurisprudencialmente en estos casos al permitir la compatibilidad entre prestación económica por Incapacidad Temporal y trabajo en el caso de pluriactividad y pluriempleo en el que las actividades realizadas fueran perfectamente compatibles con el estado de salud del incapacitado temporalmente para actividad de otra índole²⁸.

3.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial

La actuación del empresario ante una Incapacidad Temporal justificada formal pero no materialmente se reduce, ante las limitaciones puestas de manifiesto del artículo 20.4 de nuestro ET, al ejercicio del poder disciplinario por parte del mismo.

La parquedad de la regulación que del ejercicio de este poder realiza el artículo 58 ET hace necesario acudir a la regulación convencional aplicable con el fin de atender a la tipificación de las faltas disciplinarias que describan conductas de esta índole, así como estar a las sanciones disciplinarias al respecto previstas; y ello sin perjuicio de lo que respecto del despido disciplinario señala el artículo 54 del mismo texto.

Entre las faltas disciplinarias tipificadas en los convenios podemos referirnos a la consideración como falta grave de la enfermedad o accidente simulado; o como muy grave, la simulación comprobada de enfermedad o la realización en situación de baja por enfermedad o accidente de trabajo de cualquier índole de un trabajo por cuenta ajena o propia o la prolongación indebida de la Incapacidad Temporal. Entre las sanciones previstas para las faltas graves, suspensión de empleo y sueldo de dos a diez días; inhabilitación por plazo no superior a un año para el ascenso a categoría superior; cambio de centro de trabajo; pérdida temporal de la categoría hasta un máximo de seis meses. Y para las faltas muy graves: suspensión de empleo y sueldo, variando el número de días en función de lo dispuesto en la regulación convencional; pérdida temporal de la categoría; inhabilitación temporal o definitivamente para ascender a otra categoría superior; inhabilitación temporal o definitiva para el manejo de la caja u otros medios de pago cuando haya sido sancionado por motivos pecu-

²⁸ Entre otras, STSJ Cantabria 283/2007, de 26 de marzo (AS 2007/2079); STSJ de Cataluña 6638/2004, de 1 de octubre (AS 2004/3353); SSTSJ de Asturias 364/2004, de 30 de enero (JUR 2004/471110) y 2235/2003, de 4 de julio.

niario; traslado forzoso a distinta localidad de aquella en que viniera prestando servicios, sin lugar a indemnización ni compensación alguna y el despido²⁹.

Asimismo el empresario, una vez probada la simulación de enfermedad, principalmente por la realización de actividades lúdicas o profesionales incompatibles con la patología determinante de la Incapacidad Temporal y siempre que las mismas revistan el carácter grave y culpable exigible en el artículo 54 ET, podrá extinguir la relación laboral en base al apartado d) del mismo: “transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”. Habiendo sido reiteradamente admitido por los Tribunales la procedencia del despido siempre que hayan concurrido todos los requisitos indicados y apoyando en multitud de ocasiones la prueba de la simulación de la enfermedad en informes y pruebas de detectives privados³⁰.

Pero más allá de las medidas de carácter disciplinario, existen en nuestro marco jurídico determinadas materias que directa o indirectamente relacionadas con la Incapacidad Temporal pueden incidir en la reducción del absentismo injustificado. Nos estamos refiriendo a la relación entre vacaciones e Incapacidad Temporal y al reconocimiento negocial de mejoras voluntarias de la prestación económica derivada de Incapacidad Temporal y a medidas de índole premial, tales como los pluses relacionados con la asistencia al trabajo.

