

**Vol. 4** Núm. 3 (2025)

# **Trabajo y Empresa**

**Revista de Derecho  
del Trabajo**



## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

### **MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**

Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia

### **ANA CAÑIZARES LASO**

Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga

### **JORGE A. CERDIO HERRÁN**

Catedrático de Teoría y Filosofía del Derecho  
Instituto Tecnológico Autónomo de México

### **JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**

Ministro en retiro de la Suprema  
Corte de Justicia de la Nación  
y miembro de El Colegio Nacional

### **MARÍA LUISA CUERDA ARNAU**

Catedrática de Derecho Penal  
de la Universidad Jaume I de Castellón

### **MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ**

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

### **CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO**

Catedrática de Derecho Civil  
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

### **EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

Juez de la Corte Interamericana  
de Derechos Humanos

Investigador del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM

### **OWEN FISS**

Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)

### **JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

### **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC**

Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Valencia

### **LUIS LÓPEZ GUERRA**

Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid

### **ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**

Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Sevilla

### **MARTA LORENTE SARIÑENA**

Catedrática de Historia del Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid

### **JAVIER DE LUCAS MARTÍN**

Catedrático de Filosofía del Derecho  
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

### **VÍCTOR MORENO CATENA**

Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid

### **FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

### **ANGELIKA NUSSBERGER**

Catedrática de Derecho Constitucional  
e Internacional en la Universidad de Colonia  
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia

### **HÉCTOR OLASOLO ALONSO**

Catedrático de Derecho Internacional  
de la Universidad del Rosario (Colombia)  
y Presidente del Instituto Ibero-Americanano  
de La Haya (Holanda)

### **LUCIANO PAREJO ALFONSO**

Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid

### **CONSUELO RAMÓN CHORNET**

Catedrática de Derecho Internacional  
Público y Relaciones Internacionales  
de la Universidad de Valencia

### **TOMÁS SALA FRANCO**

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

### **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España

### **ÉLISA SPECKMAN GUERRA**

Directora del Instituto de Investigaciones  
Históricas de la UNAM

### **RUTH ZIMMERLING**

Catedrática de Ciencia Política  
de la Universidad de Mainz (Alemania)

Fueron miembros de este Comité:

**Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón**

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# Trabajo y Empresa

Revista de Derecho del Trabajo

Vol. 4  
N.º 3, diciembre 2025



**tirant lo blanch**  
Valencia 2025

**Director:**

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.

**Secretario de redacción:**

Ángel Jurado Segovia. Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

**Comité de redacción:**

María Amparo García Rubio. Profesora Titular. Universidad de Valencia.

Juan Gil Plana. Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Mónica Llano Sánchez. Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.

Magdalena Llompart Bennàssar. Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.

Enrique Nores Torres. Profesor Titular. Universidad de Valencia.

Javier Thibault Aranda. Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELFS.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

[www.tirant.com](http://www.tirant.com)

Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)

ISSN: 2952-1351

MAQUETA: Innovatext

Esta obra cuenta con Licencia Creative Commons vía: [CC BY-NC-ND 4.0](http://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/)

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa:

<http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# Índice

<b>Presentación</b> .....	7
Francisco Pérez de los Cobos Orihuela	
<b>Incapacidad temporal y absentismo. Aspectos críticos del régimen jurídico de la Incapacidad Temporal con implicaciones en y con el absentismo</b> .....	9
Yolanda Sánchez-Urán Azaña	
<b>Control público de la incapacidad temporal por contingencias comunes y propuestas de reforma en las bajas médicas</b> .....	55
Jesús Lahera Forteza	
<b>El poder de dirección y control del empresario frente al absentismo laboral</b> .....	95
Maria del Mar Crespí Ferriol	
<b>Las mejoras voluntarias de la prestación por incapacidad temporal en la negociación colectiva</b> .....	127
Faustino Cavas Martínez	
<b>Las cláusulas frente al absentismo en la negociación colectiva tras la Ley 15/2022: interpretación en los tribunales y margen de maniobra a estos efectos</b> .....	149
Emilio de Castro Marín	
<b>Extinción del contrato de trabajo por enfermedad, ineptitud o incapacidad del trabajador</b> .....	191
Javier Thibault Aranda	
<b>La extinción del contrato de trabajo y la prohibición de discriminación por razones relacionadas con la salud en la Ley 15/2022 .....</b>	225
Paz Menéndez Sebastián	
Iván Antonio Rodríguez Cardo	

<b>La realización de actividades durante la incapacidad temporal como causa de despido disciplinario: aproximación a las tendencias judiciales.....</b>	257
Ángel Jurado Segovia	
<b>El absentismo en el empleo público .....</b>	281
Remedios Roqueta Buj	
<b>Sobre la revista .....</b>	303
<b>Equipo editorial .....</b>	305
<b>Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales .....</b>	309

# Presentación

El número monográfico que anualmente coordinamos desde la redacción de “Trabajo y Empresa” versa este año sobre el absentismo. No creo que a nadie pueda extrañar el tema de elección porque es ya un lugar común que el absentismo constituye uno de los principales problemas socioeconómicos que la sociedad española enfrenta.

Números cantan. Según informa Randstad Research, el primer trimestre de 2025 el absentismo total ha representado el 7% de las horas de trabajo pactadas, mientras que el absentismo vinculado a situaciones de incapacidad temporal ha supuesto el 5'5%. En el primer trimestre del año anterior, el absentismo alcanzó el 6'8% del total de horas pactadas, de las cuales un 5'2% se debieron a incapacidades temporales por enfermedad común. Se mantiene y se abunda, por consiguiente, en una tendencia ascendente ostensible desde el año 2019.

El costo directo que, al decir de diversos informes y estudios publicados, el absentismo supuso para las empresas españolas solo en el 2023 fue superior a 12.245 millones de euros. A los que habría que sumar 49.753 millones en costes derivados de la contratación de personal sustituto y 109.860 millones en pérdidas de productividad. El conjunto del absentismo podría haber llegado a costar a la economía española más de 170.000 millones de euros.

Ese mismo año —y la situación, como vemos, no ha hecho sino empeorar— España lideró junto con Francia y Portugal el ranking europeo en cuanto a cuanto absentismo por incapacidad temporal, pues frente a una media europea del 2'5%, entre nosotros el 4'1% de la población empleada estuvo de baja por contingencias comunes (los datos citados provienen del boletín que, con el título *Absentismo laboral en España 2019-2025*, ha publicado el Consejo General de Economistas, con fecha 30 de julio de este año). La magnitud del problema, en definitiva, no admite discusión.

Aunque, como señalan todos los analistas, el absentismo es un problema complejo, de causas múltiples, que requiere ser abordado desde muy diversas perspectivas, nuestro acercamiento al mismo va a ser, como corresponde a una revista jurídica, necesariamente limitado: el del análisis del marco regulatorio que nos hemos dado y su operatividad. No se trata, sin embargo, de una aproximación de interés menor, particularmente en nuestro contexto. Primero, porque la regulación de las diversas instituciones que concurren en la gobernanza del fenómeno y la interacción establecida entre ellas se ha evidenciado fundamental a la hora de contenerlo. Son instituciones cuya configuración influye y condiciona en buena medida el comportamiento social de quienes se sirven de ellas, lo que las hace particularmente expuestas al llamado "riesgo moral". Y segundo, porque el marco regulatorio que configuran este conjunto de instituciones se ha visto entre nosotros profundamente transformado en los últimos años como consecuencia de las reformas laborales y de Seguridad Social que se han sucedido. Han sido reformas intensas, pero, a nuestro entender, a menudo precipitadas y no siempre orientadas en la buena dirección.

Con el propósito de analizar estos marcos y cambios normativos y sus efectos, de detectar sus carencias y sugerir propuestas de mejora, desde la dirección de la revista nos hemos dirigido a un puñado de destacados especialistas proponiéndoles un reparto de temas. Como viene siendo nuestra pauta, hasta aquí ha llegado nuestra intervención. Si el resultado, como pensamos, es un análisis riguroso y sugestivo de los principales problemas que el absentismo plantea, de los autores es el mérito. Solo nos resta manifestarles nuestro agradecimiento.

**Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**

El Director

# **Incapacidad temporal y absentismo. Aspectos críticos del régimen jurídico de la Incapacidad Temporal con implicaciones en y con el absentismo**

**Yolanda Sánchez-Urán Azaña**

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

## **Temporary incapacity for work and absenteeism. Critical aspects of statutory sick pay benefits with implication for and related to absenteeism**

### **SUMARIO:**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 1.1. Delimitación del ámbito de estudio y la perspectiva de análisis del binomio Incapacidad Temporal-Absentismo. 1.2. Replanteamiento de la finalidad protectora del Sistema de Seguridad Social. La imprescindible orientación laboral de la Incapacidad Temporal. 2. SITUACIÓN DE NECESIDAD Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 2.1. Situación de necesidad subvenida por la contingencia. 2.2. Configuración del subsidio. 2.2.1. Alteración de la salud. Elemento necesario pero no suficiente. 2.2.2. La inexplicable ausencia de la lógica médico-funcional en la valoración del estado de salud. 2.2.3. Replanteamiento del binomio alteración de la salud – capacidad laboral. a. Capacidad laboral y trabajo habitual. b. De la afectación absoluta a la relativa. c. Afectación relativa y situaciones protegidas. 2.2.4. Transitoriedad de la afectación y las recaídas. 3. EN TORNO A LA DINÁMICA TEMPORAL Y CUANTITATIVA DEL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL. 3.1. Temporalidad de la prestación. Los tiempos añadidos a la IT. 3.2. Configuración cuantitativa de la prestación. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA

**RESUMEN:** El binomio Incapacidad Temporal-Absentismo ha de plantearse desde la reconfiguración de las normas de Seguridad Social en torno al subsidio de esta contingencia orientándolas, necesariamente, hacia la incorporación a la actividad laboral-profesional de la persona trabajadora que ve alterado su estado de salud. La ausencia de una valoración médica-funcional de la enfermedad o lesiones introduce

en la regulación del subsidio múltiples disfunciones que requieren de un replanteamiento para que se pueda responder, equilibradamente, a todos los intereses que confluyen cuando se está en situación de IT. Con visión holística e integradora de los diferentes sectores del ordenamiento jurídico involucrados, el preventivo (cuidado y seguridad y salud en el trabajo), el laboral (suspensión del contrato de trabajo) y el de Seguridad Social (tutela protectora por el régimen público de protección social contributiva), se incorporan propuestas en torno a esta contingencia, que debería denominarse prestación económica por enfermedad o accidente.

**Palabras Clave:** absentismo, ausencias justificadas, incapacidad temporal, absentismo médico.

**ABSTRACT:** The combination of temporary incapacity and absenteeism must be addressed by reconfiguring Social Security regulations concerning benefits for this contingency, necessarily orienting them towards the reintegration into work and professional activity of workers whose health has been affected. The absence of a medical-functional assessment of the illness or injury introduces multiple dysfunctions into the regulation of the benefit, which need to be rethought so that a balanced response can be made to all the interests that converge when a person is in a situation of temporary disability. With a holistic and integrative view of the different sectors of the legal system involved, namely prevention (care and safety and health at work), labour (temporary lay-off) and social security (protective guardianship by the public contributory social protection system), proposals are incorporated around this contingency, which should be called financial sickness benefit.

**Keywords:** absenteeism, justified absences, temporary incapacity, medical absenteeism, sick pay.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

### 1.1. Delimitación del ámbito de estudio y la perspectiva del análisis del binomio Incapacidad Temporal-absentismo

Si de relación entre IT y absentismo hablamos, hay que proceder a una explicación para adentrarnos en el objeto de estudio. Es necesario coherenciar la IT con el Absentismo en un doble sentido, en primer lugar, partir de que es una de las causas de éste (diríamos entonces absentismo por IT o absentismo médico) y en segundo lugar, asumir las numerosas cuestiones que se aprecian en el diseño del régimen prestacional de esta contingencia de Seguridad Social cuando se enfoca el análisis desde la implicación con y en la ausencia/ausencias, prolongadas o no, reiteradas o no, en la prestación laboral por motivos de salud.

Desde esta perspectiva de análisis, también resulta obligada una breve explicación sobre la orientación a seguir en este estudio en torno al concepto de absentismo.

Asumamos que el absentismo laboral tiene un carácter poliédrico y complejo, del que se ocupan muy diferentes ramas de conocimiento<sup>1</sup>, en el que se proyectan numerosos factores, entre ellos, y muy importante, el envejecimiento de la población y, más en concreto, el envejecimiento de la población activa y trabajadora; o la aparición de nuevos riesgos asociados de una manera u otra a la actividad laboral y profesional, más allá de los físicos, como son los riesgos psicosociales. Sin olvidar que su estudio se puede afrontar desde muy diferentes perspectivas, con una visión más o menos amplia, o más o menos concreta., sin que en el ámbito que nos ocupa, el jurídico-laboral, preventivo y de Seguridad Social, haya una definición precisa, que pudiera identificarlo como institución jurídica; lo que, es evidente, dificulta su tratamiento unitario y genera una cierta inseguridad jurídica, cuanto más que en muchas ocasiones el término se utiliza peyorativamente con visión enfocada al fraude o a la sospecha de fraude.

Y en este sentido, en una concepción amplia<sup>2</sup>, se entendería que abarca todos aquellos supuestos en los que, de alguna manera, hay una ausencia en el trabajo, esto es, de no prestación del servicio, definidos como todos aquellos períodos de tiempo en los que la persona trabajadora debería estar trabajando pero que, en virtud de determinadas y diferentes causas, está ausente. Concepción amplia que no será utilizada en este estudio porque, si así fuera, habría que proceder inmediatamente a un análisis específico estableciendo las oportunas diferencias entre los supuestos, en su/s causa/s y consecuencias, y, por tanto, en la respuesta poliédrica que se diera desde nuestro ordenamiento jurídico al referirse a instituciones muy heterogéneas.

De ahí que sea o fuera mucho más útil para el objetivo de nuestro estudio partir de una concepción más limitada, o intermedia, del absentismo<sup>3</sup>, esto es, cuando se proyecta en instituciones jurídicas que refieran a las ausencias en el trabajo imprevistas y ocasionales. Lo que nos permite revisitar el estado de la cuestión y sus posibles implicaciones presentes y futuras en el ordenamiento jurídico laboral/preventivo y de Seguridad Social sobre la base de un supuesto, el de ausencias imprevistas por motivos de salud y su conexión inmediata con una contingencia del Sistema de Seguridad Social, la de Incapacidad Temporal (IT), que se ha descrito como la causa más importante de ausencia en el trabajo, y , entre las situaciones protegidas, la derivada de contingencias comunes<sup>4</sup>. Aspecto éste, como se sabe, que ha preocupado a los

1 Muy ilustrativo el estudio de MARTÍNEZ, RAFAEL Y JANÉ, P: "Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto", en *Revista GAPP*, no11, 2014.

2 En la acepción propuesta por GARCÍA VIÑA, J.: *El absentismo laboral y su gestión por medio de la negociación colectiva*; Aranzadi La Ley, 2025, pp16 y 17, que le es útil para el objetivo o finalidad de su estudio.

3 En los términos propuestos por CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Edit. Cinca, 2023, pp 9-12.

4 En la encuesta realizada en 2023 por Fomento del Trabajo nacional, asociación empresarial más representativa, las respuestas de las empresas incluyeron a la IT como el principal parámetro de absentismo. Con referencia a los datos ofrecidos por AMAT, septiembre de 2025, más del 80% de los procesos de IT se deben a riesgos comunes (no a AT y EP), con un incremento del 120% en 2024 res-

agentes sociales en los sucesivos Acuerdos adoptados en torno a la Negociación Colectiva, en los que la visión sobre el absentismo, centrada en el injustificado<sup>5</sup>, ha transitado hacia el absentismo no deseado para acabar ahora en el justificado y, en concreto, en el Absentismo justificado por IT<sup>6</sup>.

Partiendo de esa premisa, esto es, de la alteración de salud (sea o no laboral, y más aún, ésta) como causa de ausencia en el trabajo, respecto del absentismo laboral por motivos de salud hay que hacer una precisión final. A saber, la orientación más específica hacia el que cupiera entender como absentismo justificado formal y materialmente, esto es de ausencia involuntaria de la persona trabajadora por responder a una causa relacionada con la alteración de la salud (justificación material) cumpliendo todos los requisitos (incluidos los procedimentales) previstos por las normas de seguridad social (justificación formal) para que nazca y se mantenga la prestación o subsidio correspondiente a esta contingencia establecido en nuestro Sistema de Seguridad Social.

## 1.2. Replanteamiento de la finalidad protectora del Sistema de Seguridad Social. La imprescindible orientación laboral de la Incapacidad Temporal

No obstante esta situación justificada, y su proyección sobre la realidad cuantitativa de las horas de trabajo/o días/o semanas al año en las que no se presta servicios<sup>7</sup>, lo que interesa en este momento es el enfoque cualitativo porque en torno a esa insti-

pecto de 2015; detectados los mayores incrementos en los últimos años y generalizados en todos los sectores (aunque con ciertas diferencias entre ellos) y en los distintos ámbitos territoriales, afectando a todos los colectivos con independencia de la edad, si bien la duración media de los procesos de IT avanza con ésta. Véase AMAT, 2025: *Evolución de los indicadores de absentismo laboral*. IVIE, 2025: *Estudio socioeconómico de la evolución de la incapacidad temporal y la siniestralidad en España*.

5 Puede consultarse el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 2005, BOE 16 de mayo de 2005. La referencia al absentismo no deseado en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018-2020, BOE 18 de junio de 2018.

6 Expresamente en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación colectiva 2015-2017, BOE de 15 de junio de 2015. En el actual V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023, BOE de 31 de mayo de 2023, basta leer su Preámbulo y el Capítulo VII, en el que se dice: "Las Organizaciones empresariales y sindicales firmantes de este Acuerdo manifestamos nuestra preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En ese sentido, deseamos establecer líneas de actuación que mejoren la salud de las personas trabajadoras. Ante esta situación, exhortamos a la negociación colectiva a: Establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos. Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones".

7 Según la OCDE, datos consultados en noviembre de 2025, las ausencias por enfermedad de trabajadores dependientes a tiempo completo en promedio anual (expresándose los datos en número de semanas de baja por enfermedad al año, declaradas por los propios empleados y abarcando tanto las ausencias semanales completas como las parciales) arroja el resultado para España de 4,9 durante el año 2024; apreciándose cómo han ido progresivamente elevándose desde el año 2012, donde se computaron 2,2. Véase [https://data-explorer.oecd.org/vis?lc=en&df\[ds\]=dsDisseminateFinalID-MZ&df\[id\]=DSD\\_HEALTH\\_STAT%40DF\\_AWDI&df\[ag\]=OECD.ELS.HD&df\[vs\]=1.1&dq=ESPA.....&p-d=2010%2C&to\[TIME\\_PERIOD\]=false&vw=br](https://data-explorer.oecd.org/vis?lc=en&df[ds]=dsDisseminateFinalID-MZ&df[id]=DSD_HEALTH_STAT%40DF_AWDI&df[ag]=OECD.ELS.HD&df[vs]=1.1&dq=ESPA.....&p-d=2010%2C&to[TIME_PERIOD]=false&vw=br).

tución jurídica no se puede perder la orientación de la necesaria garantía de todos los intereses en juego. Por un lado, interés del propio del trabajador a la protección que le otorga el Sistema de Seguridad Social cuando se genera la situación de necesidad a cuya satisfacción se ordena la contingencia, derivada de la actualización del riesgo de enfermedad o accidente. Por otro, el del propio Sistema, que pudiera mirar con recelo o con cierta sospecha el gasto derivado de la prestación, en particular el derivado de contingencias comunes; y en fin, el de la empresa, en torno a su productividad y competitividad, que tiene que proceder a la suspensión del contrato de trabajo y, aunque no fuera en todos los casos, necesidad de reorganización productiva si ésta es de media y larga duración. Cuando además, si bien se mira, no parece que el legislador a lo largo de estos años haya vislumbrado la satisfacción de uno que incide en todos, a saber, el retorno al trabajo o el posible mantenimiento del trabajo en condiciones saludables para recuperar la capacidad productiva de la persona trabajadora. Y sobrevuela el halo o sospecha de fraude que en torno a esta situación se ha generado, con la perspectiva de ausencia fingida o simulada y su proyección en el absentismo o ausencia voluntaria, que, como bien se ha analizado ya hace tiempo, enlaza con la teoría economicista del "riesgo moral", más en torno a los riesgos comunes (enfermedad y accidente no laborales) que respecto de los laborales según consenso científico al respecto. Precisando cómo las conductas de simulación se dan en mayor medida en las situaciones o ausencias de corta duración asociadas con afecciones de dolor crónico (esguince cervical, lumbago, dolor de cuello y hombros, fibromialgia) y afecciones afectivas/emocionales (ansiedad y depresión)<sup>8</sup>. Riesgo moral que refiere al comportamiento en estos procesos de la persona trabajadora (atendiendo a sus respectivas condiciones económicas y laborales) ante la rentabilidad que le resultara de la ausencia en términos económicos y la facilidad con la que puede acceder a la situación de IT o mantenerse en ella<sup>9</sup>.

