

El absentismo en el empleo público

Remedios Roqueta Buj

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Absenteeism in public employment

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. JUSTIFICACIÓN DE LAS AUSENCIAS. 2.1. Justificación de los permisos 2.2. Justificación de la incapacidad temporal. 3. CONTROL Y SEGUIMIENTO EMPRESARIAL DE LAS AUSENCIAS LEGALMENTE JUSTIFICADAS O NO. 3.1. Los programas de cumplimiento de la jornada de trabajo debida y de control del absentismo laboral. 3.2. Los mecanismos de control empresarial del absentismo por incapacidad temporal. 3.2.1. Personal funcionario. 3.2.2. Personal laboral. 3.3. Los mecanismos de control empresarial de la simulación de enfermedad 4. TRATAMIENTO RETRIBUTIVO CONVENCIONAL DEL ABSENTISMO LABORAL JUSTIFICADO E INJUSTIFICADO. 4.1. Los complementos salariales antiabsentismo. La negociación colectiva puede prever complementos 4.2. Los complementos de las prestaciones de incapacidad temporal. 5. RÉGIMEN DISCIPLINARIO FRENTE AL ABSENTISMO PRESENCIAL INJUSTIFICADO Y/O LA SIMULACIÓN DE ENFERMEDAD. 6. CONCLUSIONES.

RESUMEN: En el presente estudio se pasa revista a los diversos mecanismos de los que disponen las Administraciones Públicas para verificar la justificación de las ausencias de los empleados públicos, que van desde diferentes mecanismos para controlar el ejercicio de los permisos y las situaciones de incapacidad temporal, medidas específicas relativas al cumplimiento de la jornada, u otros mecanismos más generales como es el régimen disciplinario. La principal conclusión que se extrae es que los mecanismos parecen idóneos y suficientes y que, por tanto, las elevadas de absentismo en el empleo público probablemente tenga más que ver con una cuestión de voluntad aplicativa de los órganos competentes.

Palabras clave: absentismo, empleo público, control de la incapacidad temporal, control de la jornada de trabajo, régimen retributivo, régimen disciplinario.

ABSTRACT: This study reviews the various mechanisms available to public administrations to verify the justification for absences of public employees, ranging from different mechanisms to control the use of leave and situations of temporary incapacity, specific measures relating to compliance with working hours, and other more general mechanisms such as the disciplinary regime. The main conclusion drawn is that the mechanisms appear to be suitable and sufficient and that, therefore, the high levels of absenteeism in public employment are probably more related to a question of the willingness of the competent bodies to enforce them.

Keywords: absenteeism, public employment, control of temporary incapacity, control of working hours, remuneration system, disciplinary system.

1. INTRODUCCIÓN

El absentismo laboral en el empleo público, entendido como las «ausencias de la persona trabajadora al trabajo» comprensivas de las «faltas de puntualidad al trabajo» y de las «faltas de asistencia al trabajo», legalmente justificadas o no, se enmarca dentro de la regulación de la jornada de trabajo de los empleados públicos. Pues bien, en esta materia, el art. 47 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), se limita a señalar que *«las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios públicos»* y que *«la jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial»*. Nos encontramos, por consiguiente, ante una norma de reenvío al poder reglamentario y, por ende, a la autonomía colectiva para la regulación en bloque de la jornada general y de las jornadas especiales de trabajo del personal funcionario, por lo que resultan amplias posibilidades regulatorias para la negociación colectiva. Y así, la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, que ha sido objeto de previa negociación en el seno de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado¹, dicta las instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, hay que estar a lo que dispongan las Leyes reguladoras de la respectiva función pública (art. 6 EBEP), y supletoriamente, a la regulación estatal contenida en la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública.

En fin, para los funcionarios públicos locales la normativa vigente será, de acuerdo con el art. 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), la regulación estatal de la jornada contenida en la Resolución de 28 de

1 STS (CA) de 27 de mayo de 2009 (Rec. 6398/2006).

febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos.

Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, según el art. 51 del EBEP, *«se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente»*. Este precepto, como señala la doctrina jurisprudencial, se rige por un principio de complementariedad, consagrado con carácter general en el art. 7 del EBEP, a cuyo tenor *«el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan»*. De este modo, el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral afectado por la doble regulación laboral y funcionarial ha de alcanzar los mínimos impuestos en ambas legislaciones². Sin embargo, ello no implica la acumulación de derechos fijados para el mismo supuesto de hecho, de suerte que de lo que se trata es de alcanzar el resultado mínimo de la legislación integrada por las normas laborales y por el EBEP, pero no de sumar una y otra normativa cuando incidan sobre un mismo derecho. No obstante, en materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el EBEP, no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho (art. 7 EBEP y DA 22.ª ET).

Entrando en el terreno del absentismo en el empleo público y teniendo en cuenta que sus causas más comunes son las enfermedades y problemas de salud, el estrés y agotamiento laboral, especialmente de aquellos empleados públicos que trabajan atendiendo directamente a los ciudadanos, la falta de motivación y el descontento laboral, y los problemas para conciliar la vida laboral y personal, hay que tratar necesariamente las siguientes cuestiones³: 1.ª) La justificación de las ausencias. 2.ª) El control y seguimiento empresarial de las ausencias legalmente justificadas o no. 3.ª) El tratamiento retributivo convencional del absentismo laboral justificado e injustificado. 4.ª) El régimen disciplinario frente al absentismo laboral injustificado.

2 SSTS (Social) de 29 de junio de 2010 (Rec. 111/2009), 5 de octubre de 2010 (Rec. 113/2009) y 12 de septiembre de 2011 (Recud. 3567/2010). En cambio, la STS (Social) de 26 noviembre 2010 (Rec. 41/2010) considera que *«la única interpretación posible del art. 51 es la de entender que los permisos, licencias y vacaciones del Capítulo V en cuestión se aplicarán o no, según les sea a su vez aplicable o no lo dispuesto en la normativa laboral, pues una y otra se hallan al mismo nivel de obligatoriedad, de forma que, en principio, únicamente les sería de aplicación —supletoria en todo caso— lo dispuesto en el mencionado Capítulo V cuando no hubiera normativa laboral que regulara aquellas materias»*.

3 Cfr. BLAZQUEZ AGUDO, E., «El control del absentismo a través de la negociación colectiva», en AA.VV., *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 373 y ss.

2. JUSTIFICACIÓN DE LAS AUSENCIAS

Los empleados públicos deben registrar *«las ausencias, las faltas de puntualidad y de permanencia {...} en su puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa»* en el sistema de control horario que debe existir en cada centro (apdo. 11.2 Resolución de 28 de febrero de 2019). Estas ausencias *«requerirán el aviso inmediato a la persona responsable de la unidad correspondiente y su ulterior justificación acreditativa»*, que *«se trasladará, de forma inmediata, al órgano competente en materia de recursos humanos»* (apdo. 11.2 Resolución de 28 de febrero de 2019).