Por lo que concierne a la relación Incapacidad Temporal y vacaciones, señalar que el artículo 38 ET continúa guardando silencio sobre las dos cuestiones más controvertidas en la materia: en primer lugar, el cómputo o no del período en Incapacidad Temporal a efectos de generar derecho a vacaciones y en segundo lugar, los posibles efectos de la concurrencia de ambas situaciones en el tiempo. Dicha laguna legal se ha venido subsanando mediante la aplicación del artículo 5.4 del Convenio 132 OIT el cual no deja de plantear problemas interpretativos desde el mismo momento en el que remite a las condiciones que en cada país se determinen. Ello supone que la negociación colectiva se convierta en un instrumento regulador de las cuestiones suscitadas de modo que

²⁹ A modo de ejemplo señalar que convenios colectivos de reciente publicación siguen en la redacción de la materia lo que viene siendo habitual en este ámbito: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), arts.39-41; II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), arts. 17 y 19; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.260.3, 8 y 9; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art. 29.B 6); I CC de Iris Assistance S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.55.B 3 C); III C.C de Nutricia S.R.L (BOE 2 de junio de 2010), art.57. 3 i) y 58; CC. Pansfood S.A, arts.51.6, 52.9 y 53.

³⁰ A modo de ejemplo, y siguiendo una línea jurisprudencial ya consagrada: STSJ Andalucía 965/2010, de 18 de marzo (JUR 2010/176035); SSTSJ Madrid 138/2010 de 12 febrero (JUR 2010/133970); 1084/2009 de 22 de diciembre (JUR 2010/60217); 1061/2009, de 15 de diciembre (JUR 2010/108392) y 786/2009 de 30 de noviembre (AS 2010/81) ; STSJ Islas Canarias 46/2010, de 28 de enero (JUR 2010/148804); STSJ de Cataluña 513/2010 de 26 de enero (JUR 2010/158885) y 8946/2009, de 4 de diciembre (JUR 2010/85995); STSJ Castilla y León (Burgos) 807/2009 de 22 de diciembre (AS 2010/846).

la forma en que dicha regulación se efectúe podrá suponer una herramienta de lucha contra el absentismo injustificado en mano de los empresarios y de los representantes de los trabajadores. Entre las soluciones introducidas por vía convencional se distinguen³¹: aquellos convenios colectivos que admiten un nuevo señalamiento de vacaciones en el caso en el que la Incapacidad Temporal sea tanto previa como sobrevenida; aquellos otros que niegan dicho efecto y aquellos que optando por una solución intermedia, reconocen la posibilidad de un nuevo señalamiento bien en el caso de Incapacidad previa o bien en el de Incapacidad Temporal sobrevenida; reconocimiento del derecho que a su vez puede tener un carácter general o bien venir limitado por la concurrencia de diversas circunstancias como hospitalización, el tipo de la contingencia o la duración del proceso³².

La otra materia referida es la concerniente al reconocimiento de mejoras voluntarias de la prestación de Incapacidad Temporal. Este reconocimiento ya supone *per se* un efecto contrario al buscado; ahora bien, una vez reconocida como mejora de acción social en convenio colectivo estimamos que la redacción que de las mismas se refleje es crucial a la hora de reducir el absentismo injustificado al ser utilizada más en la índole de la potestad premial que la sancionadora del empresario. Por ejemplo, el reconocimiento de dicha mejora en todo proceso de Incapacidad Temporal iniciado por un trabajador no tendrá la finalidad reductora que se busca, finalidad que creemos sí se consigue en aquellos casos en los que la mejora voluntaria se reconoce durante un período determinado de la Incapacidad Temporal o durante un número limitado de procesos de Incapacidad Temporal al año. Por ello, la redacción que de estas medidas se efectúe en los Convenios colectivos debe ir más allá de un mero mimetismo en la sucesión negocial de aquellos, debiendo las partes implicadas relacionar la redacción que de las mejoras voluntarias se efectúe con el

³¹ Goerlich Peset, J.M^º (Coord), *El tiempo de trabajo en la Negociación colectiva*, Comisión Consultiva nacional de Convenios Colectivos, Informe y estudios, Relaciones Laborales, M^º de Trabajo e Inmigración, 2008, pp.338-339.