Es evidente que, aún desde la perspectiva de la justificación formal y material<sup>10</sup> de la alteración de la salud y, por tanto, de la contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social, habría que indagar en algunas de las cuestiones planteadas en

Según el informe trimestral de *Randstad Research* (septiembre de 2025) el absentismo por IT ha provocado la pérdida del 5,5 % de las horas pactadas en el segundo trimestre de este año, lo que equivale a 1.224.778 de personas que se encontraban de baja médica en promedio diario. Puede consultarse en <https://www.randstadresearch.es/absentismo-laboral-segundo-trimestre-2025/>

- 8 Ilustrativo al respecto el estudio de SANTAMARÍA FERNÁNDEZ, P., CAPILLA RAMÍREZ, M. P., GONZÁLEZ ORDI, H.: "prevalencia de simulación en incapacidad temporal: percepción de los profesionales de salud", en *Clinica y Salud*, núm.24, 2013, p. 139-151.
- 9 En los términos explicados por GIMENO DÍAZ DE ANTAURI, P.: "La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo", en MERCADER UGUINA, J. (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Thomson Reuters, 2013, p.39. En el mismo sentido, CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral*..., cit., p. 12 y ss. y p. 81.
- 10 En los términos planteados ya hace tiempo por la doctrina; ver al respecto, JOVER RAMÍREZ, C.: "Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado", *Revista Temas Laborales*, núm.106, 2010, p.39 y ss.

torno a la situación de necesidad generada y la respuesta protectora por el sistema. Aspectos tales como la configuración de la propia contingencia (concepto), la dinámica de la prestación (en especial, duración, cuantía y pago de la prestación) y la necesidad de que esa situación esté controlada a lo largo de todo el proceso, inicio y desarrollo, deben orientarse a que no se rompa esa ecuación perfecta con la finalidad de equilibrar los muchos intereses en juego y su necesaria atención desde la ordenación normativa de la contingencia y desde la proyección en la laboral y preventiva.

No obstante, son varias las circunstancias en que el binomio o ecuación puede tras tocarse, bien cuando hay alteración de la salud pero no hay prestación de seguridad social por lo que la ausencia puede entenderse formalmente inexistente pero materialmente concurrente porque la orientación legislativa en torno a la IT, fundamentalmente en lo que refiere a su concepto, sigue condicionada a lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social<sup>11</sup>. Tal y como ocurre, por ejemplo, cuando se produce el alta médica por el agotamiento del plazo máximo de duración de la IT sin reconocimiento de Incapacidad Permanente (IP) y no hay plena recuperación o restablecimiento de la salud del trabajador o cuando hay insuficiencia del sistema legal de protección frente a ciertos malestares reales. O bien cuando hubiera justificación formal pero no justificación material, lo que enlaza con el riesgo moral a que hacíamos referencia porque, como bien ha explicado y diferenciado la doctrina, no toda IT que se percibe cuando no fuera necesaria encaja en la construcción jurídica del fraude del sujeto solicitante, de modo que hay usos desviados que no responden a un ánimo defraudador<sup>12</sup>. Advirtiendo que hay supuestos, descritos como de IT “refugio protegido”, alentados, se decía hace tiempo, por la ordenación laboral o por vicios del mercado laboral pero también por la defectuosa ordenación de otras contingencias o de la propia relación IT-IP<sup>13</sup>. De modo que hay casos también de justificación formal no adecuada.

Sabemos de los diferentes mecanismos que se han ideado en las múltiples reformas legislativas de la IT a lo largo de estos años con la finalidad de su desincentivación económica, fuera directa o fuera indirecta, a través de su fiscalización y control, la rebaja de la prestación económica, la presión hacia los empresarios y el restablecimiento –o intento de restablecimiento– de las simetrías de información en la verificación del estado de salud. Pero, no tanto, cuando es esencial, atendiendo a la que cupiera entender como reconfiguración del estado de necesidad cubierto por

11 RODRÍGUEZ CARDÓ, I.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*; Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 39 y ss.

12 Sobre las múltiples causas que pueden llevar a la simulación de un proceso de IT, tales como entre otras, las características demográficas, los aspectos organizacionales de la empresa, las situaciones estructuralmente problemáticas que no encuentras otro cauce legal, la facilidad con que se accede a una baja (“el terapeuta crédulo”), véase GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “La incapacidad temporal: de la sospecha al Derecho Fundamental”, en VVAA: *Derecho del Trabajo, cambios económicos y nueva sociedad. Homenaje a Jesús R. Mercader Uguina por sus 25 años de cátedra*; Tirant lo Blanch, 2025, p. 644 y ss.

13 TORTUERO PLAZA, J.L.: “Reflexiones acerca de la Incapacidad Temporal”, RGDTSS, n.10, 2006, pp.4 y 5.

esta contingencia en torno al trabajo o, más específicamente, en torno a la capacidad para trabajar. Lo que exigiría un replanteamiento del sistema protector enfocado, no solo en la cobertura de la inactividad, sino también (y con carácter prioritario) en la facilitación de la reducción de la ausencia para mantener o reanudar el trabajo lo antes posible cuando, no cabe olvidarlo, pudiera así preverse y solventarse la que en ocasiones fuera una salida definitiva del mercado de trabajo, más aún en una sociedad envejecida y en una población trabajadora de edad también avanzada, deviniendo entonces necesario conjugar equilibradamente la asistencia y protección social pública de las personas que sufren una dolencia, sea física o mental, con la realidad evidente de que la IT debe ser una prestación orientada al trabajo.

Desde esta perspectiva de análisis, es un dato conocido el interminable proceso de reforma de la que la Ley de Accidente de Trabajo de 1900 denominó "incapacidad de trabajo temporal"; "Incapacidad Laboral Transitoria"<sup>14</sup> en la LBSS de 1963, origen de la actual definición, cuando decía que tendrán las consideración de estados o situaciones determinantes de ILT: "los de enfermedad común o profesional o accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria y esté *impedido para el trabajo*". En la LSS de 1966 se introduce la invalidez provisional como puente entre la ILT y la Invalidez Permanente, unificada posteriormente por la ley 42/1994, de 30 de diciembre<sup>15</sup> en una única prestación, la IT. Revisando hoy, más de treinta años después, las sucesivas modificaciones han incorporado reformas parciales en la contingencia, en torno básicamente a las situaciones protegidas, las causas de extinción, las recaídas, la incidencia del inicio del expediente de incapacidad permanente sobre la IT, formalización de la cobertura económica de IT por contingencias comunes, el sistema de gestión y control, el pago delegado y el pago a cargo exclusivo del empresario, entre otros, en un intento fallido de solución a los problemas detectados y, en particular, en relación con el absentismo por IT, si lo vinculamos al diagnóstico del problema. A nuestro juicio, y atendiendo a la perspectiva única de análisis en este estudio (remitiendo a las otras varias vertientes que son objeto de análisis en los capítulos que conforman el número monográfico), resulta que ese proceso constante de inestabilidad legislativa, complejidad regulatoria, ha pivotado, si no exclusivamente, sí prioritariamente, en torno a una parte del diagnóstico, el relacionando con consecuencias de la IT, esto es, coste asociado a la misma imputado, en gran parte, a la complejidad de la organización. Que esta cuestión en nada es novedosa baste recordar que ya Manuel Alonso Olea en la primera edición de sus *Instituciones de SS*<sup>16</sup> calificaba la IT como una prestación costosa y compleja. Permaneciendo

14 Se decía en la norma, y es muy importante a nuestros efectos, "*innovación fundamental de la Ley es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria que, abstracción hecha de sus causas, exige asistencia sanitaria para la recuperación y defensa de la salud*".

15 Desarrollada por el RD 1300/1995, de 21 de julio,

16 ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, p.159. Estudiando el seguro de enfermedad y la prestación económica de la enfermedad decía que era una prestación costosa y compleja en su organización administrativa, que exigía inexcusablemente la adhesión de los médicos pues en ellos estaba la clave de la organización y de la prestación del seguro.

inalterado, desde entonces, ese parcial diagnóstico, la inseguridad creada, la conflictividad en torno a esta prestación, incluida la social, y la sospecha de fraude se han ido sirviendo progresiva y paulatinamente en otros varios y a pequeñas dosis que en su conjunto han generado y siguen generando las múltiples disfunciones advertidas, también por mor de la intervención de los interlocutores políticos y sociales, que hoy, como se sabe, se ha revitalizado. Baste recordar la versión inicial del Pacto de Toledo, 1995 (Recomendación 9, *Lucha contra el Fraude*)<sup>17</sup>, haciéndose eco inmediatamente los interlocutores sociales firmantes del acuerdo de 1996 sobre "Consolidación y racionalización del sistema de seguridad social", y la reiteración desde entonces de la necesidad tanto de combatir el recurso indebido a la IT (el fraude y su sospecha) como de mejorar los mecanismos de control. Aunque desde el año 2003 se incluyera en los diferentes Pactos de Renovación o de Reforma la mención a la necesaria protección de la salud de las personas trabajadoras sin que, por cierto, se tradujera o se haya traducido en una regulación efectiva, quedando como un desiderátum respecto del que todos estamos convencidos porque se trata en términos amplios de admitir que la seguridad y salud en el trabajo es un principio fundamental. O, como ahora se ha dicho, "la lucha contra el absentismo no puede hacerse a costa de la protección de la salud de las personas trabajadoras"<sup>18</sup>.

Pero, a nuestro juicio, ha faltado en el diagnóstico un elemento no adicional, sino esencial; el que hace 25 años planteábamos<sup>19</sup> insertándolo en la configuración de la IT, a saber, la evidente falta de coordinación entre la normativa laboral (y añádase, la preventiva) y la de seguridad social que daba (da) lugar a múltiples desajustes y disfuncionalidades y ello con independencia de quién haya sido el legislador "culpable", si el de Seguridad Social o el laboral cuando se decía que hay un desencuentro frecuente entre el contrato de trabajo y la IT y "el legislador suele olvidarse con cierta

17 En la renovación del Pacto de Toledo, año 2003, Recomendación 10, *Lucha contra el fraude*, se dice: La Comisión defiende "incrementar, aún más, los mecanismos de control y seguimiento de las prestaciones, especialmente las de incapacidad temporal, a fin de evitar el *absentismo injustificado*, su utilización como mecanismo alternativo al desempleo o la jubilación, u otras prácticas abusivas. Esta reordenación deberá atender al necesario equilibrio entre el control del fraude y la protección del trabajador impedido para su actividad laboral". En los mismos términos, en la Reforma del Pacto de Toledo 2011.

Se reitera en la Reforma de 2020, recomendación 10 bajo la expresión "Lucha contra el fraude", expresando al respecto que es objetivo "La actualización de los mecanismos de control y seguimiento, especialmente las de incapacidad temporal, al objeto de garantizar tanto el control del fraude como la protección de la salud de las personas trabajadoras".

Véase BORÓ HERRERA, F.: "Análisis de la lucha contra el fraude en Seguridad Social: antecedentes y perspectivas", en HIERRO HIERRO, F.J. (Dtor): *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo 2020*, Aranzadi, 2021. Llama la atención en este estudio acerca de que el fraude comprobado por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de IT representa proporcionalmente "una cuantía muy modesta respecto de la totalidad de las prestaciones, un 6,62% sobre el número de trabajadores infractores", frente a otras prestaciones, en concreto la de desempleo.

18 APARICIO TOVAR, J.: "La salud de las personas trabajadoras es la prioridad", AEDTSS, Brief n.88, 2024

19 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente", Aranzadi Social, Volumen I, 1999.

frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social<sup>20</sup>. Baste poner dos ejemplos, ambos relacionados con la calificación de la contingencia y la dinámica de la prestación, la asistencia sanitaria médico-funcional y la intervención de médico especialista, por un lado, y la afectación a la capacidad laboral, por otro.

Desde la perspectiva única de este estudio, es imprescindible valorar la relación directa con la situación laboral, tanto en su definición pues no se trata solo de las consecuencias físicas o psíquicas para la persona afectada, sino, fundamentalmente, su repercusión en la capacidad para trabajar atendiendo a la necesaria valoración funcional de las tareas que el trabajador desarrolla en el momento de la IT y de las aptitudes personales y profesionales. Como en la que debiera ser su finalidad u objetivo, a saber, facilitar la reincorporación del interesado en su actividad laboral en un corto espacio de tiempo o, incluso, el mantenimiento de su puesto o forma de trabajo cuando es compatible con las alteraciones de su estado de salud. El necesario equilibrio de los diferentes intereses de las partes implicadas (no solo, pero sobre todo, empleadores y personas trabajadoras) no se ha proyectado en la configuración legal de la contingencia y, como bien se indicó hace tiempo<sup>21</sup>, al día de hoy –de entonces y de ahora– las sucesivas reformas legislativas no tienen en cuenta que “desde un punto de vista técnico la protección de Seguridad Social habría de ser subsidiaria o dependiente de la situación laboral, puesto que el subsidio se disfruta cuando la relación laboral queda en suspenso”.

Esos desajustes que han permanecido en el tiempo, cuando no, por cierto, se han intensificado, tal vez sea la causa de la causa, esto es, que se haya incrustado en el ADN de la contingencia de SS-situación de suspensión del contrato de trabajo, dos circunstancias, una presuntiva, la de la simulación fraudulenta en el disfrute de la prestación; y otra, de resultado, el elevado coste del gasto en la prestación de IT para el Sistema,<sup>22</sup> con cierto recelo también hacia la actuación de los servicios públicos de salud y de las Mutuas. Aunque sea en sentido opuesto, sobre unos, los servicios públicos, resaltando la carga de trabajo y la difícil conexión de las competencias atribuidas a éstos y al INSS a través de la Inspección médica; sobre las Mutuas, insistiendo en la desconfianza por su vinculación, se apunta, a los intereses empresariales. De modo que los esfuerzos legislativos se han orientado o enfocado en la que a corto plazo pudiera conseguir más fácilmente el objetivo perseguido, la dimensión cuantitativa de la prestación, sin orientación evidente hacia la configuración cualitativa.

20 TORTUERO PLAZA, J.L.: “Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, n.1, 2014, p. 27.

21 RODRIGUEZ CARDÓ, I.: *La incapacidad temporal ...*, cit., Edit. Aranzadi, 2017, p.33

22 Según el último informe anual del Banco de España (2024), desde el punto de vista del gasto público (a cargo de la Seguridad Social), el coste derivado del pago de las prestaciones de IT por causas comunes ha crecido sustancialmente desde 2019 (un 78,5%) y, actualmente, se sitúa en algo más de 15.000 millones de euros.

Y ello es así porque no se ha modificado en modo alguno la finalidad u objetivo de la prestación, que sigue siendo exclusivamente valorada desde la perspectiva única del carácter tuitivo y protector del sistema, que exige justificación formal y material, sin que se haya planteado cómo resolver los desajustes en la relación laboral cuando materialmente hay alteración de la salud pero no se genera el derecho a la percepción del subsidio o se produce el alta médica sin curación total y solo por mejoría. O cuando no hay cambio alguno en la configuración de la contingencia y se insertan en la lógica protectora tradicional de la misma algunas situaciones que no encajan perfectamente en el diseño aún vigente de la misma, o que la hacen ser un lugar de recepción de situaciones que son ajenas a una alteración de la salud, piénsese por ejemplo en la nueva situación de la mujer embarazada a partir de la 39<sup>a</sup> semana de gestación. O, en fin, cuando hay que regular la relación o tránsito entre el IT y la IP, especialmente en el caso de alta médica por agotamiento del plazo máximo de la IT sin reconocimiento de IP.

Tal vez el enfoque legislativo desde la contención del fraude, o de la simulación o fingimiento, y desde el correlativo control de gasto, ha impedido explorar la cuestión relacionada con los problemas de salud de los trabajadores y sus implicaciones con el absentismo por IT. En este sentido habría que dar cumplida respuesta a la cuestión de si se puede reducir el absentismo producido por las ausencias de enfermedades y accidentes con la visión de la mejora de la salud y calidad de vida de los trabajadores. Y tomar una decisión equilibrada que permita contrarrestar el rechazo cuando se expresa que las medidas o programas de rehabilitación e inserción del trabajador en condiciones de seguridad y salud y calidad en el trabajo son solo un espejismo frente a la realidad, se dice, de que el objetivo de las reformas haya sido incrementar la productividad a costa de poner en peligro a los trabajadores<sup>23</sup>. O cuando se afirma que el trabajo es la causa del quebranto de la salud advirtiendo que la salud de las personas está por encima de la productividad<sup>24</sup>. En el fondo, y es nuestra visión al respecto, un objetivo, el de contención del gasto en esta prestación, es compatible con el interés del empresario y con la finalidad de mejora de la salud y calidad de vida de los trabajadores. Pero lo que es indudable es que se requiere de un estudio detenido, sin prejuicios y en búsqueda del ansiado equilibrio de intereses para compatibilizar el control del gasto con la mejora de la salud de las personas trabajadoras y, en sentido específico, para valorar si el mantenimiento parcial del trabajo o el retorno paulatino al trabajo adaptado son compatibles con la mejoría progresiva hasta llegar a la ansiada curación total y definitiva. Lo que requiere partir de la premisa realista de que la pérdida o alteración de la salud ya no equivale necesariamente a la inhabilidad para el empleo o a la imposibilidad absoluta y rígida en relación con un puesto o tareas concretas en la concepción originaria y tradicional de la capacidad laboral. De ahí que, si ello es así, se requiera, tanto en el plano teórico como en su efectividad práctica,

23 Esta visión en LÓPEZ INSÚA, M.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*; Tesis doctoral, 2012, p.56 y 57

24 En este sentido APARICIO TOVAR, J.: "La salud de las personas trabajadoras...", cit.

replantear la situación de necesidad (exceso de gastos/defectos de ingresos) que es protegida por esta contingencia cuya configuración también debiera ser reorientada.

## 2. SITUACIÓN DE NECESIDAD Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD TEMPORAL

### 2.1. Situación de necesidad subvenida por la contingencia

Como premisa de análisis del régimen jurídico de la prestación económica ha de afrontarse la cuestión en torno a la situación de necesidad protegida por el Sistema de Seguridad Social a través de esta contingencia.

Se puede plantear del modo siguiente: ¿es solo la pérdida patrimonial asociada a la pérdida de toda capacidad productiva, o capacidad de ganancia, que se presume por la mera actualización de la contingencia?; o, por el contrario, ¿se puede asumir la relatividad de la afectación de la salud en relación con la capacidad laboral? Si así fuera, ¿la necesidad económica existiría o existiría en todos los casos del mismo modo?

Si estamos hablando, no de protección de salud en sentido amplio, sino de protección de la alteración de la salud, se ha advertido que la ciencia médica enseña desde hace tiempo que no todo problema de salud genera una imposibilidad para todo trabajo. De modo que, si ello es así, la situación de necesidad protegida a través de esta contingencia por el Sistema de Seguridad Social debería quedar replanteada, fundamentándola exclusivamente en la falta de capacidad real para obtener rentas mediante trabajo (capacidad productiva proyectada en el ámbito de la existencia económica) y no en la pérdida patrimonial presuntiva y total. Utilizando como modelo al respecto el que trasluce en torno al período de observación de enfermedad profesional<sup>25</sup> y su tratamiento desde la óptica del sistema preventivo; y el que inspira a otras contingencias, tales como el riesgo durante el embarazo o la lactancia, en la que el trabajo a tiempo parcial se entiende compatible con la situación de necesidad y el bien jurídico protegido (la conciliación de la vida laboral y familiar), además del interés del padre/madre trabajadores para permanecer cerca de sus empleo<sup>26</sup>. Modelos que pueden utilizarse, es obvio, cuando en la IT hubiera una afectación *relativa* de la salud de modo que, con la finalidad prioritaria del restablecimiento del estado de salud de la persona tra-

25 Como bien se indicó, la ratio de su incorporación entre las situaciones de IT tal vez estuviera en el "carácter rígido (reacción causa-efecto entre la alteración de la salud y el efecto incapacitante) que presidió la ordenación de la contingencia general", TORTUERO PLAZA, J. L.: "Elementos conceptuales de la incapacidad temporal", en VVAA : *Estudios sobre Seguridad Social. Libro Homenaje al Prof.J.I. García Ninet*, Atelier, 2017, p. 850.