Los responsables de las unidades administrativas *«exigirán la justificación oportuna de todas las ausencias y no autorizarán dentro de la jornada laboral aquellas ausencias para asuntos que puedan realizarse fuera de la jornada de trabajo, salvo las que correspondan al cumplimiento de un deber inexcusable»* (apdo. 12.1 Resolución de 28 de febrero de 2019). En el resto de los casos, aun debidamente justificados, y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 8.8 de la presente Resolución, el tiempo de ausencia *«será recuperado dentro de las franjas de horario flexible durante la misma semana en que la ausencia se produzca o, como máximo, en la semana siguiente»*. De lo contrario, la parte de jornada no realizada sin causa justificada *«dará lugar a la deducción proporcional de haberes, dentro de los 3 meses siguientes a la ausencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, modificado por el artículo 102.2 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pudieran, además, en su caso adoptarse»* (apdo. 12.2 Resolución de 28 de febrero de 2019).

Adicionalmente, se establecen expresas exigencias de preaviso y/o justificación para algunos supuestos de ausencias justificadas, singularmente los permisos y la incapacidad temporal.

2.1. Justificación de los permisos

Para que los empleados públicos puedan ausentarse ejercitando el derecho a cualquiera de los permisos que el EBEP y/o el ET les reconoce, deben avisar, en la medida de lo posible, y justificar su falta de asistencia (art. 37.3 ET). El aviso debe producirse con una antelación razonable en función de las circunstancias de cada caso por cualquier medio de comunicación aunque sea informal y la justificación implica la necesaria presentación al empleador, de la correspondiente demostración, posterior a su disfrute, de que se ha utilizado precisamente para la finalidad legalmente prevista⁴. En el caso de que el empleado público no presente la justificación del permiso, se entenderá que se trata de ausencias injustificadas al trabajo.

4 STS (Social) de 2 de octubre de 1989 (Rec. 7090/1989); y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Comentario al art. 48 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público», en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, BIB\2009\5406, pág. 4.

2.2. Justificación de la incapacidad temporal

En relación con las ausencias debidas a enfermedad o incapacidad temporal, que son las causas más importantes de horas no trabajadas, el apartado 11 de la Resolución de 28 de febrero de 2019 distingue los siguientes supuestos de hecho:

- 1.º) En los supuestos de ausencia parcial al puesto de trabajo como consecuencia de la asistencia a consulta, prueba o tratamiento médicos, dicho periodo de tiempo *«se considerará como de trabajo efectivo siempre que la ausencia se limite al tiempo necesario y se justifique documentalmente su asistencia y la hora de la cita»*.
- 2.º) En los casos de ausencia durante la totalidad de la jornada diaria por causa de enfermedad o accidente sin que se haya expedido parte médico de baja, *«deberá darse aviso de esta circunstancia al superior jerárquico de manera inmediata y comportará, en su caso, la reducción de retribuciones prevista en la regulación aplicable a las ausencias al trabajo por causa de enfermedad o accidente que no dé lugar a una situación de incapacidad temporal»*. En todo caso, una vez reincorporado el empleado o la empleada a su puesto, deberá justificar de manera inmediata la concurrencia de la causa de enfermedad.
- 3.º) En el supuesto de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, el *«parte médico acreditativo de la baja»* deberá remitirse al órgano competente en materia de recursos humanos, no más tarde del cuarto día desde que se haya iniciado esta situación. El mencionado parte deberá acreditar la ausencia de cada una de las fechas en que la situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se haya producido, cualquiera que sea su duración⁵. Los sucesivos partes médicos de confirmación de la baja inicial, así como los informes médicos de ratificación, deberán presentarse al órgano competente en materia de recursos humanos correspondiente, como máximo al tercer día hábil siguiente a su expedición. Una vez extendido el parte médico de alta, la incorporación al puesto de trabajo ha de ser el primer día hábil siguiente a su expedición, aportando en ese momento el citado parte al órgano competente en materia de recursos humanos.

No obstante lo anterior, desde el 1 de abril del 2023 los empleados públicos integrados en el Régimen General no deben entregar a su empleador los partes

5 No obstante, una interpretación lógica de la norma puede llevar a una cierta relajación de la literalidad del precepto cuando se demuestra que durante el tiempo a que se refiere la solicitud de la licencia ha existido control por parte de los facultativos de MUFACE y cuando, además, se comprueba una justificación para que no se haya producido la comunicación al órgano de personal competente, siendo desproporcionada la incoación de expediente disciplinario por abandono de servicio [STSJ de Galicia (CA) de 12 de mayo de 2021 (Rec. 52/2021)].

médicos de baja, confirmación y alta, sino que es el Servicio Público de Salud o, en su caso, la mutua quienes los deben remitir al INSS, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición, y el INSS, a su vez, debe comunicar a la entidad empleadora los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los dichos partes, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su recepción en dicho Instituto, para su conocimiento y cumplimiento, en su caso, de lo previsto en el segundo párrafo del art. 7.2 del RD 625/2014, de 18 de julio, en su nueva redacción dada por el RD 1060/2022, de 27 de diciembre. Lo que no significa, sin embargo, que desaparezca la posibilidad de obligar al trabajador a «informar» de la baja médica a la entidad empleadora, a fin de que esta pueda organizar adecuadamente la prestación del servicio⁶.

En cambio, en la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) el médico de la Entidad o del Servicio Público de Salud a que se encuentre adscrito el mutualista debe entregar a este el parte médico inicial, quien a su vez lo debe entregar al órgano de personal competente para expedir la correspondiente licencia no más tarde del cuarto día hábil desde la fecha de inicio de la situación, sin perjuicio de su obligación de comunicar de forma inmediata al órgano en que presta sus servicios las circunstancias que impiden su presencia en el puesto de trabajo (arts. 2 y 3 Orden PRE/1744/2010, de 30 de junio). Asimismo, el mutualista debe presentar ante el órgano de personal los partes de confirmación quincenales en el plazo máximo de tres días hábiles desde la fecha del reconocimiento médico que dio lugar a la expedición del parte de confirmación (art. 5.2 Orden PRE/1744/2010) y el parte médico de alta antes de la finalización del día hábil siguiente al de su expedición (art. 11.2 Orden PRE/1744/2010). Es más, para acceder y permanecer en situación de incapacidad temporal no basta con presentar un parte de baja médica, sino que, además, resulta preceptivo haber obtenido una licencia por enfermedad de acuerdo con el procedimiento establecido en los arts. 19.1 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 (TRSSFCE), 88.1 del RD 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General del Mutualismo Administrativo (RGMA), y 3 y 8 de la Orden PRE/1744/2010⁷.

En caso de incumplirse la obligación de presentación de los justificantes de ausencia o del parte médico de baja en los términos y plazos establecidos en el régimen de Seguridad Social aplicable, se procederá a aplicar la correspondiente deducción proporcional de haberes en los términos previstos en los apartados 11.8 y 12.2 de la Resolución de 28 de febrero de 2019.