³² Así se continúa reflejando en Convenios Colectivos publicados durante el año 2010. A modo de ejemplo: III C.C. Nexans Iberia S.L (BOE 24 de junio), cláusula 7^ª.2: “La Incapacidad Temporal sobrevenida una vez iniciadas las vacaciones no interrumpirá el cómputo de las mismas, salvo caso de hospitalización. En todo caso el período oficial de disfrute finalizará a 31 de diciembre de cada año”; XIV CC de Petróleos del Norte S.A (PETRONOR) (BOE 10 de mayo), artículo 41: “Las vacaciones quedarán interrumpidas en los supuestos de enfermedad, accidente, maternidad y paternidad en los períodos establecidos legalmente como de baja, dando traslado a la empresa, en período hábil, del oportuno parte de baja y los sucesivos informes sobre la misma. Finalizado el período de baja, el trabajador podrá solicitar el disfrute de sus vacaciones pendientes dentro del año natural de su devengo. Si la empresa no accediera a su petición, no le fijara otro período alternativo o, por la duración del período de baja, no fuera posible su disfrute dentro del año natural, tendrá derecho a disfrutar dicho período de vacaciones pendientes en el año siguiente al de su devengo”.

efecto que sobre el trabajador y los procesos de Incapacidad Temporal pueden tener las mismas³³.

Es claro que cualquiera de las medidas reflejadas supondrán un acicate bien económico o de carácter personal para el trabajador a la hora de renunciar a iniciar una situación de Incapacidad Temporal injustificada materialmente o simulada. Por tanto debe de ser este un ámbito añadido de actuación de los interlocutores sociales a los ya indicados con el fin de reducir y frenar el absentismo injustificado, y así parece reflejarse en la reciente redacción de algunos preceptos convencionales³⁴.

La tercera materia referida como coadyuvante a la reducción del absentismo es la inclusión en los Convenios colectivos de pluses que gratifican la asistencia al trabajo y que por tanto supondrán un incentivo añadido para frenar

³³ Así estimamos no responde a la finalidad señalada: XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), artículo 175:” En caso de incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral, la Empresa complementará las prestaciones de la Seguridad Social hasta los siguientes límites: a) En las bajas de duración inferior o igual a tres días, la Empresa garantizará al trabajador el 100% del salario fijo, entendiéndose como tal, el Sueldo Base, Complemento Transitorio, Prima de Productividad y Antigüedad. b) En las bajas de duración superior a tres días, los tres primeros días tendrán el tratamiento del apartado anterior y a partir del cuarto día la Empresa garantizará al trabajador la totalidad de sus ingresos normales. En las bajas de Incapacidad Temporal derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional y maternidad la Empresa garantizará al trabajador desde el primer día la totalidad de sus ingresos normales; o CC Asociación Provinienta (BOE 21 de junio de 2010), artículo 31: “Como complemento a las prestaciones establecidas en la Ley de Seguridad Social, se tendrán en cuenta las siguientes mejoras:1. En las enfermedades sin baja con aviso al empresario, el trabajador percibirá el 100 por 100 de su salario”.

³⁴ A modo de ejemplo: III C.C Nutricia S.R.L (BOE 2 de junio 2010) artículo 39: “En los supuestos de Incapacidad Temporal derivadas de enfermedad común y de accidente de trabajo «in itinere» la empresa complementará la prestación de la Seguridad Social hasta el 100% del salario fijo durante las dos primeras bajas producidas en periodos de 12 meses. A partir de la tercera baja no se realizará por parte de la Empresa complemento alguno. En los supuestos de accidente de trabajo, salvo en los producidos «in itinere» que se regulan en el párrafo anterior y los que se produzcan por incumplimiento grave por parte del trabajador de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, la empresa complementará la prestación de la Seguridad Social hasta el 100% del salario fijo; II C.C de Axion-Red de Banda Ancha de Andalucía (BOE 24 de mayo de 2010), artículo 31: “1. Se complementará la cantidad que abona la Seguridad Social en los porcentajes y supuestos establecidos en la tabla siguiente del salario ocupación y complemento personal:

N.º de bajas	Duración (en días) de la baja		
	≤30	>31	>180
1.ª	100%	95%	90%
2.ª	95%	90%	85%
3.ª o más	Sin complemento		

los procesos simulados de IT. Por ejemplo, plus de asistencia al trabajo³⁵; complemento personal por asistencia³⁶; gratificaciones por asiduidad al trabajo³⁷.