26 NIETO ROJAS, P.: "La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar", en MERCADER UGUINA, J. (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones.., cit.*, p. 62.

jadora, sea posible o vuelva a ser, lo antes posible, compatible con el trabajo. De este modo concebiríamos la IT, tal como decíamos en páginas anteriores, como una prestación orientada al trabajo y alejada de la presunción o automaticidad de la pérdida de la capacidad real de trabajo de la que haya de derivarse en todo caso, y como consecuencia inevitable, una pérdida patrimonial<sup>27</sup>. Por tanto, se trata de replantear la situación de necesidad desde la presunción hacia la verificación de que la pérdida patrimonial o pérdida de la capacidad de ganancia es efectiva y real (total o relativa) o que, en esa situación, es imposible o relativamente limitada la generación de ingresos derivados del trabajo, cumpliéndose así de modo eficaz la finalidad de la prestación contributiva, a saber, la sustitución de rentas de activo. Tanto más cuanto que, como veremos, pese a que siga enunciada (art.175 LGSS) como causa de pérdida o suspensión de la prestación el hecho de que “el beneficiario trabaje por cuenta ajena o por cuenta propia”, en determinadas circunstancias se le permite compatibilizar la prestación con trabajo. Si ello es así, y sigue siendo así, implícitamente cabe entender que se está admitiendo que en estos casos ha desparecido la situación de necesidad atendiendo a la capacidad real para generar rentas a través del trabajo<sup>28</sup>. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

No plantea problema la definición del estado de necesidad cuando el trabajador estuviera absolutamente impedido (piénsese en un proceso medio o largo de hospitalización por enfermedad grave). Y si no lo estuviera habría que buscar el encaje necesario no solo desde la perspectiva de la IT estrictamente formal en la orientación actual de la normativa de seguridad social, sino también desde la lógica de adaptación o ajuste cuando fuera posible o razonable que le permitiera seguir trabajando en condiciones de seguridad y sin perjudicar su recuperación. Sin olvidar, además, que se evitaría en muchos casos una salida a veces definitiva del mercado de trabajo o que se busque enlazar con otras prestaciones, desempleo o IP. Con la propuesta final de que, reconfigurada la situación de necesidad, resultará inevitable cohonestar la acción protectora del Sistema con la vertiente laboral (en la dimensión suspensiva del contrato de trabajo y mantenimiento del trabajo, evitando la extinción de la relación laboral) y con la de protección de la seguridad y salud en el trabajo. Aun cuando no se pueda profundizar en este estudio en la vertiente preventiva, baste recordar a estos efectos los artículos 25 y 26 LPRL, el primero en el sentido de que prohíbe que los trabajadores sean empleados en puestos de trabajo cuando se encuentren manifiestamente en estado o situaciones transitorias que no responden a sus exigencias, deviniendo entonces necesarios planes de acompañamiento laboral para que se produzca una reincorporación medida y controlada que permita revisar el nivel de exi-

27 En este sentido CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral...*, cit. p. 251 y ss.

28 DUEÑAS HERRERO, L.J.: “Contingencia y prestación de incapacidad temporal”, en BLANCO MARTIN, J.M.: *Las incapacidades laborales: un punto de vista práctico*, Lex Nova, 2005, p. 71.

gencia empresarial<sup>29</sup>. Y el segundo, art. 26 LPRL, que puede utilizarse como modelo para proceder a la adaptación o los ajustes necesarios en la actividad en el contexto de una IT adaptativa o funcional.

## **2.2. Configuración del subsidio**

En la actualidad la configuración legal del subsidio se articula en torno a tres elementos: alteración de la salud; efecto incapacitante en el trabajo; transitoriedad del proceso. O dicho de otra forma, los criterios selectivos de situaciones objeto de protección giran en torno al trinomio alteración de la salud-asistencia sanitaria-capacidad laboral, de modo que se ha de valorar tanto las consecuencias físicas o psíquicas para la personas trabajadoras como la repercusión en la capacidad laboral conformándose la asistencia sanitaria como el elemento que marcará la temporalidad de la protección y actuará como instrumento de control inicial y sucesivo mediante la expedición de los correspondientes partes médicos de baja.

### **2.2.1. Alteración de la salud. Elemento necesario pero no suficiente**

Podría subtitularse, más allá de una alteración de la salud que requiera de asistencia sanitaria para generar derecho a la prestación económica.

La configuración legal del subsidio de IT se sustenta en la alteración de la salud que requiere temporalmente asistencia sanitaria “de la Seguridad Social” y afecta a la prestación laboral porque la capacidad productiva queda también alterada. En las sucesivas reformas de la protección por el Sistema de Seguridad Social de esta contingencia no se ha dado solución a aquellos supuestos en los que materialmente hay limitación o imposibilidad de trabajar pero que no encajan en la prestación porque, sencillamente, no está prevista para ellos asistencia sanitaria pública o porque no siempre se requiere esa asistencia médica o porque, en fin, siendo ésta necesaria, la alteración de la salud clínicamente diagnosticada solo tuviera afectación potencial en la capacidad laboral, de forma indirecta, en cuyo caso solo cabe una medida interrumpida de carácter clínico en el marco de la tutela de la seguridad y salud en el trabajo. Y desde la perspectiva de la ordenación actual de la prestación no puede olvidarse que, incluso cuando hay una alta médica por mejoría y, por tanto, ausencia de curación o recuperación clínica total, se puede mantener o prolongar una alteración de la salud que, de acuerdo con lo dispuesto en las normas de Seguridad Social, no generará derecho a la prestación económica si, conforme a lo dispuesto en el art.174.1 LGSS, el trabajador puede realizar “su trabajo habitual”.

29 Ampliamente, CRESPI FERRIOL, M.: “La incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo”, *Revista Trabajo y Derecho*, n.122, 2025, p.12/24

Es por ello que, el binomio asistencia sanitaria-prestación económica exigiría reconfigurar la prestación de Seguridad Social.

Pongamos por un momento atención a las que hace poco se han insertado como "situaciones especiales" en el esquema tradicional de la IT y su concepto formal de la contingencia. Situaciones, se dicen nuevas, que "en cierto modo, ya estaban protegidas y en cuya regulación se mezclan técnicas de diversas contingencias "<sup>30</sup>.

La LO 1/ 2023, de 28 de febrero, introduce tres supuestos de protección de la IT por contingencias comunes en el art.169 LGSS: "menstruación incapacitante secundaria" (dismenorreas); "interrupción del embarazo, voluntaria o no" y "gestación de la mujer trabajadora a partir de la 39<sup>a</sup> semana de gestación". Las dos primeras, se apunta, cubiertas desde hace tiempo por la seguridad social porque responden a patologías que "ya venían siendo reconocidas como situaciones ordinarias de IT, sin perjuicio de las numerosas deficiencias que se observan en su regulación jurídica"<sup>31</sup>, por ejemplo, si estas situaciones son o no comprensivas de otras patologías asociadas a la misma, esto es, si es posible una interpretación amplia o por el contrario estricta; o si hubiera sido más coherente establecer una prestación diferenciada de la IT y en algún caso, como ocurre en la interrupción del embarazo, que evidencia claramente una alteración de la salud, se debería haber solventado la necesaria conexión con las prestaciones por maternidad, paternidad y riego durante el embarazo, porque cabe entender que las consecuencias patológicas de la interrupción serán protegidas por la IT y la recuperación física y mental quedarían en el marco de la prestación por nacimiento y cuidado del menor.

En particular, por el posible efecto en el absentismo justificado desde una perspectiva de género, brevemente alguna consideración en torno a las dismenorreas o reglas doloras, a partir de la pregunta: ¿en todo caso hay necesidad de asistencia sanitaria para solventar esta alteración de la salud? Porque en muchas ocasiones pudiera no tener sentido la protección por IT en su configuración actual, previéndose otras medidas adaptativas del puesto de trabajo; como bien se ha indicado, "que la mujer tenga que cogerse baja médica algunos días del mes, todos o casi todos los meses del año, es una situación que, siendo realistas, es insostenible para muchísimas empresas y puede provocar su segregación del mundo laboral"<sup>32</sup>. ¿Siempre una enfermedad provoca esta situación? Porque el precepto legal no indica que las dismenorreas deban ser refractarias al tratamiento y que deba haber una pauta de tratamiento y seguimiento por facultativos especialistas en ginecología y obstetricia; sino, bien diferente, la "incapacidad" para su trabajo lo provoca muchas veces el dolor

30 TRILLO GARCÍA, ANDRÉS R.: "Configuración y desfiguración de la incapacidad temporal", en MONEREO J.L. Y MORENO, F. (Dtores): *Cuestiones actuales den materia de Seguridad Social*, Tomo I, Libro homenaje al Prof. Tortuero Plaza; Laborum, 2024, p.421 y ss.

31 RODRIGUEZ INIESTA, G.: "Incapacidad temporal y su enfoque de género", en MONEREO J.L. Y MORENO, F. (Dtores.), op. cit., p. 456.

32 DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. Y ARMIJO SUÁREZ, M.: "La nueva regulación de la dismenorreas o reglas dolorosas", Briefs AEDTSS, núm.15, 2023

(dificilmente objetivable y, según la norma, lo que es claramente deficiente, no revisable) y no siempre una enfermedad o una patología orgánica subyacente previamente diagnosticada. De modo, como bien se ha indicado, y si de alteración de la salud se trata, habría que haber especificado que esta menstruación “puede devenir de una patología secundaria diagnosticada o mientras se está en estudio”, sin perder de vista que el listado de las dolencias que pueden provocar la menstruación incapacitante que se ofrece en la Ley no es acertado<sup>33</sup> desde una perspectiva clínica.

El tercer supuesto consiste en imputar a la IT los episodios que afecten a la gestación cuando hubiera sido mucho más coherente su inclusión en la maternidad porque en aquella situación no existe una alteración de la salud que precise de asistencia sanitaria (y si existiera ya quedaría cubierta en la situación general de IT) e impida temporalmente desarrollar una actividad laboral.

Se critican los tres supuestos indicando, por un lado, su falta de coherencia con el esquema actual de la IT y, por otra, porque no todas estas situaciones generan una situación incapacitante. Y ello es obvio porque se intenta insertar estas “nuevas” situaciones en la configuración inmutable de IT. Expresado de otro modo, como no se ha reconfigurado la IT en el sentido que orienta este estudio, se ha entendido posible por el legislador el encaje no perfecto con la IT evitando cualquier inserción en otras contingencias, como puede ocurrir con los episodios que afecten a la gestación en la de maternidad, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia porque tal vez el coste de su regulación independiente, o dentro de la protección por nacimiento y cuidado del menor, hubiera generado un coste para la SS inasumible.

Y lo mismo ocurre en relación con la última situación especial de IT, la de donación de órganos o tejidos para su trasplante considerada legalmente como “situación especial de IT por contingencias comunes” (incorporada en el art.169 LGSS por la Ley 6/2024, de 20 de diciembre) en tanto que no hay una alteración de la salud derivada de enfermedad alguna que imposibilite de forma real y efectiva la prestación laboral sino que es consecuencia o bien de la preparación médica de la cirugía o por el ingreso hospitalario para la realización de esa preparación o la realización del trasplante hasta, se dice, ser dado de alta por curación. De modo que es la cirugía médica la que provoca la ausencia (lo que encajaría en una IT normal) y la propia preparación de la cirugía pasa a costearse por el empresario a través de un permiso retribuido (art.37.3 g ET).

Al margen de estos supuestos o, precisamente, por el diseño jurídico confuso en torno a la situación incapacitante material, por mucho que el legislador haya estable-

33 Se incluyen en la Exposición de Motivos de la Ley: “patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos o dificultades en la salida de la sangre menstrual de cualquier tipo”. Ampliamente DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. Y ARMIJO SUÁREZ, M., cit., que explican cómo el síndrome de ovarios poliquísticos no es causa de dismenorrea, que los pólipos se suelen operar y que no se recogen la hipermenorrea refractaria al tratamiento, que no siempre es dolorosa, y el síndrome disfórico premenstrual.

cido en torno a ellas una justificación formal, nos adentramos en la cuestión que se analiza a continuación.

## **2.2.2. La inexplicable ausencia de la lógica médico-funcional en la valoración del estado de salud**

No es el momento de ocuparnos de la diferencia de protección entre los riesgos profesionales y los comunes, aunque no pueden obviarse los datos sobre la duración de los procesos de IT por unos y otros<sup>34</sup>. Sí debemos plantear que la valoración médica deba incorporar necesariamente al diagnóstico clínico el médico legal o médico funcional, de modo que se especifique no solo si el estado de salud afecta a la capacidad laboral sino cómo, en qué medida, en qué grado o nivel, para establecer procedimientos médicos de adaptación del trabajo durante la ausencia por IT y ello en cualesquiera de los riesgos desde la perspectiva del Sistema de Seguridad Social. Como bien se ha explicado, se trate de riesgos profesionales o comunes en el origen de la IT, pueden también confluir diferentes causas atendiendo a las condiciones sociales, económicas y organizacionales a las que la persona trabajadora puede estar sometida, sin olvidar los factores que afectan individualmente a la persona y los propios de las empresas<sup>35</sup>.

Solo una breve alusión a dos circunstancias que permiten justificar esa necesaria orientación médico-legal o funcional-organizacional.

En primer lugar, el dato constatado del aumento de los riesgos psicosociales (de los que puede derivar las que desde la perspectiva médica se califican como enfermedades o patologías mentales<sup>36</sup>), entre ellos la violencia y acoso en el trabajo (sea moral, por razón de sexo u orientación sexual, acoso sexual) más aún cuando se ha ampliado el cuadro de los riesgos psicosociales, que pueden o no tener su vincula-

34 Se ha constatado que los procesos gestionados por las Mutuas presentan una duración menor a los gestionados por la sanidad pública. Y se indica, por ejemplo, que los procesos derivados de alteraciones traumatólogicas de origen común tardan, de media, 26 días más en recuperarse que los que la padecen derivada de AT o enfermedad profesional. AMAT: *El absentismo laboral derivado de contingencias comunes 2023-2024*, p. 5.

35 GARCÍA VIÑA, J.: *El absentismo laboral y su gestión...*, cit., p. 122 y ss.

36 Según el INSST, los trastornos mentales suponen la segunda causa de baja por IT en España, mostrando un crecimiento muy significativo los asociados al trabajo, tales como las bajas por síntomas emocionales, los diagnósticos por estrés grave y los trastornos de ansiedad. Puede consultarse <https://www.insst.es/noticias-insst/los-trastornos-mentales-suponen-la-segunda-causa-de-baja-por-incapacidad-temporal-en-espana>.

Según el IVIE si las algias (cervicalgias, lumbalgias, dorsalgias...) son la principal causa de jornadas laborales perdidas, las patologías relacionadas con la salud mental han desplazado a la traumatología como segunda causa de las jornadas perdidas. Las algias y los trastornos mentales concentran el 51,1% de los días de baja de los asalariados. Añadiendo que el fuerte crecimiento de la IT por diagnósticos relacionados con la salud mental es la principal causa para los trabajadores menores de 30 años y en el segundo entre los mayores de esa edad. Puede consultarse en [https://www.ivie.es/es\\_ES/los-dias-de-baja-por-salud-mental-aumentan-un-88-desde-2018-y-ya-son-la-segunda-causa-de-absentismo-laboral-por-it-por-detras-de-las-algias/?utm\\_source=google&utm\\_medium=organic](https://www.ivie.es/es_ES/los-dias-de-baja-por-salud-mental-aumentan-un-88-desde-2018-y-ya-son-la-segunda-causa-de-absentismo-laboral-por-it-por-detras-de-las-algias/?utm_source=google&utm_medium=organic)

ción directa con la prestación laboral y que en muchos casos pudieran ser de difícil objetivación lo que, es evidente, genera un problema para el adecuado diagnóstico, tratamiento, gestión y control por parte del sistema sanitario.

En segundo lugar, el dato respecto de las que cabe definir como enfermedades de larga duración, no tanto atendiendo a la extensión temporal del proceso incapacitante (elemento externo) como a la gravedad de la enfermedad (elemento intrínseco), que puede requerir una hospitalización inicial más o menos prolongada y después un tratamiento médico continuado del que pudiera derivar una moderación paulatina de la sintomatología. Como puede ocurrir con el cáncer, tal y como cabe apreciar por las asociaciones nacionales, sea la de nuestro país o de otros, como EEUU<sup>37</sup>, aunque, es cierto, si bien en la mayoría de las ocasiones el cáncer no implica una pérdida de capacidad productiva, también se aprecia que es necesaria la adaptación laboral atendiendo a los requerimientos médicos y funcionales, interdisciplinares, con intervención de especialistas en salud laboral y en oncología médica<sup>38</sup>, sin perjuicio, por supuesto, de que inmediatamente se plantee cuál sería el coste de estas medidas adaptativas laborales y quién debería asumirlo. Cuestión a la que prestamos atención en apartados siguientes.

De ahí que los avances en la asistencia sanitaria y en los tratamientos rehabilitadores (éstos inexistentes en el contexto del origen de este elemento definitorio en la LAT de 1900), tal y como ha avanzado ya desde hace años estudios de medicina legal, y las diferentes situaciones que cupiera en la realidad existir en torno a determinadas enfermedades, degenerativas progresivas, enfermedades psicosociales, enfermedades graves largas o incluso en las musculoesqueléticas, y los buenos servicios de prevención permiten concluir que la valoración y acompañamiento médicos para diseñar planes de adaptación y regreso progresivo al trabajo pueden aplicarse y resultarán útiles bajo el principio de intervención terapéutica precoz con la finalidad, además, de lograr la calidad de vida de la persona trabajadora. Y es en este contexto en el que hay que valorar la actual propuesta del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones a los agentes sociales en relación con planes de recuperación orientados a las enfermedades que tengan su origen en procesos oncológicos, isquémicos cardíacos o accidentes cardio vasculares o traumatológicos graves, incluidas situaciones post-trasplante. Que, a la vista de los estudios médicos legales

37 En EEUU, puede consultarse American Cancer Society, *Trabajar mientras se está en tratamiento contra el cáncer*, <https://www.cancer.org/es/cancer/supervivencia/bienestar-durante-el-tratamiento/trabajar-mientras-se-esta-en-tratamiento-contra-el-cancer.html>.

En nuestro país, puede consultarse INFOCOP, Consejo General de la Psicología de España, que aboga por programas integrados y multidisciplinares que, con apoyo en numerosos estudios científicos, requieren de un enfoque centrado en la persona en relación con los varios factores que pueden facilitar la vuelta al trabajo, <https://www.infocop.es/como-gestionar-el-cancer-en-el-ambito-laboral-2/>

38 Véase, al respecto, el Documento del Grupo de Trabajo de la Asociación de Medicina de trabajo (AEEMT), sep.2021 "Cáncer y trabajo", puede consultarse en <https://www.aeemt.org/web/2021/09/12/documento-cancer-y-trabajo/>

de hace años, a los que de nuevo se alude en la actualidad por nuestra doctrina<sup>39</sup>, parece inspirarse como modelo, aunque muy limitadamente, en el RD 1148/2011, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave<sup>40</sup>, que, cabe advertir, en su reforma de 2023, introduce la posibilidad de intervención de los facultativos de los servicios médicos privados. Propuesta que, como se verá, implícitamente conecta claramente con la reconfiguración de la contingencia y debe valorarse positivamente pese a que pueda considerarse poco ambiciosa, en particular, porque parece dejar al margen las enfermedades mentales o patologías relacionadas con la salud mental (cuando, como se indicó, han desplazado a las traumatológicas como segunda causa de las jornadas perdidas). Y, como se analizará en infra apartado relativo a la temporalidad de la prestación, cabría extender cuando menos a los procesos de IT de media o larga duración cualquiera que fuera el tipo de dolencia o lesión. Tal vez la necesidad de establecer un procedimiento reglado, técnica y económico viable y objetivado haga en estos momentos que la propuesta para este plan de acompañamiento o recuperación laboral de las personas trabajadoras con enfermedades graves e intrínsecamente largas sea o deba ser el primer paso.

Una breve reflexión. El especialista clínico y el médico-legal no conocen ni les compete diferenciar riesgos y, por tanto, su valoración debe orientarse a la consecución del principio de consideración conjunta de las contingencias superando la causa o vinculación de la enfermedad y el accidente con ocasión o como consecuencia del trabajo concreto desarrollado por la persona trabajadora, primando la consecuencia, esto es, la valoración que haya de hacerse en relación con la capacidad laboral y la actividad o profesión habitual. De modo que corresponderá a los médicos especialistas en medicina legal determinar el nivel o intensidad de la alteración de la salud también en su dimensión funcional<sup>41</sup> y requerirá, tal como exponemos en el apartado siguiente, estimar si la afectación de la alteración de la salud en la capacidad laboral ha de ser real y efectiva o también cabría encajar la afectación potencial, y si así fuera, la necesidad de que el servicio público de salud actuara con una lógica preventiva-reparadora. Sin perjuicio, por supuesto, de que

39 CRESPI FERRIOL, M.: "Incapacidad temporal y planes de retorno: una reforma necesaria", *Revista Trabajo y Derecho*, n.73, 2021, pp.1 y 11/24.

40 Este RD, modificado en 2023 por el RD 677/2023, de 18 de julio, dice que "tendrán la consideración de enfermedades graves las incluidas en el listado que figura en el anexo". Anexo que, modificado por Orden del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones 103/2019, de 6 de febrero incluye hasta 17 especialidades, con un total de 117 enfermedades, entre ellas las que se enmarcan en la psiquiatría, con la descripción amplísima de "cualquier otra enfermedad psiquiátrica grave que, por indicación expresa facultativa, precise de cuidados permanentes en régimen de ingreso hospitalario u hospitalización a domicilio".

41 Cabe referir que el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en el boletín de noticias 11/2025 del Sistema RED recuerda que es obligado comunicar al INSS el *puesto de trabajo y la descripción de funciones* indicando que "resulta esencial e imprescindible esa información para la adecuada valoración médica de los procesos de IT y para un reconocimiento médico más adecuado sobre el mantenimiento o el alta médica del proceso de IT".

aquellos, los riesgos laborales sean protegidos por el sector preventivo del ordenamiento jurídico, y desde la lógica del incumplimiento en su caso por parte del empresario de las obligaciones de vigilancia y protección de la seguridad y salud laborales.