6 SAN (Social) de 18 de diciembre de 2023 (Rec. 269/2023).

7 STS (CA) de 24 de marzo de 2021 (Rec. 63/2020).

3. CONTROL Y SEGUIMIENTO EMPRESARIAL DE LAS AUSENCIAS LEGALMENTE JUSTIFICADAS O NO

3.1. Los programas de cumplimiento de la jornada de trabajo debida y de control del absentismo laboral

Para garantizar el efecto útil de los derechos recogidos en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, los Estados miembros deben imponer a los empresarios, incluidas las Administraciones Públicas, la obligación de implantar un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada empleado, ya sea trabajador o funcionario público. Es más, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas queda sujeto a la legislación laboral en todo lo relacionado con el registro diario de la jornada de trabajo, ya que el EBEP no contiene indicación alguna al respecto. Y así, de conformidad con el art. 34.9 del ET, las Administraciones Públicas están obligadas a garantizar el registro diario de jornada de sus trabajadores, mostrando el inicio y fin de la jornada o de cada fracción de la jornada de trabajo —si el horario es partido—, con independencia de que se trate de la jornada ordinaria o extraordinaria o complementaria, regular o irregular, rígida o flexible, los tiempos efectivos de trabajo y las pausas, interrupciones o actividades que, en su caso, no deben formar parte del cómputo de la jornada de trabajo, y las actividades realizadas fuera del centro de trabajo o de la jornada laboral habituales que tengan la consideración de trabajo efectivo. Y, aunque el registro diario de la jornada previsto en la normativa comunitaria y laboral no está ideado específicamente para controlar el cumplimiento de la jornada y el absentismo laboral, lógicamente permite al empresario controlar la presencia de los trabajadores en sus puestos de trabajo.

A mayor abundamiento, la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública, contiene las siguientes previsiones en relación con el control horario de los empleados públicos:

- 1.^a) El art. 11, intitulado «*Justificación de ausencias*», dispone que «*los empleados o empleadas públicos deberán registrar en el sistema de control horario de su centro de trabajo todas las entradas y salidas correspondientes a su modalidad de jornada*» (apartado 1) y que «*las ausencias, las faltas de puntualidad y de permanencia del personal en su puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, deberán ser registradas por los empleados o empleadas públicos que incurran en ellas en el sistema de control horario que debe existir en cada centro*» (apartado 2). Estas ausencias «*requerirán el aviso inmediato a la persona responsable de la unidad correspondiente y su ulterior justificación acreditativa*» y dicha justificación «*se trasladará, de forma inmediata, al órgano competente en materia de recursos humanos*» (apartado 2).
- 2.^a) El art. 12, bajo el título «*Control y seguimiento de la jornada y horario de trabajo*», establece que las personas titulares de las Subsecretarías de los

Departamentos ministeriales, a través de las Inspecciones de Servicios departamentales, así como los demás órganos competentes de las entidades señaladas en el apartado 1 de esta Resolución, *«promoverán programas de cumplimiento de la jornada de trabajo debida y de control del absentismo, adoptando las medidas necesarias para la corrección de incumplimientos e infracciones»* y que, asimismo, *«deberán remitir trimestralmente a la Secretaría de Estado de Función Pública información sistemática sobre el cumplimiento de jornadas y horarios de trabajo y sobre los niveles de absentismo, de acuerdo con los criterios que se determinen por la Comisión Coordinadora de las Inspecciones Generales de Servicios de los Departamentos ministeriales y con el procedimiento que establezca la Dirección General de Gobernanza Pública»* (apartado 3). Por su parte, las Inspecciones de Servicios u otros órganos de control, *«realizarán mensualmente seguimiento tanto de las ausencias no justificadas como de la realización de las correspondientes deducciones proporcionales de haberes»* (apartado 4).

En el ámbito de las Comunidades Autónomas, hay que estar a lo que dispongan las Leyes reguladoras de la respectiva función pública (art. 6 EBEP), y supletoriamente, a la regulación estatal contenida en la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública.

En fin, para los funcionarios públicos locales la normativa vigente será, de acuerdo con el art. 94 de la LBRL, la regulación estatal de jornada contenida en la Resolución de 28 de febrero de 2019, de la Secretaría de Estado de Función Pública.

3.2. Los mecanismos de control empresarial del absentismo por incapacidad temporal

3.2.1. Personal funcionario

En el ámbito de MUFACE, una vez recibido el parte médico inicial o de confirmación de la baja para la situación de IT, el órgano de personal dispondrá lo conveniente en cuanto a la concesión o denegación de la licencia inicial y de sus prórrogas, contando con las posibilidades de asesoramiento médico de las unidades médicas que dependan o presten su colaboración con el citado órgano administrativo y de las Unidades Médicas de Seguimiento de la mutualidad (arts. 90.1 RGMA y 8.1 Orden PRE/1744/2010). Durante la vigencia de la licencia, el órgano de personal podrá solicitar en cualquier momento el asesoramiento médico de las unidades médicas señaladas, o cualquier otro que considere oportuno (art. 8.2 Orden PRE/1744/2010). Si el resultado de estos informes de reconocimiento fuera desfavorable para la continuidad de la licencia o su prórroga, el órgano de personal declarará su extinción y se lo comunicará al mutualista, quien deberá reincorporarse a su puesto de trabajo en el plazo que normativamente corresponde (art. 8.2 Orden PRE/1744/2010).

La concesión o denegación de la licencia inicial o de sus posibles prórrogas pondrá fin a la vía administrativa (art. 90.2 RGMA). Con independencia del derecho a la interposición del recurso procedente, en los casos en los que se deniegue la licencia por existir contradicción entre el parte de baja y el sentido del informe emitido por las unidades médicas que dependan o presten su colaboración con el órgano de personal competente para expedir la licencia, el mutualista *«podrá optar, con comunicación a dicho órgano de personal, por recabar de la Mutualidad General, una valoración del caso por las Unidades Médicas de Seguimiento referidas en el apartado 1.b) anterior»* (art. 90.3 RGMA). El resultado de esta valoración tendrá carácter vinculante para la nueva resolución a dictar por el órgano de personal, la cual, conforme a dicha vinculación, confirmará la denegación de la licencia o revocará la resolución inicial, procediendo a conceder la licencia con la misma fecha de efectos de la resolución revocada (art. 90.3 RGMA). Contra la nueva resolución podrá interponerse el recurso procedente, sin que, en ningún caso, quepa instar una segunda valoración médica (art. 90.3 RGMA).

3.2.2. Personal laboral

El art. 20.4 del ET determina que el empresario puede *«verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico»* y que la negativa del trabajador a dichos reconocimientos puede determinar *«la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones»*. De ahí, que para desvirtuar los documentos de prueba justificativos de la inasistencia por incapacidad temporal, esto es, los partes de baja médica expedidos por los servicios competentes de la Seguridad Social, el empresario puede ejercer su potestad de verificación recurriendo a cuantos medios de prueba sean jurídicamente lícitos, entre ellos los reconocimientos médicos a los que se refiere el precepto transcrito⁸. Pues bien, dicho precepto resulta aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, no así al personal funcionario comprendido en el ámbito de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social —que en este tema en concreto carece de regulación—.