No obstante la existencia de estas medidas de índole específica, debe señalarse que el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012³⁸, no contempla entre sus objetivos primordiales la lucha contra el absentismo; si bien, en la enunciación que de “otras materias” se realiza en la Disposición adicional única de dicho Acuerdo sí se menciona la conveniencia de iniciar un proceso de negociación sobre Absentismo; Incapacidad Temporal y Mutuas.

En esta línea, los Convenios Colectivos han comenzado a reflejar medidas específicas en relación al absentismo. Así se refleja la toma de conciencia de los representantes de trabajadores y empresarios del serio problema que supone el absentismo y el perjuicio que ocasiona para trabajador y empresario; comprometiéndose los representantes de los trabajadores a hacer campaña de concienciación al trabajador sobre el problema. Previéndose la creación de comisiones paritarias para el análisis de las estadísticas del índice de absentismo³⁹; o bien, la adopción de medidas específicas de índole económica como el reparto del 50% de la reducción porcentual de las horas de absentismo proporcionalmente a los trabajadores en función del tiempo real de permanencia en su trabajo⁴⁰.

³⁵ XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), Disposición Transitoria décima: “Se establece un plus de asistencia al trabajo de 56,61 € mensuales. Dicho plus se percibirá siempre que durante el mes no se hayan producido faltas de asistencia al trabajo cualquiera que sea la naturaleza y número de días de la misma. No se considerarán faltas de asistencia, a estos efectos, las situaciones de IT por accidente laboral”.

³⁶ XIV CC de Petróleos del Norte S.A. (PETRONOR) (BOE 10 de mayo 2010): “El personal devengará un complemento salarial de 66,91 € para 2009 por cada mes natural, siempre que acredite haber trabajado todos los días de ese período. Por cada día, completo o parcial, de ausencia al trabajo dentro del período de referencia, cualquiera que sea el motivo de la misma, se descontará de este complemento a razón de 20% el primer día, 15% por cada día segundo, tercero y cuarto, 10% por cada día quinto, sexto y séptimo y 5% por el octavo día. El anterior sistema de descuentos se mantendrá en vigor durante 2009 y 2010 en el supuesto de que el absentismo por enfermedad no supere el índice de 3,5 durante 2008 y 2009 respectivamente. A estos efectos se computará el absentismo motivado por consulta médica, enfermedad sin baja y la enfermedad con baja hasta un tiempo máximo de tres meses. En caso de ser superado en alguno de los años señalados, cualquier ausencia al trabajo que se compute como absentismo ocurrida durante el año siguiente, provocará la pérdida total del complemento.

³⁷ XXIII C.C Repsol Butano (BOE 14 de mayo 2010): Artículo 18: “Con objeto de premiar la asiduidad en el trabajo, se mantiene esta gratificación, cuya cuantía se fija durante el año 2009 en 1,92 euros íntegros diarios para todos aquellos trabajadores que asistan puntualmente al trabajo. Por consiguiente, no se percibirá en ningún caso en que no se cumplan estas condiciones, a excepción de cuando la falta de asistencia sea producida por accidente laboral o enfermedad profesional. Por tanto, no se devengará esta gratificación en los días no laborables ni en los correspondientes a las vacaciones anuales u otras licencias o permisos. Perderán, además, el derecho a la percepción de dicha gratificación aquellos trabajadores que hayan tenido durante el mismo mes tres faltas de asistencia alternas o cinco faltas de puntualidad”.