### **2.2.3. Replanteamiento del binomio alteración de la salud-capacidad laboral**

Hace ya quince años, el Gobierno elaboró un documento que sirviera de base a los trabajos de la Comisión Parlamentaria para la Revisión del Pacto de Toledo de 2010. En ese documento se decía:

*Es preciso reflexionar sobre cómo incentivar el cambio de puesto de trabajo ante dificultades adaptativas que están detrás de muchas de las bajas de mayor duración. La incapacidad parcial puede ser una estrategia, especialmente en los procesos psicosociales (en los que es necesario asociar en el diagnóstico y en el tratamiento a los profesionales de la psicología), que ayude a disminuir la prolongación de los procesos y a eliminar las frecuentes recidivas, aunque siempre ha sido contemplada con desconfianza entre los gestores del sistema por la posibilidad de que abriera puertas a nuevos usos indebidos, y en este sentido debería abordarse sometida a controles concretos.*

Lo que ya se planteaba entonces en torno a las bajas de larga duración, con mención especial a las psicosociales, no era otra cosa que la idea, constatada entonces y en los años posteriores, que cuanto más se alargue la IT menores posibilidades hay de reincorporación laboral. De modo que una IT Parcial modulable y compatible con el trabajo, esto es, una IT reconfigurada atendiendo a las múltiples variables del binomio alteración de la salud-capacidad laboral, fuera el objetivo final de la reforma legal propuesta.

Estas orientaciones no se traspasaron finalmente al Informe de Revisión de Pacto de Toledo publicado en 2011. Y desde entonces, no ha existido propuesta y menos la adopción de medida legislativa alguna respecto de la "IT Parcial", a la que más ampliamente podría denominarse IT adaptativa o IT funcional, aunque inicialmente se pensara como primer paso en su configuración en las bajas de mayor duración y especialmente en los procesos psicosociales con la finalidad de acortar procesos y eliminar frecuentes recaídas (no recidivas). Sencillamente, porque no se ha modificado el concepto legal primigenio de la contingencia, o mejor expresado, el elemento que refiere a la afectación al trabajo y menos aún en relación con la necesidad de tutelar o proteger la salud en los casos en que dejan de prestarse servicios por motivos relacionados con su alteración.

Vayamos por partes. En primer lugar, la afectación al trabajo recordando la configuración legal de la contingencia de Seguridad Social, en la que cabe apreciar dos elementos, uno el relacionado con el objeto de afectación, la capacidad de trabajo o capacidad laboral. Otro, relacionado con el grado de afectación (intensidad)

### a. Capacidad laboral y trabajo habitual

Para medir la intensidad de la afectación se requiere previamente determinar qué haya de entenderse por capacidad de trabajo-capacidad de ganancia derivada del mismo a estos efectos. ¿A qué refiere la capacidad laboral y qué elementos giran en torno a su determinación que se proyecten en la afectación de la salud?

La expresión que utiliza en algunas ocasiones el legislador, como por ejemplo en el RD 625/2014, art. 2º.2<sup>42</sup>, (que refiere a la capacidad del trabajador para realizar su trabajo), no se define. Habría, por tanto, que identificarla, desde una perspectiva subjetiva, con la aptitud profesional para desempeñar las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, en el sentido de que ha de referirse al “complejo de requisitos de orden psíquico, intelectual y cualitativos, y físicos que representan la condición en base a la cual un individuo es materialmente capaz de cumplir un determinado trabajo”<sup>43</sup>.

Esa capacidad laboral se ha de proyectar sobre el trabajo, sobre el trabajo concreto o específico que desarrolla el trabajador en el momento de la valoración de su alteración de la salud. El legislador de seguridad social refiere en algún precepto (por ejemplo, art.2º.2 RD 625/2014, art.174.1 LGSS) al “trabajo habitual”. Expresión que, desde una perspectiva objetiva, podría entenderse como el conjunto de cometidos concretos, tareas o funciones que describen el puesto de trabajo que tenga asignada la persona trabajadora. Recuerda el término al que utiliza la norma de Seguridad Social para diferenciar los grados de la Incapacidad Permanente, la Parcial y la Total, atendiendo a todas o a las fundamentales tareas de su trabajo habitual, a la influencia de la alteración de la salud en el rendimiento cuantitativo o cualitativo y, en fin, a si esas tareas se pueden o no realizar con un mínimo de seguridad o eficacia. Y debería comprender también, en un sentido más amplio, la valoración de si se puede realizar otras tareas habituales, aunque no fueran las fundamentales de su actividad.

La duda al respecto es si habría también que introducir un elemento externo funcional para definir el trabajo habitual, esto es, el haz de condiciones en que se desarrolla el trabajo atendiendo, entre otras variables, al tiempo, lugar, modo (presencialidad, desplazamientos...). Porque, precisamente, en relación con esta vertiente juega la definición de lo que sea el trabajo específico que desarrollaba el trabajador en el momento en que se produce la lesión y, como cabe apreciar, ofrecería una vertiente muy limitada a la perspectiva de este estudio sobre la contingencia, esto es, orientada al trabajo. Se trata, en definitiva, de valorar si esas otras circunstancias determi-

42 De 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

Dispone el citado precepto que “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 necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico como su posible incapacidad para realizar su trabajo”.

43 TORTUERO PLAZA, J.L.: “Elementos conceptuales de la IT y derecho de protección”, en TORTUERO PLAZA, J.L. y MORENO ROMERO, F.: *La incapacidad temporal en España y Brasil*, Edit.Comares, 2018, p. 8.

narián también lo que es trabajo habitual a estos efectos; de modo que no puedan cambiarse esas condiciones de tiempo, lugar, modo o forma de trabajar. Es evidente la consecuencia cuando hubiera que contestar a la pregunta de si pudiendo realizar las tareas fundamentales de su trabajo, no puede trasladarse físicamente al centro de trabajo ¿el teletrabajo no podría ser posible para mitigar los efectos incapacitantes del trabajo?

Se trataría de conjugar dos perspectivas que, pese a lo indicado por el legislador para la Incapacidad Permanente (IP) contributiva (art.194.2 LGSS.), no se han puesto en práctica, a saber, la objetivación máxima para completarla, solo de forma complementaria y limitada, con una más individualizada. Como se sabe, la previsión en la norma legal de un desarrollo reglamentario que tuviera en cuenta la incidencia de la alteración de la salud en la capacidad laboral y en el desarrollo de la actividad que ejercía el interesado en relación con el *grupo profesional* de éste nunca, hasta la fecha, se ha producido. Lo que permitiría un menor margen discrecional para el facultativo y evitaría que el sistema siga siendo altamente individualizado y genérico con gran casuismo interpretativo derivado de las características y circunstancias personales del trabajador afectado<sup>44</sup>.

Si conjugamos capacidad laboral y su relación con trabajo habitual e introducimos un elemento externo funcional pudiera ser que el trabajador, a consecuencia de la enfermedad, no pudiera llevar a cabo las tareas fundamentales del concreto puesto que desarrollaba en ese momento pero sí pudiera realizar otras tareas para las que está capacitado y que se encuadren en su mismo grupo profesional (lo que actuaría, razonablemente, como límite en la valoración). Si así fuera, habría que admitir sin cortapisa alguna que en estos casos se pudiera compatibilizar la prestación económica de IT con el trabajo durante la percepción del subsidio.

Lo que inevitablemente abogaría a abandonar la concepción tradicional y más restrictiva de la afectación de la alteración de la salud en relación con la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión o trabajo habitual de la persona trabajadora con base en una lógica objetiva-subjetiva y funcional en relación con el trabajo específico. Lo que requerirá de un informe médico del facultativo que pueda valorar la merma, insuficiencia, limitación de la capacidad, habilidades y aptitudes concretas atendiendo a las diferentes funciones que se incluyen en la actividad con la finalidad de determinar las posibilidades de trabajo que tuviera la persona trabajadora para, en su caso y con las necesarias adaptaciones o ajustes razonables, poder continuar con el trabajo que venía desarrollando siempre que no se perjudicara la recuperación plena de la capacidad. Compatibilidad entonces que habría referirla de modo amplio tanto a la posibilidad de que pudiera seguir desarrollando el trabajo adaptado en la misma empresa o que pudiera compatibilizar la IT con otros trabajos que estuviera

44 En este sentido, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias" en VVAA: *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Edit. Bomarzo, 2010, p.165.

desarrollando fuera de aquella. El criterio individualizante en torno a la capacidad laboral del trabajador y a las funciones específicas dentro del grupo profesional permitiría valorar si pudiera mantener su capacidad productiva y de ganancia asociada a otro trabajo u otros puestos de trabajo, compatibles con su capacidad laboral y distintos del habitual una vez transcurrido el menor plazo posible desde el reconocimiento de una Incapacidad Temporal (plazo que deberá determinar el legislador y que no debería exceder de 30 días) atendiendo al carácter dinámico de la temporalidad de la prestación económica.

No se desconoce la orientación o concepción tradicional y restrictiva que mantuvo hace años la doctrina científica y la judicial entre la alteración de la salud y el efecto incapacitante como tampoco que desde hace tiempo se viene indicando que esa relación o conexión debiera ver disminuida su rigidez, aunque es cierto, solo se proponía una flexibilidad limitada<sup>45</sup>. Y, precisamente, esa orientación inicial o revisitada, pero en todo caso, restrictiva también requiere de un planteamiento más decidido insertando mayores dosis de flexibilidad siempre que la recuperación clínico-funcional del trabajador no se viera perjudicada para articular una IT flexible en el sentido razonablemente más amplio. Lo que exigirá una definición lo más objetiva posible de capacidad laboral, de las medidas para su restablecimiento y de las necesarias adaptaciones que hubiera que acometer para que la IT recobre su finalidad u orientación hacia el empleo y el trabajo, hacia su retorno y la posibilidad de compatibilidad laboral. Y habrá que determinar de forma precisa y objetivable, no solo si el trabajador puede llevar a cabo las tareas fundamentales de su trabajo, sino si puede realizar las fundamentales de otro puesto de trabajo o, incluso, si puede desarrollar algunas de su puesto, aunque no sean fundamentales. Sin olvidar, por cierto, las diferentes condiciones de trabajo o, incluso, las diferentes formas de trabajo, como el teletrabajo. De este modo, la valoración de la capacidad laboral y del trabajo habitual debería ser específica con dosis de flexibilidad que pudiera justificar una IT funcional.

Para cerrar la reflexión en torno a la graduación de la gravedad de la lesión o alteración de la salud, hay que referirse al nivel de afectación de la capacidad laboral que abre la puerta a la prestación económica de IT.

## b. Intensidad de la afectación. De la afectación absoluta a la relativa

Por lo que refiere a la intensidad de la afectación de la alteración de la salud en la capacidad productiva o de ganancia, la *imposibilidad absoluta* para todo tipo de trabajo la caracteriza desde la LAT 1900, cuyo artículo 4º hablaba de "incapacidad

45 TORTUERO PLAZA, J.L.: "Elementos conceptuales de la IT", VVAA: *Estudios sobre Seguridad Social...*, cit., p. 858, donde se advertía que "la referencia a la actividad concreta en relación con el efecto incapacitante debe alcanzar no solo al conjunto de obligaciones a ella inherentes, sino a la forma y a los medios necesarios para llevarse a cabo". Poniendo como ejemplo el supuesto en que la lesión impida el desplazamiento, realizar movimientos o permanecer en una cierta postura o bien permanecer en un espacio o ámbito determinado.

absoluta temporal". Expresión que, desaparecida posteriormente en las normas de LGSS, se cambia por la de "impedimento para el trabajo" (base 7<sup>a</sup> de la LBSS de 1963) como elemento conceptual inalterado hasta el momento y, pese a las sucesivas incorporaciones de situaciones asimiladas, más aún respecto de las últimas, se ha mantenido por la doctrina y por la jurisprudencia, hablando recurrentemente de "imposibilidad o inhabilitación laboral", lo que, evidentemente, se proyecta en la absoluta incompatibilidad con el trabajo y, atendiendo a la orientación laboral de la IT, ha incidido en la consideración de causa de transgresión de la buena fe contractual el trabajo o realización de actividades laborales o profesionales durante la IT, aunque no haya una prohibición general de trabajar y, por tanto, la interpretación sea flexible, advirtiéndose de una doctrina judicial razonable en torno a la admisión o no de trabajo durante la situación de IT, tal y como se analiza detenidamente en el capítulo correspondiente de este número monográfico, al que remitimos.

Hasta ahora el legislador no ha previsto grados o niveles a modo de lo que acontece con la IP; cuando, el todo o nada, o sencillamente como se dijo, la concepción de la salud como una "variable binaria"<sup>46</sup> no responde a la realidad médico-funcional porque, como hace tiempo se constató, había (y hay) un amplio conjunto de afectaciones en las cuales no es sencillo calibrar la intensidad con que la capacidad de trabajo se ve o no se verá afectada<sup>47</sup>. De modo que la ausencia de grados o niveles de afectación de la alteración de la salud en la capacidad laboral incide en un amplísimo margen de discrecionalidad en el facultativo para determinar la existencia y efectos de la alteración de la salud, de la enfermedad o de la lesión, cuando no se dispone por aquél de un criterio objetivo funcional en la valoración para determinar no solo si aquella capacidad queda alterada sino cómo y en qué medida.

En este sentido, la actual LGSS mantiene hasta ahora la única y posible afectación para que sea IT, la absoluta, aunque se constata que la exigencia legal [ art.169.1.a) LGSS] de que el trabajador "esté impedido para el trabajo" (lo que cabe entender que encierra una incompatibilidad absoluta respecto de cualquier tipo de trabajo) no se armoniza con lo dispuesto en el actual RD 625/2014, de 18 de julio, que refiere, como decíamos supra, a la incapacidad para la "profesión habitual" (art.2º.2) . En el mismo sentido, el art.174.1 LGSS contempla como causa de extinción de la prestación la curación o *mejoría* que permita al trabajador *realizar su trabajo habitual*. Pero posteriormente, el art. 175 LGSS dispone que el trabajo por cuenta propia o ajena (con independencia por tanto si refiere al trabajo habitual o a otro) es causa de denegación, anulación o suspensión de la prestación; por lo que, parece, hay una previsión legal primera de que no es posible compatibilizar la prestación de IT con cualquier otro trabajo; después se vincula específicamente "su" trabajo habitual. Para de, nuevo, volver a una incompatibilidad referida genéricamente a otro trabajo. Sin olvidar,

46 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: "Las prestaciones de incapacidad temporal...", cit., p. 52.

47 GARCÍA NINET, J.I.: "La incapacidad temporal", en VVAA: *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, p.2.

lo que ya es realmente incomprendible y difícilmente entendible, que se permita por la jurisprudencia compatibilizar el subsidio con el ejercicio de otra profesión iniciada con anterioridad y la doctrina judicial admita que puede realizar actividad durante la IT. De modo que la cuestión es obvia: ¿qué lógica hay en admitir una, cuando había otra actividad al iniciarse la IT, y no admitir la otra cuando la actividad se inicie con posterioridad? Y aunque se intente justificar tanto una, la compatibilidad, como la otra, la incompatibilidad y ésta identificándola como medida cuya finalidad es prevenir el fraude<sup>48</sup>, no cabe olvidar que ya hace tiempo, también con orientación finalista<sup>49</sup>, y de conformidad con lo dispuesto en el art.2.º.2 del RD 625/2014, al que aludíamos más arriba, podría entenderse que, implícitamente, el legislador está asumiendo que una misma dolencia puede generar el acceso a la prestación para una persona pero no para otra en atención a sus ocupaciones en un momento dado. Interpretación que, a nuestro juicio, puede seguir manteniéndose mientras no se modifique el esquema legal actual y, lo más importante, se pueda utilizar razonadamente como justificación de la reconstrucción del concepto de IT. Sin perjuicio de lo que después se dirá, es momento de decidir si trabajar durante la IT es prueba de que no existe impedimento laboral absoluto y se reconfigura la prestación en torno a la capacidad real productiva, incentivando el trabajo siempre desde la recuperación del estado de salud.

Sabemos que este elemento, incapacidad absoluta para trabajar, ha generado importantes cuestiones en torno a si es posible o no compatibilizar la convalecencia, durante el tratamiento médico, con el trabajo o actividad laboral del trabajador y, si así fuera, cómo y cuándo fuera posible sustituir las ausencias laborales totales por el “trabajo adaptado” o mantener ambos, prestación y trabajo, durante un tiempo, atendiendo así a la parcialidad de ambas situaciones. Revisitando las opiniones doctrinales, las de hace unos años y posteriores, no hay una unánime en torno a la concepción absoluta o relativa de la IT y no se oculta la dificultad de llevar a cabo un replanteamiento en un sistema arraigado y tradicional en nuestro ordenamiento jurídico sobre la configuración jurídica de la IT aunque ya en el documento de estudio sobre la reforma del Pacto de Toledo a que hicimos referencia se hiciera mención a la IT *Parcial* con fundamento y finalidad de mejora de la salud. Sin olvidar que durante aquellos años (anteriores/posteriores) se afrontaba también el análisis desde la realidad de otros ordenamientos jurídicos europeos, que se recuerda en estudios más actuales o incluso en un contexto más amplio en relación con los países de la OCDE<sup>50</sup>; aunque, como bien cabe advertir, y partiendo del dato inicial de que la pro-

48 Esta explicación en ROMERO RÓDENAS, Mª. J.: *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Edit. Bomarzo, 2019, p.74 y ss., reiterando la citada tantas veces STS de 19 de febrero de 2022 (Rec.2127/2001), confirmada posteriormente y acogida por la doctrina judicial.

49 Lo retoma NIETO ROJAS, P.: “La incompatibilidad entre el trabajo y la incapacidad temporal. Una necesaria relectura”, en VVAA: *Incapacidades laborales y de Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Edit.Laborum, 2017, p. 252.

50 Puede consultarse JAEHOON LEE, JINWOO LEE, SANG BAEK KOH, “The status and implications of paid sick leave and sickness benefits in OECD countries”, *Annals of Occupational and Environmental Medicine*, 2025, pp.37 y ss; en <https://aoemj.org/journal/view.php?number=1530>

tección económica a través de esta contingencia es una medida común a todos los Estados analizados, es difícil trasladar experiencias de sistemas que difieren entre sí y del nuestro y pudiera no resultar muy útil comparar aspectos parciales sin visión del conjunto y del contexto específico de cada país<sup>51</sup>. Aun así, desde la perspectiva de análisis, se hacía hincapié en la necesidad de estudio y debate en profundidad de la posibilidad de realizar trabajos compatibles con la situación del incapacitado temporal fuera de quien fuera la iniciativa, del propio trabajador o de la entidad aseguradora, exigiendo entonces una respuesta adaptativa del sistema productiva con la finalidad de recuperación

### c. Afectación relativa y situaciones protegidas

Esa flexibilidad requiere de una configuración nueva de la IT, que debería sencillamente denominarse *prestación económica por enfermedad o accidente*, definida con base en los elementos básicos de alteración de la salud que afecta a la capacidad laboral y al trabajo habitual específicos del trabajador, exigiendo una valoración de los facultativos con criterios médico-funcionales que permita establecer el nivel de afectación en el supuesto concreto, desde la absoluta (incapacidad o imposibilidad de realizar cualquier actividad) hasta la relativa o parcial. Advirtiendo que el nivel o grado de afectación fijará la transitoriedad del proceso y la ordenación legal de la prestación en todas sus dimensiones, especialmente, en la temporal y la cuantitativa.

De ahí la propuesta de un nuevo modelo legal de implantación progresiva con reconfiguración tanto de la contingencia como de la prestación económica asociada a la misma, distinguiendo entre una modalidad general u ordinaria, vinculada a la afectación absoluta incapacitante; y las que quedarán comprendidas bajo la expresión IT flexible o funcional bajo el prisma de compatibilidad o superposición de la prestación y el trabajo cuando solo hay una afectación relativa de la alteración de la salud<sup>52</sup> durante la duración máxima de la prestación económica.

Estas propuestas, de una forma u otra, no son nuevas. Baste recordar como, a partir del Informe del Gobierno para la Renovación del Pacto de Toledo, la doctrina se ha ocupado de esta cuestión desde entonces, proponiendo medidas razonables y meditadas, con visión holística del problema. Que han sido revisitadas posteriormente y que, de nuevo, a partir de la propuesta 2024-2025 del Ministerio a los agentes sociales, ha aflorado un debate que, a nuestro juicio, está influido más por el posicionamiento político y menos apegado a la realidad y perspectiva técnico-jurídica en

51 LLORENTE ÁLVAREZ, A.: "La prestación de Incapacidad Temporal en los Estados de nuestro entorno", en TORTUERO PLAZA, J.L. y MORENO ROMERO, F. (Dtores): *La Incapacidad Temporal en España y Brasil*, 2017, p.92 y ss.

52 Ya no es, sin duda, como se decía hace no tanto tiempo, una posición minoritaria al respecto. Por el contrario, y en nuestra opinión, lo es aquella que no comparte la opción a favor de la compatibilidad, no acepta las argumentaciones (algunas de las que se expresan reiteradamente en este trabajo) pero no justifica la contraria. Véase ROMERO RÓDENAS, M<sup>a</sup> J.: *La compatibilidad del trabajo...*, cit., p.79

torno a la IT y su finalidad orientada al trabajo, a su mantenimiento y, en su caso, a su retorno rápido.