A la luz de la doctrina jurisprudencial y judicial dictada sobre dicho precepto, cabe subrayar lo siguiente:

- 1.^o) La potestad que ese precepto estatutario atribuye al empleador no es sino una manifestación de las distintas facultades de dirección y control de la actividad laboral que le corresponde como titular de la misma, conforme a las reglas generales del art. 20 del ET en cuyo ámbito se enmarca, sin otras limitaciones diferentes a las que de ordinario se desprenden de las exigencias de la buena fe y el respeto a la consideración debida a la dignidad del traba-

8 STSJ de Cataluña (Social) de 28 de junio de 2018 (Rec. 1694/2018).

jador, y de las que eventualmente puedan haberse negociado⁹. Y, aunque el art. 20.4 del ET no lo establezca expresamente, cabe aplicar las cautelas que establece el art. 22.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), respecto de los reconocimientos médicos en materia de prevención de riesgos laborales y, por tanto, considerar que la verificación del estado de salud del trabajador debe llevarse a cabo respetando siempre su derecho a la integridad física, a la intimidad y a la dignidad y, sobre todo, que la información que se recabe está sujeta a un elevado grado de confidencialidad para evitar que los datos puedan ser usados con fines discriminatorios, reservando su conocimiento al personal médico y a las autoridades sanitarias, por lo que el empresario y los órganos competentes sólo serán informados de las conclusiones en relación con la aptitud del trabajador para trabajar y sus expectativas de recuperación¹⁰.

- 2.º) En cualquier caso, la facultad empresarial a que alude el art. 20.4 del ET se corresponde con la dirección y control de la actividad laboral y no tiene otra finalidad que supervisar la justificación de las faltas de asistencia al trabajo, lo que impide la mimética traslación de las reglas que regulan la prestación de la incapacidad temporal con carácter supletorio. Por ello, el hecho de que el empresario no encomiende el reconocimiento médico del trabajador en situación de IT a los servicios médicos de la Seguridad Social o de la Mutua¹¹ o

- 9 STS (Social) de 25 de enero de 2018 (Rec. 249/2016). El quinto y último motivo del recurso denuncia que la actuación empresarial excede los límites del art. 20.4 del ET y vulnera el derecho a la intimidad del trabajador y confidencialidad de los datos médicos, porque la empresa subcontratada emite periódicamente unos informes en los que aparecen una serie de datos estadísticos sobre jornadas ausentes, clasificación por tipo de tipología y porcentajes de absentismo, en los que omite sin embargo el análisis de la justificación de las ausencias, lo que sería contrario al art. 27.2 del Código de Deontología Médica. Pretensión que no puede ser estimada, según la STS de 25 de enero de 2018, porque no consta en los hechos probados el menor indicio del que pudiere desprenderse que el contenido de tales informes recoja elementos específicos que afecten a la intimidad de los trabajadores o a la confidencialidad de los datos médicos. Bien al contrario, se declara probado que tales informes son un estudio estadístico sobre absentismo y que se limitan a reflejar el porcentaje de trabajadores afectados por diversas patologías, sin que aparezcan datos individualizados que permitan la identificación de los afectados, por lo que no se produce una violación del secreto profesional a que se refiere el art. 27 del Código de Deontología Médica invocado en el recurso, y en cuyo apartado sexto se permite expresamente que el médico pueda colaborar en la elaboración de estudios epidemiológicos, económicos, de gestión, etc., con la condición de que la información en ellos utilizada no permita identificar, ni directa ni indirectamente, a ningún paciente. Y esto último es lo que así acontece en el caso de autos, en el que ningún dato de identificación personal aparece en los informes que los servicios médicos de la empresa subcontratada remiten a la principal, para la que es perfectamente legítimo encargar ese tipo de estudios que contribuye sin duda a la mejor gestión empresarial sin invadir derechos de los trabajadores.
- 10 Cfr. GALA DURÁN, C., «Los reconocimientos médicos obligatorios vinculados a los riesgos laborales: alcance y responsabilidades», *La Administración Práctica*, núm. 7, 2016, págs. 14 y ss.; y PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. «Vigilancia de la salud laboral y protección de datos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 138, 2018, págs. 163-186.
- 11 STS (Social) de 25 de enero de 2018 (Rec. 249/2016) y SAN (Social) de 20 de enero de 2020 (Rec. 251/2019). El control del absentismo por parte de la empresa demandada encargado a una empresa

que active el protocolo inmediatamente después de que se produzca la falta de asistencia al trabajo no vulnera dicho precepto estatutario¹².

- 3.º) Ante la ausencia en la norma de requisitos particulares que deba reunir el personal médico, el empresario tiene libertad para designar el personal encargado de realizar el reconocimiento, que puede ser cualquier médico que ejerza la profesión médica y esté dado de alta en el colegio profesional, o encargar la realización de los reconocimientos a una empresa dedicada a la gestión y control del absentismo laboral¹³.
- 4.º) El art. 20.4 del ET tampoco establece como deba realizarse el reconocimiento por parte de los servicios médicos designados por la empresa, y siendo que su finalidad no es asistencial sino exclusivamente de control y justificación de la inasistencia al trabajo, corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada en el ejercicio de esa facultad de dirección y organización de la actividad laboral, una vez más, con respeto de los derechos de los trabajadores y dentro de los límites que ya hemos reseñado anteriormente¹⁴. Si la entidad empleadoras opta por efectuar un reconocimiento de bajo perfil, sin exigir el parte de baja médica ni tampoco la práctica de ninguna prueba diagnóstica, no vulnera ningún derecho del trabajador, en tanto se trata de una actuación que está exclusivamente dirigida a verificar su estado de salud como justificación de la inasistencia al trabajo y de la que tan solo pueden desprenderse consecuencias perjudiciales para la misma, que serán menores en tanto menor sea el nivel de injerencia y control empresarial. Ciertamente, en este contexto prevalecerá sin ningún género de dudas el carácter determinante y vinculante del parte de baja médica expedido por los servicios competentes, en el que se declara la situación de incapacidad temporal del trabajador.
- 5.º) Los gastos de desplazamiento para los reconocimientos médicos de los trabajadores en situación de IT, a instancias de la empresa, y a efectos del

subcontratada se enmarca dentro de las facultades empresariales, no estando obligada a requerir la aprobación de la medida por la representación legal de los trabajadores [SAN (Social) de 13 de febrero de 2019 (Rec. 333/2018)]. Por otra parte, el hecho de que tal verificación sea realizada por una empresa externa contratada a tal fin no supone la vulneración del derecho del trabajador a la protección de datos, pues la solicitud de que el trabajador citado aporte los informes médicos y pruebas diagnósticas sobre el proceso de la baja o de bajas anteriores, aparte de que no se efectúa en términos obligatorios sino voluntarios, resulta ser instrumental a la legítima finalidad de verificar el estado de salud del trabajador, y a mayor abundamiento, esos datos podrían ser necesarios para la ejecución del contrato de trabajo, en particular para la justificación de la decisión empresarial de suspender el abono del complemento de IT ante la negativa del trabajador a someterse a estos reconocimientos [SSTSJ del Principado de Asturias (Social) de 10 de mayo de 2022 (Rec. 709/2022) y del País Vasco (Social) de 15 de diciembre de 2022 (Rec. 1556/2022)].

12 STS (Social) de 25 de enero de 2018 (Rec. 249/2016).

13 GÓMEZ CABALLERO, P., «Las facultades de control del estado de salud del trabajador», *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 150, 2019, pág. 219.

14 STS (Social) de 25 de enero de 2018 (Rec. 249/2016).

control del absentismo laboral, han de ser abonados por esta, teniendo en cuenta que la sumisión al control empresarial no puede comportar asunción de desembolsos para acudir a unas visitas médicas presenciales y que la principal beneficiada con el control establecido es la propia empresa, siendo incoherente que no corra con todos los gastos del mecanismo implantado al efecto¹⁵.