³⁸ Acuerdo suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. Madrid, 9 de febrero de 2010.

³⁹ XV CC Ford España S.L (BOE 10 de mayo 2010), artículo 51.

⁴⁰ CC. TROX España (BOE 22 de mayo 2010), artículo 33.4.

4. INCAPACIDAD TEMPORAL: JUSTIFICACIÓN MATERIAL E INJUSTIFICACIÓN FORMAL TOTAL O PARCIAL

4.1. Medidas de intervención desde las entidades públicas y colaboradoras implicadas

El cumplimiento de los trámites formales, como requisito *sine quomodo*, para el reconocimiento de la situación de Incapacidad Temporal, de conformidad con lo previsto en el RD. 575/1997, de 18 de abril y en la Orden de 19 de junio de 1997 que lo desarrolla, supone que el incumplimiento de algunos de dichos trámites pueda llevar aparejadas determinadas consecuencias en el ámbito de la relación laboral y en el de la protección social.

Si en este supuesto, partimos de una real situación de incapacidad para asumir el desempeño de la actividad profesional como consecuencia de una alteración en la salud, podríamos pensar que poco o nada tiene que ver con el tema de análisis, la reducción del absentismo injustificado. Sin embargo aquí realmente la injustificación afecta al aspecto formal del proceso y los efectos que de ello se pueden derivar fundamentalmente en el ámbito de la relación laboral y de la protección social, deben compeler al cumplimiento de aquellos.

En el ámbito de la protección social, hemos de tener en cuenta que la continuidad de la situación de Incapacidad Temporal requiere la cumplimentación, en los términos reglamentarios establecidos, de los partes médicos de baja y de confirmación, con los reconocimientos médicos al respecto previstos en cada caso, tal y como se ha señalado en el apartado anterior. El incumplimiento de dichas obligaciones puede considerarse infracción administrativa en el orden social de conformidad con lo establecido en los artículos 24, 25 y 26 TRLISOS.

El artículo 24.2 TRLISOS tipifica como infracción leve el no comparecer previo requerimiento, ante la entidad gestora de las prestaciones en la forma y fecha que se determinen, salvo causa justificada; siendo sancionable dicha falta, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 de dicha Ley, con la pérdida de la prestación durante un mes. El artículo 25.2 TRLISOS tipifica como infracción grave no comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción en la prestación; siendo sancionable, de conformidad con lo previsto en el artículo 47 1 b) con la extinción de la prestación.

No obstante lo señalado, en el supuesto de que la transgresión de las obligaciones afectara al cumplimiento y conservación de los requisitos que dan derecho a la prestación (dentro de los cuales estimamos se ubican estos trámites procedimentales), la entidad gestora podrá suspender cautelarmente la misma hasta que la resolución administrativa sea definitiva (art.47.1 d) TRLISOS).

Por tanto, se tendrá que estar a las circunstancias que determinen la no concurrencia del trabajador incapacitado ante la entidad competente para la confirmación de su situación y a la interrupción de los trámites procedimentales que llegara a producirse, si no existiera causa justificada, a la hora de arbitrar las medidas sancionatorias indicadas.

Con lo anterior quiere ponerse de relieve que sin bien en el ámbito de la relación laboral, los efectos de esta injustificación formal van por otros derroteros, en el ámbito de la protección social y por tanto la pauta que marca el actuar de entidades públicas y colaboradoras es el del ámbito sancionador. Estimamos que es este carácter el suficiente para obligar al cumplimiento de los mismos ya que lo contrario lleva aparejada una importante consecuencia al afectar a una de las consecuencias más importantes para el incapacitado cual es a la vigencia de la prestación de la que es beneficiario, salvándose así a nuestro parecer, el posible incumplimiento de estos trámites y por tanto siendo obvio su carácter coadyuvante al cumplimiento de la justificación formal.