El planteamiento del Ministerio en torno a la que se dice flexibilidad de la IT se circunscribe a dos medidas 1) compatibilidad de la prestación económica con el trabajo en situaciones de pluriempleo y pluriactividad; 2) reincorporación paulatina y voluntaria de los trabajadores en caso de IT por enfermedades de larga duración o de especial gravedad cuando su estado de salud lo permita, que no es exactamente una IT flexible. Sin que, por otro lado, nada se indique o se plantee respecto de la modalidad general de IT cuando, es fácil comprender, las medidas de flexibilidad que se implantaran necesitarán de un recorrido más o menos para ver su efectividad concreta y, mientras tanto, la protagonista seguirá siendo la IT absoluta con todos los problemas detectados a lo largo de este estudio en relación con el absentismo justificado.

La propuesta que desde la reconfiguración de la prestación económica plantemos en este trabajo exigiría materializar progresivamente en nuestro ordenamiento jurídico una IT flexible o funcional en la que deberán encajarse las siguientes situaciones:

1. Las situaciones en las que es posible compatibilizar la prestación con el trabajo cuando la alteración de la salud no impide absoluta y totalmente la prestación de servicios.

Compatibilidad que habría que articularla desde una parcialidad temporal, y subsidiariamente, funcional porque quedará condicionada en ocasiones no solo a la reducción del tiempo de trabajo (concepto más apegado a la laboralidad, TTP), sino a la adaptación del puesto o de las condiciones de trabajo, o en fin, de las diferentes formas de trabajo, entre ellas, el teletrabajo, atendiendo al concepto de capacidad laboral/trabajo habitual propuesto en este estudio desde la perspectiva del nivel o graduación de la afectación de la lesión o de la enfermedad (concepto más apegado al Sistema de Seguridad Social). Si desde el momento inicial del proceso se aprecia que no hay una incapacidad absoluta se evitaría seguramente una prolongación excesiva de la prestación. Si hay necesidad de la prestación económica porque la alteración de la salud afecta a la capacidad de trabajo aunque sea relativa, el trabajador sabe desde el comienzo que solo se le reconocerá una prestación económica que podría quedar reducida inversamente proporcional a la capacidad productiva o de ganancia que se mantiene.

En primer lugar, la relatividad de la afectación podría deberse a una compatibilidad externa<sup>53</sup>, esto es, a la circunstancia de que el trabajador estuviera realizando simultáneamente dos actividades (pluriactividad y pluriempleo), una que queda afectada y la otra no por la alteración de la salud y siempre que la recuperación del trabajador

53 Aceptada por el TS y por la doctrina judicial, y ésta admitiéndola en supuestos de pluriempleo y de pluriactividad. Ver últimamente, CRESPI FERRIOL, M.: "La incapacidad temporal parcial o flexible...", cit.p.7/24 y ss. También detenidamente en su estudio *Incapacidad Temporal y absentismo laboral...*, p.245 y ss.

no se viera perjudicada. Bastaría con modificar el art. 175 LGSS expresando que no es causa de denegación o suspensión la realización de estos otros trabajos y previendo reglas en torno a la configuración cuantitativa de la prestación en estos casos (como pudiera ser el cálculo de la base reguladora), con la duda de si en todos los supuestos de superposición de la prestación con otros trabajos en otras empresas hubiera que aplicar solo un devengo proporcional de la prestación económica cuando el salario recibido en la actividad compatible no sufrirá reducción alguna. Lo que quiere decir, desde una perspectiva dogmática, que habría que dilucidar previamente si también en este caso hubiera que reconstruir la valoración médica funcional e insertarla en la construcción conceptual de la IT y, en consecuencia, aplicar a este supuesto las reglas que se previeran en torno a la compatibilidad o parcialidad interna. Con los efectos que ello conllevaría desde la perspectiva de análisis; si solo se modificaran las reglas desde la compatibilidad externa, la reordenación legal se orientaría a una mejora de la regulación de la IT, necesaria para evitar situaciones evidentes de inseguridad jurídica, pero solo eso. Por el contrario si se articulara desde la compatibilidad interna, seguramente incidiría en una menor duración del absentismo justificado porque la concepción de IT parcial en sentido estricto conllevaría la reducción de la prestación. Esta modificación es la que se propone ahora por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, parece abogando por una situación de IT parcial-funcional (reducción proporcional de la prestación durante el tiempo que ésta dure en un escalado que habrá que determinar); compartimos la afirmación de que es necesaria pero "insuficiente para contener el crecimiento de la incapacidad temporal"<sup>54</sup>, porque son situaciones que estadísticamente se demuestra que son escasas o residuales, pero es evidente que la propuesta evitará la inseguridad jurídica porque el INSS ha seguido aplicando criterios restrictivos en torno a esa situación.

2. Situaciones de compatibilidad interna, esto es cuando hay una única actividad laboral que se ve alterada solo de forma relativa por el problema de salud.

Compartiendo que el elemento de la relatividad de la situación en la capacidad laboral y en el trabajo habitual se fundamenta en los estudios médicos-legales que desaconsejan la prohibición absoluta de trabajar durante la IT cuando no hay perjuicio para la curación y contribuye a la recuperación o la rehabilitación del trabajador, tal vez las diferentes situaciones que pudieran preverse en torno a la IT flexible y funcional requieran de un planteamiento diferenciado. El enfoque principal o prioritario (reconfiguradas tanto la situación de necesidad como la contingencia) es, como bien se ha expresado, "aprovechar las capacidades laborales que retiene o va recuperando el trabajador, en lugar de centrarse en su incapacidad para desarrollar ciertas tareas"<sup>55</sup>. Y, por tanto, es inevitable, a nuestro juicio, una visión pragmática y realista en su puesta en práctica paulatina, más allá de las experiencias constatadas de otros países que se han analizado por nuestra doctrina, que sopeso tanto los aspectos po-

54 CRESPI FERRIOL, M.: "La incapacidad temporal parcial o flexible...", cit., p.9/24

55 CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal...*, cit., p.253

sitivos (mantenimiento y retorno al trabajo) como los menos positivos (piénsese en un uso indebido, la complejidad del modelo o nuevo sistema o las dificultades organizativas en las empresas con un nuevo coste añadido) y logre la simultánea aplicación de los mecanismos necesarios para el seguimiento y control de las bajas médicas, en los términos propuestos en otro estudio de este monográfico, al que remitimos.

En este sentido, y no cabe obviarlo, no es lo mismo que la valoración médica de la necesidad de asistencia sanitaria considere que es suficiente la compatibilidad de la situación de IT con una reducción del tiempo de trabajo en la actividad que estuviere realizando el trabajador (lo que definiría, en sentido estricto, una IT Parcial desde el enfoque laboral) o que, desde la perspectiva médico-funcional, se propusiera modificar la forma de prestación de servicios, trasladando la presencialidad al teletrabajo si se ajusta al trabajo habitual realizado o con implementación de planes de movilidad adaptados<sup>56</sup>; o, bien diferente, que hubiera que articular un proceso o procedimiento de retorno adaptado con importantes ajustes razonables que exigiera protocolos médicos-legales objetivos que pudieran fijar determinados grados de afectación del trabajo (mínimo, medio o máximo) en unas franjas temporales determinadas, atendiendo a la duración de la alteración de la salud. Y ello, conectado con la razón o causa que fundamentara la compatibilidad, si fuera en un principio necesario atender al criterio de la gravedad de las enfermedades (listando, entonces, las que hubiera que considerarse tales a estos efectos) para en un segundo estadio incluir aquellas situaciones que, según los datos constatados, son las principales causas de ausencia en las jornadas laborales; y concluir con IT Parcial generalizada cuando la valoración médica funcional pueda determinar, cualquiera que fuera la enfermedad y la duración del proceso, los grados o niveles de afectación a la capacidad laboral en unas franjas determinadas para medir la parcialidad de la jornada.

a) En relación con la gravedad de las enfermedades, ya planteamos en páginas anteriores que la propuesta conocida del Ministerio es poco ambiciosa, añadiendo ahora que es deficiente, porque se articula en torno a un doble criterio, gravedad de la enfermedad y transitoriedad limitada de ésta atendiendo a la duración transcurrida del proceso inicial de IT absoluta (se dice, 180 días). Ya dijimos que la lista propuesta de enfermedades debería ampliarse. Si ahora nos referimos al régimen propuesto de IT flexible-funcional, es evidente que, bajo el principio médico de intervención precoz, deben articularse los planes de recuperación necesarios que permitan incorporar laboralmente al trabajador cuando está percibiendo la prestación económica derivada de esta contingencia; iniciándose en el momento óptimo que decidan el facultativo/los facultativos, sin quedar condicionada su puesta en práctica al transcurso de un período mínimo de consumo de IT absoluta y completa y sin que el legislador haya de fijar una fecha de finalización porque coincidiría con la de la temporalidad de la prestación en su período máximo hasta el alta médica con propuesta de IP.

56 Referencia actual obligada es la Ley 9/2025, de 3 de diciembre, que exige al empresario negociar protocolos de movilidad sostenible (nuevo art.85 ET).

La propuesta del Ministerio para estas enfermedades no contempla las múltiples posibilidades de medidas de adaptación de la actividad laboral que pudieran articularse atendiendo al binomio alteración de la salud-capacidad laboral en los términos analizados supra apartado 2.2.3. Tampoco se menciona un contenido mínimo ni las reglas básicas a aplicar en cada caso para conseguir el retorno gradual del trabajador a su actividad laboral. Son muchas las situaciones que pudieran justificar un plan de recuperación individualizado y, en consecuencia, la IT adaptativa y funcional debería incorporar todas las medidas de ajustes razonable que se considerara necesarias.

Como cabe apreciar, esta situación es compleja en muchos aspectos porque juntamente a la valoración específica de la capacidad laboral y del trabajo habitual habría que incorporar, en un sentido más amplio, los demás condicionantes laborales, tal y como ocurre en algunos países que han introducido estos procesos de retorno, aplicables cualquiera que fuera la duración o transitoriedad de la alteración de la salud y la temporalidad de la baja médica.

Es así como, atendiendo a que incluso el alta médica por mejoría quedara condicionada a la adaptación del trabajo, compatible con la recomendación de trabajo a tiempo parcial<sup>57</sup>, es una opción razonable establecer estos planes inicialmente para enfermedades graves, de diagnóstico certero y sintomatología objetivable<sup>58</sup> para contrarrestar el posible uso indeseado, la dificultad organizativa y el coste para el empresario. Y ello con independencia de los planes de retorno que pudieran acordar la empresa y el trabajador en el marco de los convenios colectivos, ideados fundamentalmente para enfermedades de larga duración y pensados para ponerlos en marcha una vez concluida la IT<sup>59</sup>.

Son varias las cuestiones que al respecto habría que solucionar, y no solo en relación con alguna de las medidas que pudieran preverse (teletrabajo), sino en general sobre la naturaleza de los planes de recuperación cuando se produce la alteración de la salud y la afectación relativa de la capacidad laboral. La primera, y fundamental, si fueran voluntarios para el trabajador y pudieran acordarse con la empresa. A nuestro criterio, y teniendo en cuenta que estos planes de recuperación son medidas terapéutico-recuperadoras-rehabilitadoras, se insertarían en el régimen público y obligatorio de Seguridad Social, en una de sus prestaciones, y por tanto, no podrían quedar a la voluntad del trabajador o a su acuerdo con el empresario; son parte del proceso de recuperación y rehabilitación ínsito a la contingencia y su configuración conceptual. No obstante, y es un aspecto bien diferente, las medidas se impondrían por los servicios sanitarios, pero el empresario sería el obligado a llevarlas a cabo, de modo que habría que facilitarle ese proceso (con lo que, a nuestro juicio, habría que confiar en las Mutuas para proporcionar asistencia médica, tratamientos y rehabilitación) en la lógica de protección de la seguridad y salud en el trabajo, advirtiendo al respecto

57 CRESPI FERRIOL, M.: *Incapacidad temporal y absentismo laboral...*, cit., p. 275-276.

58 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: "La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización...", cit., p. 54.

59 Véase FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: "La incapacidad laboral de larga duración y la reincorporación al trabajo: desde la improvisación a la planificación", REJLSS, n.11, 2025.

que la propuesta del Ministerio no especifica cambio alguno en la intervención de aquéllas y de los servicios de prevención de riesgos laborales. Sin olvidar la carga organizativa o el coste económico que ello le pudiera originar; por lo que es más que razonable que, atendiendo a la vertiente productiva-organizativa, se articularen esas medidas adaptativas indicando que el empresario deberá adoptarlas salvo que le supongan una carga excesiva, en la misma lógica que lo dispuesto ahora para la IP (y en los términos analizados en el capítulo específico de este número, al que remitimos). Y, atendiendo al coste, se eliminara el pago directo por el empresario de la prestación en los términos actuales, incluso también el pago delegado; se redujera la cotización por contingencias comunes durante ese tiempo, o, en fin, cuando la adaptación implicara realizar la actividad pero solo en jornada reducida, articular el contrato de sustitución posible con bonificación en la cotización de seguridad social o implantar un sistema de bonus-malo en la cotización (ver infra apdo 3.2).

b) En relación con las principales causas de jornadas laborales perdidas, baste recordar que, según los datos constatados, son por orden de incidencia, las algias, las patologías relacionadas con la salud mental y las patologías traumatológicas y, en general, los procesos de media y larga duración.

En este estadio habría que reproducir lo dicho en el apartado a), por tanto, orientar las medidas, también las de seguimiento y control, bajo el principio de intervención precoz, cualquiera que fuera la duración del proceso, y en este caso incluso mientras duren todas las pruebas clínicas y la determinación certera y objetiva de la terapia, con la posibilidad entonces de teletrabajo o de planes de movilidad adaptados cuando encajara en el trabajo habitual del trabajador y en su capacidad laboral.

Las soluciones intermedias entre la incapacidad temporal y la recuperación total de la capacidad plena exigirían también aquí valorar si solo fuera necesaria una IT parcial en sentido específico, con reducción de la prestación de trabajo que permitiera seguir trabajando con una descarga mayor de lo habitual y pago de la prestación económica de IT en proporción inversa. Y si no fuera posible, subsidiariamente, cuando se estimara que el trabajador estuviera ya parcialmente recuperado pero que aún tuviera afectación en su capacidad laboral y en su trabajo habitual, aplicar la IT adaptativa hasta incluso el alta médica con propuesta de incapacidad permanente. Advirtiendo, lo que vale para este supuesto como para el anterior de compatibilidad interna, que si bien el proceso de adaptación debería insertarse en el régimen jurídico de la IT, pudiera ocurrir que solo fuera necesaria la asistencia médica o la prestación de asistencia sanitaria pero no la prestación económica cuando la reincorporación adaptada pudiera producirse a jornada completa y no a jornada parcial de modo que la capacidad productiva-de ganancia sería total y no habría situación de necesidad que cubrir por esta contingencia profesional-contributiva.

3. Por último, en ese tránsito paulatino de reconfiguración del modelo de prestación económica por enfermedad o accidente en nuestro Sistema de Seguridad Social, debería concluir en la configuración de una IT Parcial (en sentido laboral) directa, aplicable a todas las enfermedades, cualquiera que fuera su etiología, influyan más

o menos en el absentismo justificado y cualquiera que fuera la duración del proceso. Sería un mecanismo que podría articularse fácilmente una vez puesto en práctica los anteriores, que hubieran servido de modelo a los servicios sanitarios para trazar un diagnóstico médico-legal objetivable en relación con la capacidad del trabajador y con su trabajo habitual, siendo recomendable que se haga cuanto antes, bajo el principio de intervención precoz, y atendiendo al dato constatado del porcentaje de bajas de duración inferior a 15 días, aun cuando, como bien se ha dicho, no parece razonable acometer las modificaciones que el sistema supone en la relación de trabajo cuando se trata de una tan corta duración<sup>60</sup>.

En la IT parcial el legislador deberá establecer los tramos de reducción de jornada atendiendo a la duración del proceso y con reducción proporcional del salario en los términos que se establecieran. Por ejemplo, intentar introducir no más de tres tramos de reducción de la jornada, 25%, 50% o 75%, y la reducción proporcional inversa de la prestación económica (75%, 50% y 25%), siguiendo el modelo de la Jubilación Parcial, salvo claro está, en lo que refiere a la aceptación por el empresario y el acuerdo entre éste y el trabajador para articular la reducción de la jornada, el porcentaje, su modificación y, en su caso, su acumulación.

Sin olvidar, lo que es prioritario, que debería fijarse el período máximo de la compatibilidad, hasta el alta médica con propuesta de IP sin olvidar que desde la perspectiva laboral esta situación dejaría ser suspensiva del contrato de trabajo para pasar a ser causa de adaptación/reducción de jornada y de otras condiciones de trabajo, revisando en su caso el régimen jurídico del contrato de sustitución en los términos indicados

#### **2.2.4. Provisionalidad de la afectación y las recaídas**

Nos referimos a la característica interna, flexible y dinámica<sup>61</sup>, a la transitoriedad o provisionalidad de la situación en relación con la alteración de la salud, de modo, que no siendo ésta definitiva, la afectación a la capacidad laboral productiva es provisional fijando así la evolución de la lesión o padecimiento incapacitante.

Una de las cuestiones que se plantea al respecto incide sobre las denominadas legalmente como *recaídas*, respecto de las que también se viene apreciando a lo largo de la evolución normativa una ordenación compleja, porque la provisionalidad de la recaída no se articula perfectamente con la necesaria valoración médico funcional y la reincorporación efectiva y real al trabajo

El art.169 LGSS dispone que se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la *misma o similar patología* dentro de los 180 días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica ante-

60 GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: "La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización...", cit., p.52

61 ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Edit.Civitas, 18<sup>a</sup> edic., 2002, p.270.

rior, sin que se amplíe, en principio, la temporalidad de la prestación, porque el mismo precepto, en su apartado segundo, como regla general, prevé que en el plazo máximo de duración de la IT y su prórroga se computará los períodos de recaída.

De forma muy resumida, de la norma legal se infieren dos elementos básicos en torno a la recaída:

Un elemento causal, que requiere una valoración médica para determinar cuando hay una nueva baja médica por la misma o "similar" patología, expresión que proviene de la LSS de 1966 y de la Orden de 13 de octubre de 1967, sin que se aporte criterio objetivo alguno porque ha de quedar a la valoración del facultativo, con amplias dosis de discrecionalidad. Lo que, de nuevo, generará discrepancias y dificultad para equilibrar todos los intereses en juego en el marco de la regulación de la IT, como ya hemos indicado, porque, como bien se ha expresado, la norma invita a una comparación que es "tan intrascendente desde un punto de vista médico...como absolutamente esencial en el terreno jurídico"<sup>62</sup>. De modo que es la continuidad médica (o persistencia del problema médico) la que marca la continuidad jurídica debiendo centrarse en la relación directa (o vínculo causal) entre los dos procesos médicos.

Un elemento corrector formal (en la expresión ya tradicional del TS, Sentencia de 8 de mayo de 1995, Rec.2973/1994) a la transitoriedad del proceso es el límite temporal de 180 días naturales en el que debe producirse la recaída y que comienza a contar desde que fue emitida la alta médica anterior.

Elemento que, no obstante, y como veremos, admite por el legislador excepciones porque en el fondo está la duda de si y cómo seguir protegiendo a una persona que alarga en exceso su curación, se llega al límite de la prestación, se solicita incapacidad permanente y ésta se le deniega.

Conjugando ambos elementos, la regla es que, si vuelve a existir baja médica dentro de ese periodo y la patología es la misma o similar, continua el procedimiento de IT. Si se produce una nueva baja dentro de ese período pero es por patología no igual o similar, se inicia un nuevo procedimiento; por tanto, no hay recaída<sup>63</sup>. Como regla general también, transcurridos más de 180 días tras el alta médica, aunque se trate de la misma o similar patología, no hay el mismo proceso de IT; hay lo que el TS ha calificado como "recidiva". La cuestión se ha planteado en torno a la posibilidad o sospecha de fraude o, aunque esa no fuera la intención, que un trabajador pudiera solicitar reincorporación a su trabajo, esperar el transcurso de los 180 días y solicitar un nueva IT (ya no será recaída de la anterior). De modo que, admitiendo que nuevos procesos no pueden menguar o rebajar los derechos de protección del trabajador,

62 DÍAZ RODRIGUEZ, J.M.: *La incapacidad temporal por recaída*, Edit. Tirant lo blanch, 2021, p.126.

63 El TS ha venido afirmando que, cuando entre el alta médica de un proceso y la baja médica de otro, han transcurridos menos de seis meses de actividad, adquirirá protagonismo la tipología de las lesiones, esto es, si las lesiones son las mismas, continuará el proceso cerrado en falso (recaída), y si las lesiones son distintas, se abrirá un nuevo y completo proceso de it, no habiendo recaída. SSTS de 8 de mayo de 1995; 15 de diciembre de 1997 y 5 de julio de 2000.

"un trabajador bien o mal intencionado puede estar toda su vida en IT"<sup>64</sup> o, como expresamos, la solución dada permite la sucesión indefinida de períodos de IT y "tiene repercusiones sobre el coste que el empresario soporta si, además, la prestación es mejorada colectivamente"<sup>65</sup> porque, como se sabe, cada IT nueva lo es con las condiciones generales en su configuración cuantitativa, incluidos porcentajes, pago delegado o pago directo por el empresario.