- 6.º) La negativa del trabajador a someterse al reconocimiento médico o al tratamiento de sus datos personales de carácter médico, que debe ser explícita y no dejar lugar a duda alguna, no genera incumplimiento laboral alguno que pueda servir como base de causa alguna de despido ni de sanción disciplinaria, al margen de la «*suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario*», esto es, de las mejoras voluntarias de los subsidios de IT¹⁶, pero no de los subsidios por IT de la Seguridad Social, ni siquiera de los subsidios que por ley debe asumir el empresario en régimen de pago delegado o de responsabilidad directa¹⁷. Recuérdesse que la potestad de verificación que se atribuye al empresario opera al margen del control institucional de las bajas por incapacidad temporal de la persona trabajadora que se ejerce por los Servicios Públicos de Salud (arts. 2.3 y 4.1 y 2 RD 625/2014, de 18 de julio) y por las Entidades Gestoras (INSS) y Colaboradoras (Mutuas patronales de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) de la Seguridad Social (arts. 8 y 9 RD 625/2014, de 18 de julio)¹⁸.
- 7.º) La verificación de que el estado de salud del trabajador no es impeditivo para asistir al trabajo abre la puerta a la posibilidad de sancionar con el despido la inasistencia al trabajo. No obstante, el empleador, antes de tomar esta

15 STS (Social) de 24 de noviembre de 2020 (Rec. 64/2019) y STSJ de Galicia (Social) de 16 de mayo de 2024 (Rec. 1800/2023).

16 SSTSJ de Cataluña (Social) de 28 de junio de 2018 (Rec. 1694/2018) y 15 de marzo de 2023 (Rec. 4713/2022); y del País Vasco (Social) de 18 de junio de 2024 (Rec. 889/2024) y 13 de febrero de 2025 (Rec. 2019/2024); y SJS núm. 6 de Oviedo de 8 de julio de 2024 (Rec. 396/2024). En el presente supuesto, como así se destaca en el relato de hechos probados, nos describe una actitud pasiva de la trabajadora no dando dato alguno sobre información de diagnóstico, tratamiento y evolución, ello al margen de que diera autorización para la exploración, pero esta sería irrelevante ante la falta de elementos del diagnóstico y pautas médicas, piénsese, como ejemplo, en que la actora que padezca una patología de cadera u otra osteoarticular, y los servicios médicos de comprobación verificaran el estado cardiológico de la trabajadora, evidentemente destacarían su normalidad. Por tanto, resulta esencial que para el elemento de verificación del estado de enfermedad de la trabajadora los servicios médicos conozcan el diagnóstico, para una vez esto llevar a cabo la verificación. Dicho ello y ante el incumplimiento señalado de la recurrente, la empresa se encontraba legitimada para la suspensión y pérdida del complemento, como tampoco se la resarza en los gastos por el desplazamiento y es que va unido a la verificación y esta ante la pasividad de la trabajadora no se llevó a cabo [STSJ del País Vasco (Social) de 15 de diciembre de 2022 (Rec. 1556/2022)].

17 GÓMEZ CABALLERO, P., «Las facultades de control del estado de salud del trabajador», cit., pág. 223.

18 Por todos, JIMÉNEZ GALINDO, J.F. y ROMAY LÓPEZ, R., *Gestión del absentismo por incapacidad temporal*, Dykinson, Madrid, 2005; PURCALLA BONILLA, M.A., «Incapacidad temporal, vigilancia de la salud y absentismo laboral», en AA.VV., *La gestión del absentismo laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 417 y ss.

decisión, debe tener muy en cuenta que, de existir contradicción entre los informes (diagnósticos y tratamientos) del médico de la empresa y del facultativo del Servicio Público de Salud, prevalecen los de este último, salvo que su contenido quede desvirtuado o destruido por un informe de mayor rigor técnico y de superior categoría científica¹⁹. En cualquier caso, el empresario podrá o bien informar a la Inspección Sanitaria del Servicio Público de Salud correspondiente, instándola a que verifique el estado de salud de la persona trabajadora durante la situación de incapacidad temporal, o bien denunciar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aquellas actuaciones de las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal que entienda pueden ser consideradas como infracciones del orden social²⁰.

Los arts. 87 a 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), regulan el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales, la intimidad informática frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización y el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral. Esta regulación se aplica a los trabajadores y empleados públicos, formando parte de la legislación laboral y de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (DF 2.ª LOPD) y tiene carácter mínimo respecto de la autonomía colectiva (art. 91 LOPD). Finalmente, las DD.FF. 13.ª y 14.ª de la LOPD añaden un nuevo art. 20 bis al ET y una nueva letra j bis) en el art. 14 del EBEP en los que se reconoce a los trabajadores y empleados públicos el derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso empresarial de dispositivos de videovigilancia y geolocalización.

Las empresas pueden controlar la simulación de la incapacidad temporal de las personas trabajadoras mediante el envío de «visitadores médicos» a su domicilio o recurriendo a los detectives privados, para que controlen la conducta de las personas trabajadoras durante la situación de incapacidad temporal. En cualquiera de los casos, deberá respetarse el derecho a la intimidad de las personas trabajadoras (art. 18 de la CE), la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

De esta manera, los límites que los detectives privados deberán respetar en su actuación serán básicamente los siguientes:

- 1.º) Los servicios de investigación privada se ejecutarán con respeto a los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art. 48.6

19 JOVER RAMÍREZ, C., «Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado», *Temas Laborales*, núm. 106, 2010, pág. 50.

20 En este sentido, se expresa SALA FRANCO, T., «El absentismo laboral en España y propuestas antiabsentismo desde el punto de vista legal», *Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, núm. 1, 2011, pág. 282. Según GÓMEZ CABALLERO, P., «Las facultades de control del estado de salud del trabajador», cit., pág. 220, de existir discrepancia el empresario podrá pedir la revisión de la situación del trabajador a la Inspección de Servicios Sanitarios.

Ley 5/2014). Ciertamente, los empleadores no disponen de una patente de corso para interferir en el derecho a la intimidad de los trabajadores y empleados públicos sirviéndose de los detectives privados y las nuevas tecnologías. Por consiguiente, la medida de control ha de estar justificada (verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleados públicos cuando existen sospechas de simulación de enfermedad) y superar el «test de proporcionalidad» (triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad). En cualquier caso, el art. 48.1.a) de la Ley 5/2014 concibe los «domicilios o lugares reservados» como unos ámbitos inmunes a las labores de investigación de los detectives privados con vistas a la obtención y aportación de pruebas en el ámbito laboral. Y el jardín del domicilio es un espacio que ha de incluirse, a los efectos que aquí importan, en el concepto de domicilio del trabajador o, al menos, de esos otros lugares reservados a que se refiere el art. 48 de la Ley 5/2014, a no ser que sea visible para cualquiera que pudiera pasar por su proximidad ni tenga muros, setos o vallas de cualquier naturaleza que dificulten la visibilidad desde el exterior²¹. En ningún caso «se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados, ni podrán utilizarse en este tipo de servicios medios personales, materiales o técnicos de tal forma que atenten contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos» (art. 48.3 Ley 5/2014). Y así, por ejemplo, el detective privado no puede instalar un localizador GPS en el vehículo privado del empleado para proceder a su seguimiento²².