4.2. Medidas de intervención desde el ámbito empresarial

Las posibilidades de actuación del empresario para reducir el absentismo injustificado desde un punto de vista formal y así alejar la sospecha de una posible simulación de enfermedad cuando está concurre efectivamente en el trabajador imposibilitándole para prestar sus servicios, se ciñe de nuevo básicamente en este ámbito al ejercicio del poder disciplinario. Para ello, tendremos que estar a lo establecido en convenio colectivo a la hora de tipificar las faltas disciplinarias y la sanción a imponer, sin perjuicio del despido disciplinario en base a lo establecido en el artículo 54.1 a): “faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”, cuando las mismas revistan el requisito de gravedad y culpabilidad exigido en el mismo.

Las previsiones de la negociación colectiva así como los pronunciamientos de los Tribunales permiten deducir que son dos principalmente las cuestiones litigiosas planteadas en supuestos de injustificación formal y justificación material de la Incapacidad Temporal: la presentación extemporánea o no presentación de los correspondientes partes médicos de baja y la no reincorporación del trabajador tras la expedición del alta médica al estimarse imposibilitado para su prestación de servicios.

Por lo que concierne a lo primero, los convenios continúan en la línea de tipificar como infracción leve dicho incumplimiento. Así, no cursar en tiempo oportuno la baja correspondiente cuando se falte al trabajo por motivo justificado de enfermedad o accidente, a menos que se pruebe la imposibilidad de hacerlo; la omisión del trabajador de hacer llegar aviso a la oficina de personal el día de su primera falta al trabajo por cualquier procedimiento, salvo imposibilidad de efectuarla por sí, o a través de otra persona o no aportar tanto el parte de baja como el de alta médica

en el plazo de tres días hábiles contando el día del hecho causante, salvo causas de fuerza mayor⁴¹. Respecto del segundo, es reiterada la tipificación de las ausencias injustificadas, sin causa justificada como falta leve, grave o muy grave atendiendo al número de las mismas en un período de referencia⁴².

Por su parte la jurisprudencia es clara a la hora de declarar la procedencia del despido fundamentado en el artículo 54.2 a) en aquellos casos en los que, producida el alta médica, el trabajador no se reincorpora a su puesto de trabajo en el plazo establecido⁴³, o bien se produce la inasistencia al trabajo un número de días previsto en el convenio colectivo sancionable con despido y no producirse justificación formal alguna (parte médico de baja) de la enfermedad alegada⁴⁴. Sin embargo se declara la improcedencia en aquellos casos en los que quede prueba manifiesta de la voluntad del trabajador de continuar su relación laboral y se aporte prueba fehaciente de que continúa la imposibilidad real de incorporarse como consecuencia de la continuidad de la enfermedad⁴⁵; o cuando, aun presentándose el parte médico de baja con fecha posterior al primer día de inasistencia, los hechos permiten deducir que el parte debió expedirse el mismo día de consulta médica y no posponerse⁴⁶; o bien que hay prueba que acredita la voluntad del trabajador de reincorporarse en fecha (billete electrónico emitido con fecha para permitir la reincorporación, sin que pudiera realizarse el viaje por motivo de la dolencia acreditada)⁴⁷.

⁴¹ II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), art.16.3; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.258.8; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29.7.

⁴² Leves: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), art. 38.2; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29.4. Graves: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), art.39.2; II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), art.17.2; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.259.5; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29 B 2. Muy graves: CC de la Asociación Provinienta (BOE de 21 de junio de 2010), art.40.2; II CC de Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 21 de junio de 2010), art.18.1; XIX CC de Iberia Líneas Aéreas de España S.A y su personal de tierra (BOE 19 de junio de 2010), art.260.1; CC de pescados PCS S.L (BOE 2 de junio de 2010), art.29 c 3).