Se prevén varias excepciones a los 180 días.

En primer lugar, algunos procesos, en concreto los derivados de menstruación incapacitante secundaria en los que, dispone el actual art.169.2, "cada proceso se considerará nuevo sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de IT y de su posible prórroga".

En segundo lugar, la situación, ya añeja, se vuelve aún más compleja cuando se trata de cohonestar con las reglas legales sobre el reconocimiento o denegación de la IP, lo que no solo se aprecia en el estudio y análisis de la ordenación normativa (calificada como "unas reglas dispuestas con mala técnica legislativa y que conforman un panorama normativo confuso"<sup>66</sup>) sino por las contradicciones advertidas en la interpretación del TS que, parece se orienta a que no se abuse del sistema (de ahí la intervención ahora de la inspección médica del INSS, que es la única competente para emitir una nueva baja médica, por la misma o similar patología, en los 180 días posteriores a la anterior alta, art.170.2 LGSS); pero, por otro lado, se advierte una difícil conexión entre los intereses del trabajador y los de la empresa con fundamento en el hecho de que, conforme a la normativa de seguridad social, la recaída no pone a cero el cómputo de la duración de la IT, retomándose el de la anterior baja.

Veamos alguna de esas situaciones.

Una la que puede producirse tras los 365 de IT sin prórroga, valoración para IP y denegación de ésta. Si esto sucede, conforme al art.174.1 LGSS, el INSS puede (dentro de los 180 días posteriores a la resolución denegatoria de IP) retomar la IT por la misma o similar patología, hasta llegar a los 545 días totales.

La pregunta inmediata es qué ocurre transcurridos esos 545 días porque lo lógico es pensar que el subsidio quedará extinguido conforme a lo dispuesto en el art.174.1 (el derecho se extinguirá por el transcurso de ese plazo máximo desde la baja médica) y en modo alguno se podría articular ya una nueva recaída. Pero, no obstante, el art.174. 3 establece dos supuestos:

Uno, el de posibilidad de generarse un nuevo derecho a la prestación de IT por la "misma o similar patología" cuando hayan transcurridos los 545 días y haya habido o

64 TORTUERO PLAZA, J. L.: "Reflexiones acerca de la IT", RGDTSS, n.10, 2006, p. 9.

65 TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal: régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación Mapfre, 1996, pp. 37 y 38.

66 DÍAZ RODRIGUEZ, J. M: *La incapacidad temporal...*, cit., p. 45.

no declaración de IP. Posibilidad que queda condicionada a que medie un período superior a 180 días a contar desde la fecha de la resolución de la incapacidad permanente.

Esta posibilidad, que cupiera extender al supuesto en que la IT haya alcanzado los 730 días de duración (duración inicial y todas las prórrogas; vid. infra apartado 3.1), no es en realidad técnicamente una recaída (entraría en el concepto jurisprudencial de recidiva). Se trata de un nuevo proceso de IT que exige el doble condicionante porque el derecho solo se causará si el trabajador reúne, "en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente". Pero a los efectos que aquí interesa, puede generar sospecha de uso indebido cuando, a quien se le deniega la IP, vuelve a trabajar, espera más de 180 días y pide una nueva baja por la misma enfermedad. Aunque es cierto que en este caso se exige al beneficiario cumplir los requisitos del subsidio en la fecha de la nueva baja médica, computándose las cotizaciones necesarias en caso de enfermedad común a partir de la resolución de IP. Pero como también cabe apreciar, la exigencia de cotización no se da cuando se trata de Accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional.

Otro cuando hay denegación de IP. En este caso, el trabajador es dado de alta, el INSS puede iniciar un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología siempre dentro del plazo de 180 días naturales desde la denegación de IP. Posibilidad que solo cabe cuando se considere "que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral", acordando el INSS la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal (lo que cabe entender que puede no ser necesaria en ese período la prestación de asistencia sanitaria). Vía excepcional porque el precepto indica que es solo "por una vez".

No obstante, la cuestión que se plantea es el sentido u orientación de esta medida porque debería exigirse la valoración médica funcional para que, con criterios objetivos, se determinara cómo y en qué medida se recuperaría la capacidad laboral del trabajador. De lo contrario, no otra cosa es que una ampliación de la IT (y retraso de la IP) que pierde toda orientación laboral. De ahí que el TS haya previsto la exigencia al INSS de que haya de pronunciarse no solo sobre el estado de salud sino que, al objeto de bien denegarle o bien concederle estos efectos económicos, deba valorar "fundamentalmente" las posibilidades de recuperar su capacidad temporal<sup>67</sup>. Cuando, además, la norma no explicita el plazo máximo de esta baja excepcional. Lo que, desde luego, requiere de previsión para determinar que no puede exceder de los 730 días.

67 Lo que quiere decir, en sentido contrario, que la potestad del INSS no es en absoluto discrecional, "sino que debe basarse en criterios objetivos que justifiquen la denegación a tales efectos"; razón que no es el hecho de que médicaamente se acredite que el trabajador presenta la misma patología. Véase STS 527/2023, de 19 de julio de 2023, Rec.3624/2020.

A la vista de esta regulación con numerosas deficiencias técnicas y añadidas las contradicciones advertidas en la interpretación del TS, habría que modificar: i) el hecho causante de la recaída, que debiera ser el de la baja médica que emita el médico en ese momento; de modo que solo la prestación económica en el caso de recaída se debería conceder a los que cumplen los requisitos en ese momento. ii) El concepto de similar patología que debe constatar el médico para determinar si el nuevo proceso tiene la misma causa, o como bien se ha expresado, con arreglo al criterio de la continuidad médica, solo cabría entender que dos patologías son similares "cuando constituyan distintas manifestaciones de un mismo proceso morboso o presenten conexiones objetivas reveladoras de la citada continuidad"<sup>68</sup>. Cerrando esta valoración desde una perspectiva médico-funcional, reclamando de nuevo que se oriente también hacia la recuperación de la capacidad laboral o reincorporación para evitar determinadas recaídas en la situación de IT<sup>69</sup>.

### **3. EN TORNO A LA DINÁMICA TEMPORAL Y CUANTITATIVA DEL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL**

#### **3.1. Temporalidad de la prestación. Los tiempos añadidos a la IT**

Como bien se ha definido, la temporalidad es un elemento externo de la contingencia que gira en torno al plazo máximo de protección que juega como un límite máximo a la evolución de la transitoriedad del estado incapacitante y como nota diferenciadora de la IP.

En nuestro ordenamiento jurídico el plazo inicial es de hasta un máximo de 365 días, que en general se estima razonable (siempre, habría que afirmar que no hubiera un dato que confirmara que el tramo de duración de la IT superior a 365 días no hubiera aumentado<sup>70</sup>), también en comparación con otros países, en los que cabe apreciar una situación no homogénea, previéndose diferentes duraciones. Porque en nuestro ordenamiento jurídico esa duración es absoluta y no se establece un período de duración en relación con un período de referencia (2 o 3 años por ejemplo), lo que permitiría también establecer reglas precisas en caso de repetición de procesos que se advirtieran en ese plazo de 365 días<sup>71</sup>. Como cabe entender, y sin entrar en las

68 DÍAZ RODRIGUEZ, J. M.: *La incapacidad temporal ...*, cit., p.167.

69 En este sentido, SÁNCHEZ GALÁN, L., BAIDES GONZALVO, P. y REGAL RAMOS, R.: "Recaídas en incapacidad temporal: impacto de su regulación y control", *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2019, 65 (256) pp. 217 y ss.

70 Cabe advertir que, en 2023, el 34,11% del total de días perdidos correspondía a procesos de más de 365 días de duración. Puede consultarse IVIE: "Las bajas por IT en vigor que superan el año de duración se duplican en apenas 5 años" (Informe núm.4/2024).

71 Los denominados *repetidores*, es decir, aquellas personas que han tenido 2 o más procesos de IT dentro de un período de doce meses, concentran el 69,6% de todos los procesos de IT. La acumulación de bajas, aunque sean más cortas, amplia claramente la duración media y supera en porcentaje a las bajas de larga duración (las de más de 365 días). IVIE: Informe n.5/2025. Puede consultarse en [https://www.ivie.es/es\\_ES/investigacion/publicaciones/cuadernos/absentismo/](https://www.ivie.es/es_ES/investigacion/publicaciones/cuadernos/absentismo/)

sospechas de fraude, a ello pudieran contribuir los diagnósticos inadecuados, los fallos en el proceso de curación o, añadiríamos nosotros, la ausencia de valoración médica-legal y funcional cuando, precisamente, la probabilidad de repetición es más habitual en el caso de las patologías de difícil objetivación, a las que hicimos referencia más arriba, esto es las algias y los trastornos mentales.

Esa duración, inicialmente máxima, es flexible porque hay tiempos añadidos; las que cabe definir como las prórrogas de la temporalidad, objeto de continuas modificaciones, con prolongación más o menos razonable, en algún caso recordándonos a la antigua invalidez provisional y sin afectación alguna sobre la cuantía de la prestación. Como se sabe, en nuestro ordenamiento jurídico es tradicional que la regla de temporalidad se haya excepcionado de forma generalizada, lo que, es evidente, genera contradicción y se desnaturaliza la finalidad de la prestación económica, más aún si la orientamos hacia la recuperación de la capacidad laboral productiva y la reincorporación a la vida laboral del trabajador incapacitado. En este sentido, y pensando en el tránsito entre IT e IP, como bien se ha dicho, si la temporalidad es larga (y en nuestro ordenamiento jurídico puede llegar a 730 días) ello influirá en que se mantengan las secuelas, se perpetúen si no hay planteamiento alguno rehabilitador o de recuperación, mientras que, si la temporalidad es corta, el tránsito hacia la IP es flexible y dinámico, donde se revitalizan esos procesos<sup>72</sup>.

La primera prórroga, ordinaria, de 180 días, cuando (art.169.1 LGSS) se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación o por mejoría, lo que quiere decir que se mantiene la transitoriedad de la alteración de la salud y su afectación a la capacidad laboral en los términos que se haya valorado por el facultativo.

No obstante, en esta primera prórroga la transitoriedad de la lesión o dolencia se presupone, lo que más bien cabe entender como una situación habitual (y automática, pudiendo definirla como prórroga tácita de la IT) sin que haya una declaración objetiva por parte de los servicios médicos con valoración real y efectiva de la situación. Se trata, en definitiva, de un período común a cualesquiera de las dolencias o lesiones, sin establecer requisito alguno en torno a la evolución. Así, si no hay alta médica transcurridos los 365 días, debe suponerse que el trabajador se encuentra en la situación de prórroga por IT por presumirse que, dentro del período de 180 días más, puede ser dado de alta médica por curación o por mejoría; sin que el INSS tenga que acordar expresamente la prórroga previo reconocimiento médico específico. Prórroga en la que la empresa ha de mantener la colaboración obligatoria hasta que se cumpla el período máximo de 545 días, tal y como dispone la reforma introducida por el RD 1060/2022, de 27 de septiembre que modifica el RD 625/2014, de 8 de julio por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos de incapacidad temporal. De modo que, si en su origen intentaba ser un puente para

72 TORTUERO PLAZA, J.L.: "Reflexiones acerca de la IT", cit., p.7 y 8.

evitar la declaración de incapacidad permanente de forma razonable, medida, clara y precisa, nada indica en la actualidad que ese objetivo o finalidad se haya cumplido

Menos aún con la segunda prórroga, que se ha denominado extraordinaria, o excepcional, artículo 174.2 LGSS. Esto es, cuando, finalizada la duración máxima de la IT (545 días, 365 iniciales más prórroga de 180) y “continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la calificación de la IP”<sup>73</sup>. Prórroga, que puede denominarse de demora de la calificación de IP, que tiene un tope máximo hasta llegar a los 730 días.

Aun cuando se hayan detectado errores en la redacción del precepto, lo que parece evidente es que esta prórroga no tiene como finalidad la mejora de la salud, sino la reincorporación laboral<sup>74</sup> de modo que no puede ser automática, requiriendo de la valoración médica del INSS que, necesariamente, ha de ser funcional o médico-legal. Aunque éste fuera el objetivo o finalidad buscado por el legislador, la realidad ha demostrado que esta segunda prórroga se ha convertido, en la generalidad de ocasiones, en la antesisala de la permanencia o definitud de las lesiones y, por tanto, de la IP<sup>75</sup> (tanto que se ha denominado expediente de incapacidad permanente con demora), introduciendo al menos la exención de cotización por parte del empresario. Pero con la disfunción entre Seguridad Social (extinción de la IT tras los 545 días desde la baja médica y presentación por la empresa de la baja de cotización) y la regulación laboral (la comunicación de baja de cotización no revela inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual); por tanto ¿se mantiene la suspensión del contrato de trabajo?. Véase, últimamente, STS 27 de noviembre de 2025, Rec. 4669/2025.

Cabe recordar que la Ley 30/2005 configuró un puente entre la IT y la IP mediante la Invalidez Provisional (que pretendía ser un tránsito flexible entre temporalidad y permanencia), aunque no se aplicó y definitivamente se eliminó en 2007. Si ello es así todo indica, más aún durante esta segunda prórroga enfocada a las dolencias o patologías de larga duración que, o bien debiera suprimirse reconociendo una IP revisable o bien que al menos se objetivaran ya los ajustes razonables para que se evitara la IP. De lo contrario, nos encontramos

Dado que esta situación tiene una conexión evidente con el absentismo médico o por IT (porque los datos ofrecidos últimamente indican que aumentan las bajas que

73 Téngase en cuenta que además el Art.174.2 LGSS dispone: “cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de quinientos cuarenta y cinco días naturales fijado en el apartado anterior, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de noventa días naturales, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda. Durante los períodos previstos en este apartado, de noventa días y de demora de la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar”. Es lo que se suele denominar *prórroga de calificación* o situación de IP pendiente de la calificación del grado.

74 En este sentido DÍAZ RODRIGUEZ, J. M.: *La incapacidad temporal por recaída*, cit., p.35.

75 GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 19ª edic., Tirant lo blanch, 2025, p.369.

superan los 365 días<sup>76</sup>), la rigidez en las bajas médicas, la flexibilidad en las prórrogas y la ausencia de conexión entre la IT y la IP exigen que se establezcan claramente por el legislador vías de reincorporación al trabajo durante estas situaciones y no cuando ya se ha declarado la IP, tal y como se prevé ahora en la normativa laboral y de seguridad social como exigencia a las empresas antes de proceder a la extinción y ello en conexión con la prevención de riesgos laborales y orientación claramente laboral de la IT. De modo que es imprescindible un estudio detenido sobre la temporalidad de la prestación y la transitoriedad de las lesiones, introduciendo criterios de flexibilidad para evitar que cuando se llegue a la IP las secuelas sean tan acusadas que, como pudiera ocurrir, los ajustes razonables en ese momento sean totalmente inoperantes. Cuestión ésta que, para su análisis, remitimos al capítulo específico en este número monográfico.

Concluimos este apartado con la consideración siguiente: si la prórroga tiene como finalidad que a su finalización se produzca el alta por curación, la primera ya debería dar por concluida la incapacidad temporal o iniciar la propuesta de IP, residiendo en ésta el supuesto en que se estimara en la valoración médico-funcional que hay aún una transitoriedad por la previsión de recuperación total o parcial de la alteración de la salud para que de este modo el recorte en la temporalidad de la IT quedara contrarrestado con un tránsito flexible y dinámico hacia la IP en el que recobren todo su sentido las técnicas de rehabilitación y revisión. Fijando entonces un plazo máximo de duración de la suspensión del contrato de trabajo razonable atendiendo a la organización empresarial y reordenación de la actividad laboral en las empresas.

### **3.2. Configuración cuantitativa de la prestación**

Revisando el régimen jurídico de la prestación y, en concreto su configuración cuantitativa, son varios los incentivos negativos (desincentivadores) de la prestación por IT derivada de riesgos comunes que, en unos casos de forma expresa y en otros implícitamente, se han implementado en las sucesivas reformas de este elemento con la finalidad de reducción del coste asociado a esta prestación cuando, como se ha constatado en este estudio, los índices de absentismo justificado en IT no han disminuido, en especial cuando se trata de este tipo de riesgos. De modo que, aun cuando se propugne implantar el principio de consideración conjunta de las contingencias, es razonable que se mantengan algunas diferencias entre los riesgos comunes y los profesionales en la configuración cuantitativa de la prestación económica. En este sentido, solo brevemente alguna referencia.

En primer lugar, en torno al período de espera.

76 Segundo los datos publicados por la prensa en relación con el informe de la OCDE del mes de noviembre de 2025, las bajas de larga duración (más de 365 días) concentran más de un tercio de los días perdidos de trabajo, aunque representan menos del 3% de los casos.

Se sabe de la distinción entre riesgos en lo que refiere al período de espera en el pago de la prestación, que, desde el RD 53/1980, de 11 de enero, se ha fijado en tres días en las contingencias comunes. La razón del legislador no fue otra que el freno de las continuas bajas de corta duración y reacción al absentismo laboral (que se ha denominado gráficamente como “microabsentismo”), aunque esté justificado en la prescripción médica de reposo.

Hay que tener en cuenta que el diseño legal en torno al período de espera (del día 1º al 4º de la baja) no es único de nuestro país, incluso en algún otro llega hasta el 7º día; y se ha fijado con el propósito de desincentivar toda baja inicial por IT derivada de contingencias comunes con independencia de cuál sea su duración final. De ahí que hace ya tiempo propusieramos (sin perjuicio de entender que también pudiera generar un nuevo desincentivo económico perverso) que el período de espera solo jugara en los procesos incapacitantes de corta duración y, superado un determinado período de tiempo, se retrotrajeran los efectos económicos al inicio de la situación de incapacidad<sup>77</sup>. Es cierto que no es posible buscar una solución óptima porque la medida puede ser criticada, o bien desde la perspectiva del interés del trabajador (en concreto de aquellos que padecen dolencias auténticas) o bien desde la efectividad contra el absentismo porque, en realidad, podría solo justificarse como medida de recorte de gasto. Pero si, además, se afirma que el recorte beneficia al empresario para compensarle del pago directo hasta el día 15º de la baja, habría que analizar no solo el dato del número de bajas constatadas de esa duración<sup>78</sup> sino si, por ejemplo, la negociación colectiva establece mejora voluntaria también en los días 1º al 4º porque, es evidente, si así fuera (lo que se analiza en el capítulo correspondiente de este monográfico, al que remitimos), no tendría el efecto perseguido.

En segundo lugar, la referencia al porcentaje aplicable a la BS, que también es diferente para las contingencias comunes y ha sufrido modificaciones a la baja.

En este sentido, y solo brevemente, no cabe olvidar que la interpretación recurrente del TC en torno al fundamento y ámbito objetivo de la protección y a la función y extensión de la misma es restrictiva de la garantía institucional que encierra el art.41 CE y, aunque no se ha pronunciado sobre el principio de irregresividad en un plano abstracto y general, ha admitido, sin alterar la suficiencia de las prestaciones, los cambios producidos en la cuantía de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social porque, nos recuerda, no hay un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las prestaciones del régimen público de Seguridad Social y la configuración legal de la acción protectora queda condicionada, entre otras circunstancias, a las disponibilidades económicas del sistema. Siendo ello así, y atendiendo a la realidad social y económica del momento, el RD 53/1980 procedió, solo para la IT por contingencias comunes, a eliminar la cuantía hasta entonces del 75% durante todo el período y a

77 TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal: régimen jurídico*, cit., p. 35.

78 Vid. infra nota a pie 79.

establecer el 60% entre el día 4º al 20º de la baja. Justificaba la modificación en la corrección “de las importantes y graves desviaciones originadas por determinadas conductas, así como en los niveles de absentismo en las empresas”

La referencia a las desviaciones (no se utiliza la expresión fraude o sospecha de fraude) cuestionaría el cambio legal si atendiéramos al interés del buen trabajador; la mención a los niveles de absentismo podría también cuestionarse cuando en la actualidad no se aprecia que se haya reducido el número de bajas entre los días 4º al 20º. Lo que pudiera ahora justificar el planteamiento de una modificación de esos porcentajes, no tanto orientada a una reducción total como en una ordenación más ajustada atendiendo a la duración de la situación de IT.

Es así inevitable pensar, ahora sí con fundamento en las disponibilidades económicas, cómo proceder a una reformulación de los porcentajes, y aunque cualquier decisión al respecto tendría aspectos positivos y negativos, el análisis efectuado a lo largo de este estudio y más concretamente los datos constatados al efecto, nos permiten concluir que sería razonable reducir el porcentaje del 60% en los primeros días, incluyendo prestación económica a partir del primer día de la baja; porcentaje que se incrementaría gradualmente en tramos según la duración de la prestación, advirtiendo de su disfrute proporcional en caso de IPT parcial. Podría, entonces, establecerse una escala de porcentajes, atendiendo a IT de corta duración (hasta el día 20º); IT de media duración (desde 21º hasta el 180º); y de larga duración, de 181º día en adelante, sin olvidar que, atendiendo al dato de los “repetidores” podría insertarse un arco temporal (anual o 365 días) para medir las bajas producidas en ese período, reduciendo en un porcentaje la prestación calculada inicialmente y sobre ésta cuando en ese período se hubieran producidos 2 ó 3 bajas continuadas o no que fueran por causa distinta que nada tuviera que ver con la con la anterior con arreglo al criterio médico, en los términos planteados en supra 2.2.4 La elevación de la prestación conforme se incrementa la duración incidirá también en las recaídas (no en las recidivas, que comienzan nuevo proceso). La reducción de la cuantía durante los primeros días de la baja (corta duración) rebajaría el coste para el empresario en tanto se mantenga por el legislador el pago directo en los términos hasta ahora previstos. Y no cabe olvidar que hay una vía indirecta para modificar la cuantía de la prestación que cabe referirla a la base reguladora de la prestación, optándose también por el salario real y no por la base de cotización.