- 2.º) Los informes realizados por los servicios de investigación privada tienen carácter reservado y los datos obtenidos a través de las investigaciones solo se podrán poner a disposición del cliente o, en su caso, de los órganos judiciales y policiales (art. 49.5 Ley 5/2014). Los detectives privados están obligados a guardar reserva sobre las investigaciones que realicen, y no pueden facilitar datos o informaciones sobre estas más que a las personas que se las encomendaron y a los órganos judiciales y policiales competentes para el ejercicio de sus funciones (art. 50.1 Ley 5/2014). Solo mediante requerimiento judicial o solicitud policial relacionada con el ejercicio de sus funciones en el curso de una investigación criminal o de un procedimiento sancionador se podrá acceder al contenido de las investigaciones realizadas por los detectives privados (art. 50.2 de la Ley 5/2014).
- 3.º) El informe de los detectives, de habitual utilización ya y, en ocasiones, instrumento dotado de exclusividad para el eficaz control por el empresario del exacto cumplimiento de los deberes exigibles al trabajador no constituye, sin

21 STS (Social) de 25 de mayo de 2023 (Rec. 2339/2022).

22 STS (Social) de 21 de junio de 2012 (Rec. 2194/2011).

embargo, modalidad fedataria alguna susceptible de conformar una prueba documental con garantía pública²³. En este sentido es de señalar, reiterando un criterio unánimemente compartido por la doctrina y la jurisprudencia laborales, que dicha prueba no merece, sino, el calificativo de testifical (testifical impropia), que solo adquiere todo su valor con la ratificación en juicio, quedando su valoración a la libre apreciación del juzgador. El valor probatorio de dicha prueba no tiene, por tanto, una especial singularidad, en función de la cualificación profesional de quien la produce, sino que queda sometida al régimen general de valoración conforme a las reglas de la sana crítica, que prevé la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con todo el conjunto de pruebas practicadas en juicio. Lógicamente, el testimonio emitido por los detectives privados tiene, en favor de su veracidad, no sólo la garantía de profesionalidad exigible y, en principio, presumible en una profesión, reglamentada legalmente, sino también la que, de modo innegable, proporciona la precisa y continuada dedicación al objeto del ulterior testimonio a emitir y las complementarias acreditaciones, gráficas o sonoras, de que, este último, suele ir acompañado. Ello no obsta, obviamente, a la neutralización de dicho medio probatorio por otro u otros, de superior o idéntico valor justificativo, obrantes en los autos, verbigracia, los informes médicos y las resoluciones de la Seguridad Social sobre el estado de baja médica por incapacidad temporal del trabajador²⁴.

4. TRATAMIENTO RETRIBUTIVO CONVENCIONAL DEL ABSENTISMO LABORAL JUSTIFICADO E INJUSTIFICADO

Junto a los mecanismos legales de control y sanción del absentismo injustificado, es posible concebir mecanismos de perfil más bajo, dirigidos a combatir el absentismo mediante el incentivo a la efectiva presencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo. Podemos pensar en este sentido en complementos salariales o mejoras de otro tipo —por ejemplo, complementos de las prestaciones de incapacidad temporal—, previstos en la negociación colectiva²⁵.

23 SSTs (Social) de 1 de diciembre de 1986 (RJ/1986), 20 de abril de 1988 (RJ/3001), 6 de noviembre de 1990 (RJ/8552) o 15 de octubre de 2014 (Rec. 1654/2013).

24 La UPV no puede ignorar las resoluciones del sistema de Seguridad Social, ni pretender dejarlas sin efecto por el hecho de comprobar a través del informe y las grabaciones del detective privado que en el tramo final de la baja el profesor acudiese a sus clínicas privadas; en consecuencia, difícilmente puede sostenerse un abandono del servicio, existiendo autorización para no prestarlo, la baja por incapacidad debidamente gestionada por la Administración competente, que la UPV no puede desconocer [STSJ del País Vasco (CA) de 5 de junio de 2009 (Rec. 828/2006)].

25 Por todos, GOERLICH PESET, J.M.³, «El tratamiento retributivo del absentismo», en AA.VV., *XLI Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales: Necesidades empresariales y tutelas laborales*, Sevilla, 2024, págs. 239-262.

4.1. Los complementos salariales antiabsentismo

La negociación colectiva puede prever complementos salariales antiabsentismo, ya que los mismos encajan perfectamente dentro de las retribuciones complementarias previstas en los arts. 24.c) del EBEP o 23.3.c) de la LMRFP y de los complementos salariales que toman en consideración las circunstancias relativas «*al trabajo realizado*» previstos en el art. 26.3 del ET.

Al respecto, cabe subrayar lo siguiente:

- 1.º) A efectos de combatir el absentismo laboral, los interlocutores sociales pueden incentivar pecuniariamente la asistencia, puntualidad y permanencia en el trabajo a través de los correspondientes complementos²⁶. Aunque los pluses de absentismo y de asistencia introducidos en el mismo convenio colectivo cumplan la misma finalidad de premiar la asistencia y reducir el absentismo, si las características y circunstancias de las que depende la percepción del uno o del otro no son las mismas, no son complementos homogéneos ni tienen la misma naturaleza a los efectos de su compatibilidad o incompatibilidad²⁷.
- 2.º) Las faltas relacionadas con el ejercicio de derechos fundamentales, como el derecho a participar en los asuntos públicos ex art. 23.1 de la CE²⁸ o el derecho a la huelga, no pueden computarse como faltas laborales de asistencia, disminuyendo la retribución por asistencia del trabajador²⁹. Asimismo, para salvaguardar la integridad del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, no se pueden computar como ausencias ni las bajas maternales o por riesgo durante el embarazo³⁰, ni las bajas por paternidad, adopción o acogimiento³¹, ni las ausencias o reducciones de jornada por lactancia³². Y, en relación con el resto de las licencias y permisos habrá que estar a lo que disponga la negociación colectiva, salvo que se aprecie discriminación por razón de sexo, por tratarse de ausencias del puesto de trabajo por situaciones que tienen mayor impacto en el colectivo de las mujeres³³.

Hasta la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, se ha admitido por la doctrina jurisprudencial que los incentivos se calculen teniendo en cuenta los días efectivamente trabajados

26 Vid., sobre los mismos, SSTs (Social) 10 de diciembre de 1993 (Rec. 3015/1992), 27 de diciembre de 1993 (Rec. 2975/1992), 19 de octubre de 1994 (Rec. 1162/1993) y 5 de mayo de 1997 (Rec. 3310/1996).