⁴³ Entre otras, declaran la procedencia del despido, STSJ de Aragón 130/2010, de 4 de febrero (JUR 2010/184990); STSJ Madrid 673/2009, de 26 de octubre (JUR 2010/109208); STSJ C. Valenciana 2098/2009, de 23 de junio (JUR 2009/376794); STSJ de Cataluña 3426/2009, de 28 de abril (JUR 2009/393274); STSJ Castilla-La Mancha 78/2009, de 21 de enero (JUR 2009/179434); SSTSJ de Extremadura 643/2008, de 4 de diciembre (JUR 2009/103102) y 524/2008, de 18 de noviembre (AS 2009/436); STSJ Andalucía 3335/2008, de 3 de diciembre (AS 2009/788); STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 1693/2008, de 28 de noviembre (JUR 2009/117463).

⁴⁴ SSTSJ de Cataluña 5587/2009, de 13 de julio (JUR 2009/431050) y 5314/2009, de 6 de julio (AS 2009/2613).

⁴⁵ STSJ de Navarra 346/2009, de 30 de diciembre (JUR 2010/127733); STSJ Madrid 373/2009, de 23 de junio (JUR 2009/272013); STSJ de Galicia 4258/2009, de 25 de septiembre (AS 2010/63).

⁴⁶ STSJ Asturias 220/2010, de 22 de enero (JUR 2010/113823).

⁴⁷ STSJ C. Valenciana 2911/2009, de 7 de octubre (JUR 2010/10756).

5. REFLEXIÓN FINAL

La problemática de la falta de asistencia al trabajo como consecuencia de dolencias físicas o psíquicas que temporalmente limitan la capacidad del trabajador para el desempeño de su actividad profesional, real o ficticia, no es una cuestión nueva. Analizada desde todas las perspectivas y más que nada bajo la sospecha del fraude, ha sido y continúa siendo debatida entorno a los mismos parámetros: control y seguimiento procedimental por parte de las entidades gestoras y colaboradoras e intervención del poder disciplinario del lado del empresario. Sin embargo ello con ser adecuado no deja de ser insuficiente y así lo ha puesto de manifiesto la realidad que acontece entorno a la IT.

La adecuación de estas medidas procedimentales y disciplinarias ya ha sido puesta en evidencia al haber las mismas contribuido a una mejora en el seguimiento y control de la situación y por tanto a conseguir desde dicho ámbito una reducción del absentismo.

Dichas medidas resultarán adecuadas y eficaces siempre que sea correcta y eficiente su aplicabilidad, pero ser adecuadas no significa que sean suficientes. De ahí que haya nuevas medidas que crear y aplicar. Medidas que la nueva realidad empresarial, organizacional y laboral está reclamando.

En este orden de medidas se encajan nuevas figuras de Incapacidad temporal, la IT parcial y funcional que permitan reducir un absentismo justificado pasando de ser absoluto a relativo. Todo ello sin olvidar que en el seno de la relación laboral y concretamente en la ausencia al trabajo, el principal protagonista es el trabajador y él debe ser el destinatario principal de medidas que coadyuven a reducir las causas y los motivos que originen dicha ausencia. Papel creemos están llamadas a jugar todas las medidas que se destinan a mejorar la relación trabajo-trabajador buscando conseguir su bienestar en el mismo y conseguir la llamada “calidad de vida laboral”.

Similar finalidad que creemos reconocer a aquellas medidas que se encuadran en la otra cara de la potestad sancionadora del empresario cual es la potestad premial materializada no en castigar al simulador sino en premiar al cumplidor y que como tal pueda jugar un papel reflejo en aquellos. Medidas estas sobre las que parece estar apostando la negociación colectiva más reciente.

En la mejora de las medidas ya existentes y sobre todo, en la adopción de las nuevas, depositamos nuestra esperanza en aras de conseguir una cada vez más eficaz reducción del absentismo en la organización empresarial. Solo su implantación y el paso del tiempo nos dará o quitará la razón.