En tercer lugar, el pago por el empresario, en especial el pago directo.

El RDL 5/1992, de 21 de julio (convalidado por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre), dispuso la transferencia a las empresas de la responsabilidad por el pago de los días cuarto a decimoquinto de la prestación por contingencias comunes.

Es evidente que se trata de una reducción del coste para el sistema; como decía la Exposición de Motivos de la norma, se ideó para subvenir el crecimiento del déficit público, se justificaba en que “no implica una modificación del nivel de protección de los trabajadores” y se conjugaba, se decía, con una nueva colaboración voluntaria de las empresas en la prestación económica de esas contingencias.

Es una medida que desplaza ese coste directo de la prestación a quien no puede reconocer ni controlar la situación, el empresario (art.173.1 LGSS). Y, si vista desde la reducción del absentismo, y su implantación en otros países con esa finalidad, los datos estadísticos en el nuestro demuestran que no se ha reducido en modo alguno estas bajas de corta duración<sup>79</sup>. Se advirtió hace tiempo<sup>80</sup> que varios países (entre ellos, Alemania, Bélgica, Gran Bretaña, Países Bajos, Suecia<sup>81</sup>) han previsto la obligación del empresario de abonar, al menos, un período de la prestación y/o una parte de la misma; pero cuando se utiliza este dato para justificar lo que ocurre desde hace tiempo en nuestro país, debe advertirse, lo que es fundamental, que en varios de estos países el empresario tiene la posibilidad de controlar o participar en el control de la prestación, de un modo otro. La pregunta es obvia: ¿qué lógica cabe aplicar para hacerle responsable de su abono total o parcial sin que pueda en modo alguno verificar la situación de baja por enfermedad?

Ya durante el proceso de Renovación del Pacto de Toledo, 2002, se hizo constar algún voto particular en relación con la IT de menos de 15 días y la carga para el empresario, exigiendo una mayor reflexión para replantear la obligación de las empresas. Valoración, explicación y decisión en el marco del Diálogo Social sobre esta carga para los empresarios que, hasta la fecha, no ha tenido mayor recorrido.

Si ello es así, esto es, si no ha provocado el efecto deseado desde la perspectiva de análisis (no entramos en la valoración de esta medida desde la naturaleza pública de las prestaciones, respecto de la que en su momento se pronunció el TC en la sentencia 37/1994, de 10 de febrero<sup>82</sup>), y tanto más si realmente se instaurara una IT flexible, y en concreto, una IT Parcial, sería el momento adecuado para o bien eliminar definitivamente ese pago directo o, bien, más limitadamente, de otorgar efectividad al control empresarial de esas bajas médicas cuando en la actualidad la finalización de la prestación económica solo depende del alta médica de los servicios sanitarios públicos. En definitiva, debiera idearse un mecanismo que permitiera que el médico de empresa planteara cuando menos una propuesta de alta y que los servicios de prevención pudieran también intervenir en el proceso de IT proporcionando un infor-

79 Así lo confirma el Observatorio de Contingencias comunes 2024 de la Mutua Asepeyo, en el que se indica que la media de casos iniciados cada mes es de 749.180, de los que el 41,2 % se corresponde con bajas de corta duración, de 1 a 3 días. Esta cifra alcanza el 66,2 % si se suman las bajas de 4 a 15 días, con lo que 7 de cada 10 tienen una duración inferior a dos semanas.

Según datos de IVIE, a octubre de 2024, el 70% de los procesos de incapacidad temporal finalizados en 2023 se concentran en el tramo de las bajas de 1 a 15 días, seguidos a distancia de los procesos entre 16 y 90 días, que suponen otro 20%. Puede consultarse en [https://www.ivie.es/es\\_ES/las-bajas-por-incapacidad-temporal-en-vigor-que-superan-el-ano-de-duracion-se-duplican-en-5-anos/](https://www.ivie.es/es_ES/las-bajas-por-incapacidad-temporal-en-vigor-que-superan-el-ano-de-duracion-se-duplican-en-5-anos/)

80 LLORENTÉ ÁLVAREZ, A.: "la prestación de IT en los Estados de nuestro entorno", cit., p. 93.

81 En Alemania desde 1969 corresponde hacerse cargo al empresario las seis primeras semanas. ALONSO OLEA, MANUEL y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones...*, cit., p. 272.

82 Desde esta perspectiva, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "La garantía institucional en materia de Seguridad Social y la configuración constitucional del sistema como función del Estado: contenido y límites", en ALONSO LEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XII, 1994, Edit. Civitas, 1995, p.105 y ss.

me preciso sobre la capacidad laboral del trabajador a lo largo del proceso. Lo que, desde luego, es una llamada a la reforma del art.20.4 ET en conexión con el art. 21 LPR, tal y como se expone en el capítulo de este monográfico sobre esta cuestión, al que remitimos.

Sin olvidar dos cuestiones adicionales en relación con este pago directo, que deberán solventarse, una qué ocurre cuando se produce la muerte o insolvencia del empresario porque como se sabe, respecto del complemento de prestación de IT no hay obligación de externalización en virtud de lo dispuesto en la Directiva 98/49/CEE, de 29 de junio, y en nuestra norma de desarrollo, RD1588/99, de 15 de octubre, con la duda, además de que este pago directo pueda considerarse en sentido estricto "complemento", que, sin duda, no lo es. Y en este sentido, cabe no solo indicar el diferente tratamiento previsto para las contingencias profesional y para las comunes, y para estas, aún sigue vigente una norma histórica, no previéndose paralelamente una responsabilidad subsidiaria del Estado en estos casos. De modo que el trabajador es un acreedor más del empresario manteniéndose desde entonces (1992) la regla conforme a la que: " Las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo, conforme a lo establecido en el art.167.2 y en el párrafo segundo del artículo 173.1de esta Ley, o por su colaboración en la gestión y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en régimen de liquidación, tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores" (art. 162.2 LGSS).

La otra refiere al tratamiento que tiene esa carga para el empresario desde el Sistema de Seguridad Social porque es un híbrido aún hoy de difícil adaptación a nuestro ordenamiento jurídico; aunque se refiera la norma a que se trata de una prestación, no se declara la responsabilidad subsidiaria del Estado (aunque el TS en sentencia de 15 de junio de 1998 indicara que la entidad gestora ha de asumir esa responsabilidad); no se atribuye al empresario las facultades relativas al nacimiento, suspensión y extinción del subsidio y, pese a la remisión al ET , no tiene naturaleza salarial aunque se le aplique el régimen de garantías de éste previsto en la norma laboral. En definitiva, como adelantábamos, o bien habría que proceder a la eliminación de este mecanismo o, subsidiariamente, identificar el pago directo como una prestación económica con control total por parte del empresario

Y por último, y no poco importante, la relativa a la obligación de seguir cotizando durante todo el tiempo que dure la situación de IT y cualquiera que fuera el riesgo que la haya originado, sin variación de porcentajes en la cotización cualquiera que sea la duración de IT, de conformidad con el art.13 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre Solo se exime de la obligación de cotizar en los supuestos previstos en el art.174 de la LGSS, es decir, una vez transcurridos 545 días, durante el período de 90 días para el examen del estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda. Y durante el período de demora en la calificación cuando continúe siendo necesario el tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador con vistas a su reincorporación

laboral sin que en ningún caso se puedan rebasar los 730 días. Reducción o exención de cotización que también debería aplicarse, tal como indicamos, en los supuestos de IT flexible o parcial. Y que podría acompañarse de un sistema bonus-malo en las cotizaciones de las empresas por contingencias comunes vinculado al nivel de absentismo para premiar a las que tienen un menor índice, a modo de las bonificaciones que en su momento se establecieron para las empresas con un menor índice de siniestralidad; sistema implantado en 2010 y suspendido en 2019, aunque ahora se haya anunciado que el Ministerio quiere retomarlo.

#### **4. CONCLUSIONES**

A lo largo de este estudio se han avanzado ideas y propuestas en torno a la contingencia de IT, en primer lugar, exponiendo algunos de los aspectos críticos de la prestación económica de Seguridad Social con implicaciones en y con el absentismo justificado por motivos de salud. Y, en segundo lugar, desde esta perspectiva de análisis, planteando algunas medidas de reconfiguración de esta contingencia con fundamento en el necesario enfoque laboral.

Esta reconfiguración se hace con abstracción de algunos otros problemas que se dicen o se constata que aquejan a esta contingencia de Seguridad Social, entre otros, el gasto originado al Estado por esta prestación económica o la presunción de fraude en su percepción.

Desde la perspectiva única de análisis, a saber, la de absentismo laboral por motivos de salud, justificado formal y materialmente, enumeramos algunas propuestas que, asumiendo que en el algún caso pudieran considerarse teóricas o dogmáticas, sin duda tienen su proyección práctica en la configuración legal de la contingencia.

Primera, la contingencia de IT debe orientarse a la garantía de todos los intereses en juego (de las personas trabajadoras, del Sistema de Seguridad Social y del empresario) y, como premisa, la del retorno al trabajo o el posible mantenimiento del trabajo en condiciones saludables para recuperar la capacidad productiva.

Segunda, la consecución de ese objetivo requiere de una coordinación efectiva entre la normativa laboral y la de Seguridad Social, ésta subsidiaria de la primera.

Tercera, la situación de necesidad subvenida por esta contingencia debería fundamentarse exclusivamente en la falta de capacidad real para obtener rentas mediante el trabajo y no en la pérdida patrimonial efectiva total y, menos aún, en la presunción de la pérdida de aquella capacidad de la que haya de derivarse automáticamente una pérdida patrimonial. De este modo, se cumpliría de forma eficaz la finalidad de la sustitución de rentas de activo que caracteriza a esta prestación económica contributiva del Sistema.

Cuarta, resulta inexplicable la ausencia de toda lógica médico-funcional en la valoración de la alteración de la salud, al menos en lo que refiere a algunas de las enfermedades, tales como las psicosociales y las de larga duración atendiendo a su nivel

gravedad. Como lo es, también, la ausencia en nuestro Sistema de Seguridad Social de planes de adaptación y regreso progresivo al trabajo.

Quinta, es necesario un replanteamiento del binomio alteración de la salud-capacidad para trabajar, atendiendo a la afectación de aquélla a ésta. Lo que requiere de una nueva orientación en torno al objeto, la capacidad laboral y su relación con el trabajo habitual, y a la intensidad con que aquella capacidad de trabajo se verá afectada por la enfermedad o por el accidente.

Sexta, los diferentes niveles de afectación a la capacidad laboral permiten reconfigurar la prestación económica por enfermedad o accidente para introducir la situación de IT flexible o funcional.

Séptima, la IT flexible o funcional sería una de las modalidades del nuevo modelo de esta prestación económica en las que deberían encajarse, en un diseño legal progresivo, la compatibilidad externa entre la prestación económica y actividades en otra empresa y la compatibilidad interna (desde las enfermedades graves, hasta las que se constatan que son causa mayor de absentismo y las de larga duración) concluyendo el proceso con la inclusión de una IT parcial general y directa.

Octava, la modalidad general de IT, esto es, la total y completa, requiere de una ordenación renovada en algunos aspectos de su régimen jurídico, especialmente en lo que refiere a la dinámica temporal de la prestación (con revisión de las prórrogas) y a su configuración cuantitativa, y en concreto en lo que refiere al desincentivo económico a través del pago directo por parte del empresario que, pese al intento del legislador, no ha repercutido en la reducción del nivel absentismo por bajas de corta duración.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, MANUEL: *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 18<sup>a</sup> edición, Civitas, 2002.

APARICIO TOVAR, J.: "La salud de las personas trabajadoras es la prioridad", AEDTSS, Brief n.88, 2024.

BORÓ HERRERA, F.: "Análisis de la lucha contra el fraude en Seguridad Social: antecedentes y perspectivas", en HIERRO HIERRO, F.J.: *Perspectivas jurídicas y económicas del "Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo"* (2020), Edit. Aranzadi, 2021.

CRESPI FERRIOL, M.:

- "Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria", *Trabajo y Derecho*, nº73, 2021.

- *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Edit.Cinca, 2023.
- “Incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº122, 2025.

DÍAZ RODRIGUEZ, J. M.: *La incapacidad temporal por recaída*; Edit. Tirant lo blanch, 2021.

FERNANDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “La incapacidad laboral de larga duración y la reincorporación al trabajo: desde la improvisación a la planificación”, *REJLSS*, n.11, 2025.

DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. Y ARMIJO SUÁREZ, M.: “La nueva regulación de la disminorreas o reglas dolorosas”, *Briefs AEDTSS*, núm.15, 2023.

GARCÍA NINET, J. I.: “La incapacidad temporal”, en VVAA: *La incapacidad temporal*, Madrid, Tecnos, 1996.

GARCÍA VIÑA, J.: *El absentismo laboral y su gestión por la negociación colectiva*, Aranzadi, 2025.

GIMENO DÍAZ ANTAURI, P.:

- “La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo”, en MERCADER UGUINA, J.R. (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social*, Lex Nova, 2013.
- “La incapacidad temporal: de la sospecha al Derecho Fundamental”, en VVAA: *Derecho del Trabajo, cambios económicos y nueva sociedad. Homenaje a Mercader Uguina, J.R., por sus 25 años de cátedra*; Tirant lo Blanch, 2025.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓN COBEDO, S.: *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 19ª edic., Tirant lo blanch, 2025.

JAEHOON LEE, JINWOO LEE, SANG BAEK KOH: “The status and implications of paid sick leave and sickness benefits in OECD countries”, *Annals of Occupational and Environmental Medicine*, 2025.

JOVER RAMÍREZ, C.: “Incapacidad temporal y reducción del absentismo injustificado”, *Revista Temas Laborales* núm.106, 2010.

LLORENTE ÁLVAREZ, A.: “La prestación de Incapacidad Temporal en los Estados de nuestro entorno”, en TORTUERO PLAZA, J.L. y MORENO ROMERO, F. (Dtores.): *La Incapacidad Temporal en España y Brasil*, Edit.Comares, 2017.

LÓPEZ INSÚA, M.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*; Tesis doctoral, 2012, Universidad de Granada.

MARTÍNEZ, RAFAEL Y JANÉ, P.: “Ante la polisemia del término absentismo, un intento de concreción de las condiciones necesarias del concepto”, *Revista GAPP*, núm. 11, 2014.

NIETO ROJAS, P.:

- “La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar”, en MERCADER UGUINA, JESÚS (Dtor): *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social*, Lex Nova, 2013.
- “La incompatibilidad entre el trabajo y la incapacidad temporal. Una necesaria relectura”, en VVAA: *Incapacidades laborales y de Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Edit.Laborum, 2017.

RODRIGUEZ CARDOSO, I.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

RODRIGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad temporal y su enfoque de género”, en MONEO J.L. Y MORENO, F. (Dtores): *Cuestiones actuales den materia de Seguridad Social*, Tomo I, Libro homenaje al prof. Tortuero Plaza, Laborum, 2024.

SÁNCHEZ GALÁN, L., BAIDES GONZALVO, P. y REGAL RAMOS, R.: “Recaídas en incapacidad temporal: impacto de su regulación y control”, *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2019, 65 (256).

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.:

- “La garantía institucional en materia de Seguridad Social y la configuración constitucional del sistema como función del Estado: contenido y límites”, en ALONSO LEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: *Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, Tomo XII, 1994, Edit.Civitas, 1995.
- “Extinción del subsidio de incapacidad temporal: efectos del alta médica sin declaración de incapacidad permanente”, Aranzadi Social, Volumen I, 1999.

SANTAMARÍA FERNÁNDEZ, P., CAPILLA RAMÍREZ, M. P., GONZÁLEZ ORDI, H.: “prevalencia de simulación en incapacidad temporal: percepción de los profesionales de salud”, en *Clinica y Salud*, núm.24, 2013.

TORTUERO PLAZA, J.L.:

- “Reflexiones acerca de la Incapacidad Temporal”, RGDTSS, n.10, 2006.
- “Nuevamente la Incapacidad Temporal a debate”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, n.1, 2014.
- “Elementos conceptuales de la incapacidad temporal”, VVAA: *Estudios sobre Seguridad Social*. Libro Homenaje al Prof. J.I.García Ninet, Atelier, 2017.

TORTUERO PLAZA, J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *La incapacidad temporal: régimen jurídico y negociación colectiva*, Mapfre, Madrid, 1996.

TRILLO GARCÍA, A. R.: “Configuración y desfiguración de la incapacidad temporal”, en MONERO J.L. Y MORENO, F. (Dtores): *Cuestiones actuales den materia de Seguridad Social*, Tomo I, Libro homenaje al prof. Tortuero Plaza, Laborum, 2024.

# Control público de la incapacidad temporal por contingencias comunes y propuestas de reforma en las bajas médicas

Jesús Lahera Fortea

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

## Public control of temporary incapacity due to common contingencies and proposals for reform in medical leave

### SUMARIO:

1. OBJETO DE ESTUDIO. 2. EL MODELO DUAL DE RECONOCIMIENTO, GESTIÓN Y CONTROL DE LA IT POR CONTINGENCIAS COMUNES 2.1. Escisión entre asistencia sanitaria y gestión de la prestación social de incapacidad temporal. 2.2. Tipologías de bajas médicas y autocontrol médico del Servicio Público de Salud. 2.3. El control de la Inspección Médica del INSS. 2.4. El control de las Mutuas que gestionan contingencias comunes. 2.5. La competencia exclusiva del INSS tras los 365 días de baja médica. 3. VALORACIÓN DEL SISTEMA DE BAJAS MÉDICAS POR CONTINGENCIAS COMUNES. 3.1. Complejidad de la dualidad con actores diversos, desincentivos al control e inefficiencias. 3.2. Desconexión con la capacidad del trabajador, rigidez de las bajas médicas y disfunciones con la regulación de la incapacidad permanente. 3.3. Escasos desincentivos al fraude en las bajas médicas. 4. PROPUESTAS DE REFORMA DE BAJAS MÉDICAS POR CONTINGENCIAS COMUNES. 4.1. El crecimiento de las bajas médicas y sus costes económicos públicos y empresariales: la necesidad de una reforma normativa. 4.2. Mejora del control de bajas médicas. 4.3. Bajas médicas flexibles compatibles con el trabajo y procedimientos de retorno al trabajo. 4.4. Desincentivos al fraude de bajas médicas. 4.5. Anexo de 21 propuesta de reformas. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

**RESUMEN:** Es una evidencia empírica el aumento significativo del absentismo laboral por razones de salud con un alto impacto económico público y empresarial.

En este contexto, tras analizar el sistema normativo de control público de la incapacidad temporal por contingencias comunes, detecto tres grandes problemas: a) un control ineficiente de las bajas médicas; b) la rigidez de las bajas médicas que impiden procesos de retorno al trabajo y cauces de compatibilidad laboral; c) escasos desincentivos al posible fraude en las bajas médicas. Desde este diagnóstico aporto 21 propuestas concretas de reforma, con una síntesis en un apartado final, en la idea de reducir el alto impacto económico público y empresarial del absentismo laboral por razones de salud, bajo siempre mecanismos de supervisión médica y plenas garantías de una buena asistencia sanitaria.

**Palabras clave:** Incapacidad temporal, bajas médicas, altas médicas, servicio público de salud, mutuas, instituto nacional de seguridad social, servicios de prevención de riesgos laborales

**ABSTRACT:** The significant increase in absenteeism due to health reasons, with its high public and business economic impact, is empirically evident. In this context, after analyzing the regulatory system for public control of temporary incapacity due to common contingencies, I identify three major problems: a) inefficient control of sick leave; b) the rigidity of sick leave policies, which hinders return-to-work processes and pathways for work-life balance; and c) insufficient disincentives to potential fraud in sick leave claims. Based on this diagnosis, I offer 21 specific reform proposals, summarized in a final section, with the aim of reducing the high public and business economic impact of absenteeism due to health reasons, always under mechanisms of medical supervision and with full guarantees of quality healthcare.

**Keywords:** Temporary disability, flexible sick leave, medical discharge, return to work, public health service, mutual insurance companies, national social security institute, occupational risk prevention services

## 1. OBJETO DE ESTUDIO

La incapacidad temporal (IT), definida en el art.169 del Real Decreto Legislativo 8/2015 general de Seguridad Social (LGSS), es la situación de imposibilidad temporal de trabajar *“debida a enfermedad común o profesional y accidente común o profesional, mientras se recibe asistencia sanitaria, con una duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días cuando se presume que el trabajador puede ser dado de alta por curación”*. El impedimento temporal para el trabajo, debido a situaciones relacionadas con la salud del trabajador, determina la prestación social de IT, que sustituye los salarios durante este tiempo, conforme a lo previsto en los arts.171-175 LGSS. Ya sea en contingencias comunes o profesionales, con reglas distintas, las personas trabajadoras tienen asegurados ingresos durante los períodos de IT a través de esta prestación social. El contrato de trabajo queda suspendido por esta causa conforme al art. 45.c y 48.1 y 2 del Real Decreto Legislativo 2/2015 Estatuto de los Trabajadores (ET), con reserva del puesto de trabajo y mantenimiento de la obligación de cotización empresarial, mientras

se accede a la prestación social de IT, incompatible con el trabajo conforme al art.175.1.b ET<sup>1</sup>.