27 STS (Social) de 26 de enero de 2012 (Rec. 51/2011).

28 STC 189/1993, de 14 de junio de 1993 (Rec. 968/1990).

29 Cfr. STC 189/1993, de 14 de junio de 1993 (Rec. 968/1990); y STS (Social) de 27 de diciembre de 1993 (JUR/4914).

30 SSTs (Social) de 10 de enero de 2017 (Rec. 283/2015) y 16 de julio de 2019 (Rec. 69/2018).

31 STS (Social) de 16 de julio de 2019 (Rec. 69/2018) y 23 de septiembre de 2020 (Rec. 70/2019).

32 STS (Social) de 9 de diciembre de 2009 (Rec. 8/2008).

33 STS (Social) de 3 de diciembre de 2019 (Rec. 141/2018).

y los días en los que los empleados disfrutaran de permisos legal o convencionalmente reconocidos, sean retribuidos o no retribuidos, o se encuentran en situaciones de incapacidad temporal ya sea por contingencia común o profesional³⁴. Sin embargo, tras la entrada en vigor de esta disposición legal se constata un giro en la doctrina jurisprudencial. En este sentido, la STS de 20 de enero de 2025 (Rec. 99/2024) señala que *«se debe combatir el absentismo sin vulnerar la Constitución; ni la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; ni la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»*. Lo que significa que las ausencias que pueden computarse a estos efectos *«no pueden estar causadas ni por enfermedad, ni por las citadas medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, ni tampoco deben causar discriminación por asociación»*. Sí que podrán computarse *«las ausencias injustificadas, así como las ausencias debidas a permisos que no constituyan una discriminación prohibida»* (verbigracia, las ausencias por cambio de domicilio habitual o para concurrir a exámenes, en la medida en que no causen discriminación). En cualquier caso, no procede declarar la nulidad del precepto convencional que regula el incentivo de mejora incurriendo en discriminación, porque es lícito establecer un plus salarial para combatir el absentismo que tenga en cuenta las ausencias al trabajo no justificadas o que no constituyan uno de los factores de discriminación prohibidos, sin perjuicio de que, al interpretar y aplicar dicho precepto, además de las ausencias que se mencionan expresamente en el convenio colectivo (permisos por fallecimiento de cónyuge...) se excluyan también las que son discriminatorias.

- 3.º) El plus de asistencia no retribuye una mayor cantidad de trabajo, sino la asistencia al trabajo, por lo que los trabajadores tienen derecho a percibirlo íntegramente, independientemente de que su contrato sea a tiempo completo o a tiempo parcial³⁵. Asimismo, como el complemento de asistencia y puntualidad regulado en el convenio colectivo de referencia tiene por finalidad incentivar la asistencia y el cumplimiento del horario, no dependiendo, por tanto, del tiempo trabajado, ni de la mayor o menor jornada realizada por la persona trabajadora, no está justificada su reducción en función de que la persona trabajadora tenga jornada reducida por guarda legal³⁶. En cambio, tratándose de trabajadores afectados por un ERTE por reducción de jornada, no procede el abono del plus de asistencia en su integridad, siendo conforme a Derecho su abono en la parte que no se incluye en la prestación de desempleo, pues lo contrario supondría el enriquecimiento injusto del trabajador³⁷.

34 STS (Social) de 24 de septiembre de 2018 (Rec. 180/2017). Cfr. la STS (Social) de 13 de febrero de 2024 (Rec. 171/2021).

35 STS (Social) de 10 de noviembre de 2017 (Rec. 188/2016).

36 SSTs (Social) de 4 de octubre de 2022 (Rec. 574/2019) y de 17 de julio de 2024 (Rec. 851/2022).

37 STS (Social) de 18 de octubre de 2023 (Rec. 130/2021).

- 4.º) En relación con el plus de asistencia, la STS de 19 de octubre de 1994 (Rec. 1162/1993), estima que, a pesar de que éste se haya configurado de manera que se perciba por día efectivamente trabajado, ello no supone que sea un complemento retributivo excepcional sino que constituye un complemento por trabajo en jornada normal, concretamente un complemento salarial por calidad o cantidad de trabajo, y, por ello, reconoce el derecho de los trabajadores afectados por el convenio colectivo de referencia a percibir la retribución del período de vacaciones conforme al promedio de lo obtenido en el año anterior en jornada normal por devengos de periodicidad mensual, incluyendo dicho plus³⁸.

4.2. Los complementos de las prestaciones de incapacidad temporal

El régimen jurídico de las situaciones de IT de los funcionarios ha sufrido reformas sucesivas en los últimos años que se han caracterizado por ir en una doble línea: de un parte, de homogeneización con el Régimen General y acercamiento a la regulación de los trabajadores asalariados; de otra parte, de recorte de las prestaciones económicas y control del absentismo en la Administración³⁹. Sin embargo, esta última línea ha sido ambivalente. Así, se produjo en el 2012 un recorte de derechos que afectó singularmente a los procesos de IT de menor duración por contingencias comunes, que tradicionalmente habían ofrecido un régimen más favorable, al garantizar a los funcionarios mediante licencias administrativas por enfermedad o complementos a cargo de la Administración empleadora, una cuantía igual o aproximada a la que percibía el funcionario en activo. Las diversas modificaciones en la protección social frente a las situaciones de IT de los funcionarios eliminaron gran parte de estas ventajas, equiparando su situación en gran medida con la regulación contenida en la LGSS para esta prestación.

La moderada reducción forzosa de las mejoras voluntarias de la incapacidad temporal en el sector público decretada por el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, llegó a su fin con la DA 54.^a de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para el 2018, que, elevando a rango legal el II Acuerdo para la mejora del empleo público y de condiciones de trabajo, volvió a facultar a cada Administración Pública para *«determinar, previa negociación colectiva, las retribuciones a percibir por el personal a su servicio o al de los organismos y entidades públicas dependientes, en situación de incapacidad temporal»*. Y así, por ejemplo, el RD 956/2018, de 27 de julio, ha reconocido la plenitud retributiva para el personal funcionario, estatutario o laboral al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades Públicas dependientes, que se encuentre en la situación legal de

38 En el mismo sentido, la STS (Social) de 29 de noviembre de 2018 (Rec. 167/2017).

39 Cfr. ESTEVE SEGARRA, A., «Regímenes especiales de Seguridad Social de los funcionarios públicos», *Derecho de la Seguridad Social*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, págs. 800 y ss.

incapacidad temporal, garantizando durante esta situación la percepción del cien por cien de las retribuciones ordinarias correspondientes al mes de inicio de la incapacidad temporal. Normas similares se han aplicado en el ámbito de las administraciones autonómicas.

5. RÉGIMEN DISCIPLINARIO FRENTE AL ABSENTISMO PRESENCIAL INJUSTIFICADO Y/O LA SIMULACIÓN DE ENFERMEDAD

La regulación del régimen disciplinario de los empleados públicos se contiene en el Título VII del EBEP (art. 93.1 y 4 EBEP)⁴⁰. Ciertamente, las reglas de esta disposición legal conducen a la aplicación de sus prescripciones al personal laboral por encima de las contenidas en el ET y normas concordantes, y ello con independencia de que comporte un resultado más o menos favorable para las personas afectadas⁴¹. Dicha regulación debe ser completada en el caso del personal funcionario por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto (art. 93.1 EBEP) y en el caso del personal laboral por la legislación laboral y los convenios colectivos (art. 93.4 EBEP). En cuanto al procedimiento disciplinario, de momento, se mantiene en vigor el RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, que tiene carácter supletorio para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidos en su ámbito de aplicación (art. 3)⁴².

Las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves y leves (art. 95.1 EBEP). El art. 95.2 del EBEP tipifica diversas conductas como constitutivas de faltas muy graves, y establece la posibilidad de que las Leyes de las Cortes Generales o de la asamblea legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o los convenios colectivos en el caso de personal laboral tipifiquen además otras conductas como faltas muy graves. De este modo, el EBEP contiene una regulación completa de las conductas que se tipifican como faltas muy graves, previendo la posibilidad de que las leyes que lo desarrollen o los convenios colectivos añadan otras que merezcan dicha calificación, pero las tipificadas en el EBEP son constitutivas de faltas muy graves, sin que quepa suplir dicha tipificación por la efectuada en los convenios colectivos, que en este aspecto pueden completar el EBEP pero no sustituirlo⁴³. Las faltas graves serán establecidas por las leyes de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo al grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administra-

40 STS (Social) de 18 de junio de 2020 (Recud. 1030/2018).

41 SSTs (Social) de 25 de enero de 2018 (Rec. 3992/2015) y 18 de junio de 2020 (Rec. 1030/2018).

42 STS (CA) de 22 de febrero de 2021 (Rec. 2854/2019).

43 STSJ de Aragón (Social) de 18 de septiembre de 2023 (Rec. 495/2023).

ción o de los ciudadanos y el descrédito para la imagen pública de la Administración (art. 95.3 EBEP). Las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las anteriores circunstancias (art. 95.3 EBEP).

Pues bien, el absentismo presencial injustificado y/o la simulación de enfermedad pueden ser reconducibles a algunas de las faltas muy graves tipificadas en el art. 95.2 del EBEP, a saber: «*el abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas*» [letra c)] y/o «*el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas*» [letra g)]⁴⁴.

44 Así, se reconducen al abandono del servicio y/o al notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas, entre otros, los siguientes supuestos de hecho: el incumplimiento reiterado y constante de la asistencia al centro de trabajo con abandono del mismo, sin que conste la remisión de partes de baja médica ni situación de incapacidad temporal desde la fecha en la que comenzó la inasistencia [SAN (CA) de 4 de julio de 2013 (Rec. 506/2011)]; no incorporarse al servicio tras el fin de la situación de licencia por incapacidad temporal por enfermedad, sin que se haya justificado en forma legal la ausencia [SAN (CA) de 24 de marzo de 2021 (Rec. 63/2020) y STSJ de Galicia (CA) de 13 de octubre de 2021 (Rec. 249/2020)]; no regresar al puesto de trabajo tras las vacaciones, alegando la situación de pandemia [STSJ de Madrid (Social) de 14 de febrero de 2022 (Rec. 947/2021); o no incorporarse al puesto reasignado en cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos, aun habiendo transcurrido más de tres años desde la reasignación [STSJ de Castilla y León (Social) de 1 de marzo de 2018 (Rec. 1802/2017)].

En cambio, no hay abandono de servicio porque en el momento en que la Consejería requirió de reincorporación a la actora (28 septiembre 2018), la demandante se encontraba en situación de incapacidad temporal desde el 23 de febrero anterior sin derecho a prestación económica. Ciertamente, la denegación de efectos económicos de la incapacidad temporal no priva a ésta de su carácter suspensivo de la relación laboral [STSJ de Madrid (Social) de 30 de septiembre de 2020 (Rec. 441/2020)]. Atendidos los hechos que se consideran probados, se concluye que los mismos constituyen la falta leve referida («*La falta injustificada de asistencia de un día*»), y no la falta grave por la que se sancionó al recurrente («*El incumplimiento de las órdenes o instrucciones de los superiores jerárquicos relacionadas con el servicio o de las obligaciones concretas del puesto de trabajo, así como las negligencias de las que se deriven o puedan derivarse perjuicios graves para el servicio*»). Se concluye así, toda vez que, como señala la propia Administración, no consta baja laboral del recurrente, el día 25 acudió al centro de trabajo, y, además, porque no se ha acreditado la simulación que exige el precepto legal, atendido el parte médico y la declaración de la doctora que lo expidió [STSJ de Galicia (CA) de 28 de junio de 2023 (Rec. 135/2022)]. La ausencia del puesto de trabajo sin la oportuna justificación constituye un comportamiento ilícito que supone un incumplimiento por parte del funcionario de sus obligaciones laborales, y está tipificada, en principio, como falta leve en el art. 72.4.a) del Estatuto Marco del personal Estatutario de los Servicios de Salud («*El incumplimiento injustificado del horario o jornada de trabajo, cuando no constituya falta grave*»). Ha quedado probado que el recurrente se ausentó de su trabajo desde el día 9 de agosto hasta el 11 de agosto de 2011 y que aportó un justificante de baja por incapacidad temporal emitido por el mismo. Con ello vulneró el art. 1.1 del RD 575/1997, de 18 de abril. De este precepto se desprende que el reconocimiento médico que origina el comunicado de baja por incapacidad temporal, lo es respecto a un trabajador que se encuentra indispuesto y que debe ser confirmado por el médico del Servicio Público, que es a quien corresponde prescribir la baja. En todo caso el actor, como paciente, no estaba capacitado para otorgarse la correspondiente baja. Al no existir desde el punto de vista jurídico un documento válido de la baja del actor, prescrito por un médico del Servicio de Salud que debía reconocerle, en cuanto trabajador incapacitado, resulta ajustada a derecho la sanción que se

Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones (art. 96.1 EBEP):

- a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves.
- b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.
- c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años.
- d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.
- e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.
- f) Apercibimiento.
- g) Cualquier otra que se establezca por ley.

El alcance de cada sanción se establecerá teniendo en cuenta el grado de intencionalidad, descuido o negligencia que se revele en la conducta, el daño al interés público, la reiteración o reincidencia, así como el grado de participación (art. 96.3 EBEP).

La separación del servicio de los funcionarios, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves [art. 96.1.a) EBEP], una vez firme, determina la pérdida de la condición de funcionario de carrera [art. 63.d) EBEP]. Es más, dicha sanción inhabilita a perpetuidad para reingresar en cualquier cuerpo o escala funcional de cualquiera de las Administraciones Públicas [art. 56.1.d) EBEP]⁴⁵.

El despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves, comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban [art. 96.1.b) EBEP].

6. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, es evidente que las Administraciones Públicas disponen de mecanismos para verificar la justificación de las ausencias de los empleados públicos que disfrutan de permisos o se encuentran en situación de incapacidad tem-

le ha impuesto por el incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo [STSJ de Cataluña (CA) de 17 de enero de 2017 (Rec. 163/2016)].

45 STS (CA) de 2 de marzo de 2011 (Rec. 3734/2008).

poral, y para controlar y seguir el absentismo laboral, especialmente el debido a las situaciones de incapacidad temporal —a excepción de los funcionarios incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, que, en la actualidad, son la mayoría—, así como la simulación de enfermedad. Cuestión distinta es que los órganos competentes en materia de recursos humanos no adopten las medidas necesarias para detectar y corregir los incumplimientos e infracciones de los empleados públicos. Lo que, unido a la plenitud retributiva que suele reconocerse a los empleados públicos, que se encuentran en la situación legal de incapacidad temporal, garantizándoles durante esta situación la percepción del cien por cien de las retribuciones ordinarias correspondientes al mes de inicio de la incapacidad temporal, cualquiera que sea el origen común o profesional de la misma, explica que el absentismo laboral del sector público sea bastante superior al del sector privado.