En este estudio voy a analizar la gestión y control público de la IT<sup>2</sup>, que es el elemento esencial de este sistema de protección social, porque a través de sus reglas de funcionamiento se detectan y controlan las enfermedades o accidentes, comunes o profesionales, que impiden transitoriamente trabajar con acceso a esta prestación social. Centro el análisis exclusivamente en las contingencias comunes, dejando de lado las profesionales, porque es donde estadísticamente se concentran de manera masiva el número de bajas médicas y porque es donde están localizados los problemas de funcionamiento que deben ser solucionados. En las IT por contingencias comunes existe un sistema dual de reconocimiento, gestión y control marcado por el desglosamiento, o escisión, entre quien detecta y hace seguimiento de la situación médica de la persona trabajadora, con prestación de la asistencia sanitaria, el Servicio Público de Salud (SPS) y quien gestiona, controla y paga la prestación social, el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de Seguridad Social (TGSS), las entidades privadas colaboradoras de las Mutuas y con fórmulas de colaboración con las empresas. Este desglosamiento ocasiona problemas y una enorme complejidad en la gestión de la prestación social de IT, al contrario que el subsistema único de reconocimiento, gestión y control de la prestación social de IT en *contingencias profesionales*, asumido íntegramente por las Mutuas (art. 82.2 LGSS). Me centraré, por tanto, exclusivamente, en la problemática de este modelo dual de la IT por contingencias comunes.

Una vez realizado el análisis de la normativa vigente, efectuaré una valoración del sistema de control público de la IT por contingencias comunes, preliminar a la aportación de una serie de propuestas de reforma en las bajas médicas, con medidas específicas, que es la principal motivación de este estudio, en el oportuno contexto de una iniciativa gubernativa y de una mesa de diálogo social para articular cambios normativos en este ámbito. Estas propuestas de reformas de bajas médicas están resumidas en el apartado final del artículo.

Agradezco el intercambio de ideas de este estudio con la profesora de Derecho del Trabajo Mar Crespí Ferriol, de la Universidad Baleares, especialista en la regulación de la IT, y con mi hermano Guillermo Lahera Forteza, autoridad académica y médica en España de la Psiquiatría, que me ha ofrecido la perspectiva del funcionamiento del sistema de IT desde la asistencia sanitaria, especialmente de salud mental.

1 Me remito al análisis de la prestación social de IT del capítulo de este monográfico dedicado al absentismo, que realiza la profesora Yolanda Sánchez-Urán.

2 No trataré el control empresarial de los trabajadores en situación de IT, tratado en el capítulo de este monográfico dedicado al absentismo por la profesora Mar Crespi.

## **2. EL MODELO DUAL DE RECONOCIMIENTO, GESTIÓN Y CONTROL DE LA IT POR CONTINGENCIAS COMUNES**

### **2.1. Escisión entre asistencia sanitaria y gestión de la prestación social de incapacidad temporal**

El modelo dual de gestión y control de la IT por contingencias comunes, con la cobertura legal de los arts.169-175 LGSS, está regulado en el Real Decreto 625/2014 (RDIT), modificado por el Real Decreto 1060/2022, junto al Decreto-Ley 2/2023, y en la OM ESS/1187/2015, modificada por la OM ISM/2/2023.

Como ha sido anticipado, el rasgo principal de la gestión y control de la IT por contingencias comunes es la escisión entre la asistencia sanitaria y la gestión de la prestación social. En las IT por contingencias comunes existe un sistema dual de reconocimiento, gestión y control marcado por el desglosamiento, o escisión, entre quien detecta y hace seguimiento de la situación médica de la persona trabajadora, con prestación de la asistencia sanitaria, el SPS, y quien gestiona, controla y paga la prestación social, la Seguridad Social, a través INSS/ TGSS, las entidades privadas colaboradoras de las Mutuas, y con fórmulas de colaboración con las empresas, mediante pagos directos y delegados. Participan así en el sistema actores distintos que pertenecen a ámbitos diferenciados, el SPS de las CC.AA, el INSS y TSGSS del Estado, las Mutuas que son entidades colaboradoras de la SS de naturaleza privada y las propias empresas. Apunto de inicio que este desglosamiento y complejidad convierte el sistema de la gestión de la prestación social IT por contingencias comunes en un problema estructural porque el SPS de la CC.AA, que tiene toda la estructura sanitaria y emite las bajas médicas, carece de incentivos de implicación económica en la prestación social de IT, gestionada por la Seguridad Social del Estado, que sí tiene estos incentivos económicos, pero carece de estructura de sanidad, con una participación activa de Mutuas privadas, dotada de asistencia sanitaria, pero con competencias normativas muy limitadas. Este desacuerdo de incentivos y complejidad desemboca en las empresas, que pagan del 4º al 15º día de prestación social, y luego de manera delegada, sin herramientas efectivas de control de la baja médica. Desarrollo en este estudio este problema estructural de partida con propuestas de reforma para su salida y mejor eficiencia. Pero antes de la valoración y la presentación de cambios normativos, es conveniente describir brevemente el régimen jurídico vigente del reconocimiento, gestión y control de la prestación social de IT en contingencias comunes

### **2.2. Tipologías de bajas médicas y autocontrol médico del Servicio Público de Salud**

La emisión de parte médico de baja “*es el acto que origina la iniciación de actuaciones conducentes al reconocimiento del derecho al subsidio por IT*” (art.2.1 RDIT). El parte médico de baja, el punto de partida para el reconocimiento de la prestación

social de IT y eje relevante de todo el procedimiento de gestión de la misma, pues acredita el impedimento del trabajo debido a un diagnóstico médico, es expedido por profesionales del SPS, de atención primaria, previo reconocimiento del trabajador afectado (art.2.1 RDIT). El reconocimiento médico dentro del SPS permite una “*determinación objetiva de la IT para el trabajo habitual*” (art. 2.2 RDIT). Por tanto, y de ahí la dualidad del sistema, el SPS emite el acto médico esencial de acceso a la prestación social de IT que gestiona y paga la entidad gestora de SS –INSS y TSGSS– sin, en un inicio, capacidad de verificación del hecho causante. De igual modo, el acto médico activa la asistencia sanitaria del SPS dirigida a la curación sobre el diagnóstico realizado, pudiendo el médico de atención primaria derivar a especialistas, pero sin perder la competencia de emitir alta o baja médica a lo largo del procedimiento de gestión de la IT en sus primeros 365 días.

Tras la reforma del art. 7 RDIT del Real Decreto 1060/2022<sup>3</sup>, el nivel de atención primaria del SPS remite el parte de baja médica del afectado directamente por vía telemática al INSS y este lo comunica a la empresa, sin ya pasar por la intermediación del trabajador que antes recibía copias en papel con esta finalidad. Es efectivamente el INSS quien, en el primer día siguiente hábil a la comunicación del SPS, ahora comunica directamente a las empresas “*los datos identificativos de carácter meramente administrativo (de sus trabajadores) relativos a los partes médicos de baja emitidos por los facultativos del SPS*” y corresponde a éstas transmitir al INSS, a través del sistema de remisión electrónica de datos desde la recepción de la baja médica, en un plazo máximo de 3 días hábiles, los datos económicos/profesionales precisos para la gestión de la prestación de IT. Opera así una correa telemática de transmisión de la baja médica del SPS al INSS y, con doble dirección, del INSS a las empresas y viceversa, sin participación directa del trabajador. Sobre esta base ya el INSS traslada a TSGSS los datos recibidos de personas trabajadoras en baja médica para tramitar el pago y liquidación de cuotas de su prestación social de IT con las fórmulas legales de colaboración de las empresas (art.173 LGSS y art.2.3 RDIT). Este cambio de procedimiento es favorable a los trabajadores porque, estando enfermos, ven descargada su anterior deber de entrega de partes de bajas del SPS a sus empresas, que generaba inconvenientes y disfunciones. También es una mejora que facilita el control del fraude al impedir la manipulación de los antiguos partes de baja en papel entregados a las empresas por los trabajadores. A su vez, si el sistema telemático en red funciona correctamente se ganan tiempos de transmisión de datos de bajas y altas médicas a las empresas, en plazos máximos de dos días hábiles desde su emisión (art.7.1 y 7.3 RDIT).

3 En una reforma importante del procedimiento de gestión de la IT vinculada a su digitalización como detallan TRILLO GARCIA,A, “Configuración y desfiguración de la incapacidad temporal” y GORRELLI HERNÁNDEZ,J “El control de la incapacidad temporal” en AA.VV, *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Homenaje al profesor José Luis Tortuero Plaza*, Laborum, 2024, p.419 y ss y p.459 y ss; CRESPI FERRIOL,M, “Absentismo burocrático: consideraciones críticas al hilo de la reforma de la incapacidad temporal”, *Trabajo y Empresa*, 2023, Vol 2, nº1, p.131 y ss.

Es, por tanto, el SPS quien, a través de sus profesionales médicos de atención primaria, mediante estos partes de baja, reconoce la situación de IT que precede a la gestión de la prestación social a través del INSS, que recibe la correspondiente información en colaboración con las empresas. Calificada la IT como la imposibilidad transitoria de trabajar *“debida a enfermedad común o profesional y accidente común o profesional, mientras se recibe asistencia sanitaria”*, lo cierto es que los profesionales del SPS, realizando un reconocimiento médico, certifican la presencia de una enfermedad, en este ámbito dentro de las contingencias comunes, que, de suyo, *impide trabajar*, aunque difícilmente van a valorar que esta causa de salud conlleva este impedimento. En el sistema vigente, la enfermedad o accidente común, diagnosticada por el SPS, conlleva de suyo la imposibilidad de trabajar, sin un análisis específico de la causa y este efecto. De hecho, el SPS, como prestador de la asistencia sanitaria, desconoce datos laborales o empresariales del paciente, que sí maneja el INSS, como entidad gestora de la prestación social, y no tiene comunicación alguna con los servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas.

La *baja médica* es incompatible, por regla general, con el trabajo, como dispone el art.175.1.b LGSS, y es el *alta médica* el hecho que exclusivamente permite la reincorporación a la actividad laboral conforme al art.170 y 174 LGSS. La ausencia de este análisis específico inicial causal entre enfermedad y capacidad de trabajar y la rigidez vinculada a una generalizada incompatibilidad con la actividad laboral, hasta el alta, configura el sistema vigente de bajas médicas y prestaciones sociales de IT.

A partir de ello, los art.2.3 y 2.4, 4 y 5 RDIT diferencian entre *partes de baja*, en función del cálculo médico de duración, con cauces de autocontrol a través del propio SPS, mediante *partes de confirmación de baja o partes de alta*, expedidos por la atención primaria. Los médicos especialistas, en el desarrollo de la asistencia sanitaria, transmiten información médica, a estos efectos, al nivel de atención primaria, con recomendaciones de baja o alta médica.

- 1º *Baja estimada inferior a 5 días naturales*: el médico del SPS emite, en el mismo acto médico, parte de baja y alta, que podrá ser, en previsión de la recuperación de la capacidad laboral, la misma que la de la baja o cualquiera de los 3 días naturales siguientes a esta. El trabajador puede solicitar nuevo reconocimiento médico el día que se haya fijado como alta y el médico del SPS puede emitir confirmación de baja si no ha recuperado la capacidad laboral.
- 2º *Baja estimada entre 5 y 30 días naturales*: el médico del SPS emite parte de baja consignando fecha de revisión médica prevista que en ningún caso exceda en más de 7 días naturales a la fecha de la baja inicial. Esta primera revisión médica puede conllevar parte de alta, con vuelta al trabajo, o parte de confirmación de baja. Las posteriores revisiones médicas, también dentro del SPS, con esta finalidad, no pueden emitirse con una diferencia de más de 14 días naturales entre sí, originando partes de alta o de confirmación de baja.

- 3º *Baja estimada entre 31 y 60 días naturales*: el médico del SPS emite parte de baja consignando igualmente fecha de revisión médica prevista que en ningún caso exceda en más de 7 días naturales a la fecha de baja inicial, con resultado de alta o confirmación de baja. Las posteriores revisiones médicas, también dentro del SPS, con esta finalidad, no pueden emitirse con una diferencia de más de 28 días naturales entre sí, originando partes de alta o de confirmación de baja. El segundo parte de confirmación de baja debe ir acompañado de informe médico complementario con dolencias del trabajador, tratamiento médico prescrito, pruebas realizadas, evolución y su incidencia en la capacidad funcional del interesado.
- 4º *Baja estimada de más de 61 días naturales*: el médico del SPS emite parte de baja consignando fecha de revisión médica prevista que en ningún caso exceda en más de 14 días naturales a la fecha de baja inicial. Las posteriores revisiones médicas, también dentro del SPS, no pueden emitirse con una diferencia de más de 35 días naturales entre sí, originando partes de alta o de confirmación de baja. El segundo parte de confirmación de baja debe ir igualmente acompañado de informe médico complementario con dolencias del trabajador, tratamiento médico prescrito, pruebas realizadas, evolución y su incidencia en la capacidad funcional del interesado. Estos informes médicos complementarios, realizados dentro del SPS, se actualizan con cada dos partes de confirmación de baja posteriores.

Con esta tipología de bajas, en los primeros 365 días, que conllevan revisiones médicas, corresponde al nivel de atención primaria del SPS ir emitiendo partes de *alta*, cuando se considere que el trabajador ha recuperado la plena capacidad laboral, *por curación o mejoría*, quedando extinguida la prestación social de IT (art.174 LGSS), o de confirmación de *baja*, que mantienen viva la prestación social de IT. Tanto en partes de *alta* como de confirmación de *baja* opera el mismo procedimiento del art.7 RDIT, antes descrito, con información inmediata telemática al INSS, para la gestión de la prestación social de IT, en colaboración con las empresas. Las empresas, en todo este procedimiento, recibirá información exclusivamente de *"los datos identificativos de carácter meramente administrativo"*, no de naturaleza médica, por lo que si quieren indagar sobre la situación de su trabajador tendrán que utilizar los reconocimientos médicos propios, internos o vía servicios de prevención ajenos, del art.20.4 ET.

Es el SPS, en consecuencia, quien hace el seguimiento del mantenimiento del hecho causante durante los primeros 365 días de baja, *impedimento del trabajo por razones médicas*, gestionado por el INSS y la TGSS, dentro de la expuesta lógica dual del sistema vigente en contingencias comunes. Esta dualidad implica asumir consecuencias previsibles. Los plazos de revisión médica, dentro del SPS, a estos efectos, son *máximos*, por lo que pueden ser inferiores, pero es probable que el facultativo, en la práctica, los agote, lo que alarga el pago de las prestaciones sociales de IT. Si de inicio la enfermedad diagnosticada conlleva automáticamente la pérdida de capacidad de trabajo, la tendencia de las revisiones médicas, ejercidas por el SPS, será

la misma, con un diagnóstico estrictamente sanitario, sin un examen específico de causa y efecto en la pérdida de capacidad funcional, que conlleve confirmaciones de baja o altas. Al fin y al cabo, es misión esencial del SPS, en su nivel primario y especializado, prestar la asistencia sanitaria necesaria para la curación de la enfermedad diagnosticada, con estos fines, y no tanto analizar con precisión sus efectos concretos en la capacidad laboral, aunque en un plano teórico se identifiquen ambos planes. Resulta lógico que el SPS tenga esta finalidad principal estrictamente sanitaria, de inicio y en sus revisiones médicas posteriores, porque no gestiona la prestación social de IT, que es espacio del INSS y la TSGSS. Siendo Administraciones públicas además diferentes, una autonómica y otra central, como luego precisaré, no existen incentivos de control por los profesionales del SPS, dentro de una lógica económica de racionalización de gasto social, porque quien paga, en colaboración de pago directo o delegado con las empresas, es la SS o la Mutua.

El art. 4.2 RDIT se esfuerza en incorporar, en períodos trimestrales desde la fecha de inicio de la baja médica, posibles *informes de control* de la IT, a través del servicio de inspección médica del SPS, valorando la necesidad de mantener o no la IT. Estos autocontroles trimestrales son ejecutados desde el propio SPS, teniendo estos servicios inspectores internos pocos medios y la misma ausencia de incentivos económicos porque no es quien gestiona la prestación social de IT, en el configurado modelo dual vigente. Las inspecciones médicas internas del SPS tienen escasa capacidad de desactivar estas consecuencias previsibles derivadas de la dualidad del modelo, aunque tienen la posibilidad, conforme al art. 5.1 RDIT, de emitir parte de alta con efectos extintivos de la prestación social de IT.

### **2.3. El control de la Inspección Médica del INSS**

Las disfunciones de este modelo dual han motivado cambios normativos dirigidos a otorgar un mayor papel, en estos 365 días, de control médico a través del INSS que es quien gestiona la prestación social de IT<sup>4</sup>. El art. 170.1 LGSS declara que, en estos 365 días, el INSS ejerce, a través de su Inspección Médica, *las mismas competencias que la Inspección Médica del SPS* para emitir, en su caso, una alta médica con efectos extintivos de la prestación social de IT o considerar existe recaída en el mismo proceso.

Bajo esta clara cobertura legal, el art. 4.3 RDIT otorga acceso directo de la inspección médica del INSS a los citados informes médicos complementarios y de control, elaborados por el SPS, para poder desarrollar funciones de control del mantenimiento del hecho causante de la IT. De igual modo, los arts. 4.3 y 8.1 RDIT asumen un ac-

4 La tendencia de las reformas de la gestión y control de la prestación social de IT ha sido intensificar los controles del INSS, con cierta desconfianza en el SPS. Desde esta perspectiva histórica de cambios normativos, ver RODRIGUEZ INIESTA, G, "El control y la gestión de la Incapacidad Temporal", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, nº6, 2023, p.146-180.

ceso directo y telemático de los inspectores médicos del INSS a la documentación clínica de la atención primaria y especializada con esta finalidad. Con toda esta información, el art. 8 RDIT atribuye al INSS, mediante su servicio de inspección médica, facultades de control y seguimiento de la prestación social de IT, pudiendo realizar reconocimientos médicos obligatorios a los trabajadores con baja, conforme al art. 9.1 RDIT, sin perjuicio de las competencias del SPS. Efectivamente, y es un dato relevante del sistema, como declara el art. 9.1 y 2 RDIT, los inspectores médicos del INSS tienen capacidad para *“disponer que los trabajadores en IT sean reconocidos”*, con garantías de protección de datos personales, con una comunicación previa de 4 días hábiles. Como dictaminan, en el marco del art. 174 LGSS, los arts. 9.3 y 4 RDIT, la *“incomparecencia del trabajador”* conlleva la suspensión de la prestación social de IT y, en 10 días hábiles, su falta de justificación determina la extinción de la misma; las causas justificadas pueden conllevar un cambio de fecha del reconocimiento médico. Las comunicaciones de estos reconocimientos médicos a los beneficiarios de prestaciones sociales de IT, se realiza sin garantías formales claras (art. 9.3 RDIT), lo que ha motivado una jurisprudencia que aplica de manera estricta normativa administrativa de difícil encaje en estos procedimientos de control<sup>5</sup>. Existen por ello a veces demoras inexplicables en su tramitación.

Estas, sobre el papel, contundentes inspecciones médicas del INSS pueden conllevar partes de *alta*, como reconoce el art. 5.1 RDIT, al igual que hacen los médicos del SPS, con el efecto de la extinción de la prestación social de IT y la reincorporación al trabajo. El art. 170.1 LGSS declara, además, que tras el alta emitida por el INSS, este es el único competente para emitir nueva baja médica en la *misma o similar patología en 180 días*. El gestor de la prestación social, el INSS, tiene así un importante papel de supervisión médica, que puede hacer valer frente al SPS.

La dualidad confluye, de este modo, por la vía del servicio de inspección médica del INSS, en un control médico del hecho causante por personal médico de la entidad gestora, teniendo como herramienta el alta médica sin participación del SPS. El incentivo a este control es así mayor que en el SPS porque ya corresponde a quien gestiona la prestación social. La regulación vigente, en un esquema dual, parece adecuada en un plano teórico, porque el acceso telemático de la inspección médica del INSS a toda la información médica del beneficiario de una prestación social IT, junto a esta facultad de reconocimiento obligatorio con posible parte de alta si se verifica la recuperación de la capacidad de trabajar, permiten a la entidad gestora un seguimiento y control del hecho causante. La utilización de estas herramientas va a depender de los recursos y medios de la inspección médica del INSS, así como del ejercicio efectivo de estas facultades atribuidas en la regulación. En el plano práctico, como iré valorando, es donde comienzan los problemas: el SPS es quien tiene todo el personal médico y numerosos medios para llevar este seguimiento y control, pero

5 CRESPI FERRIOL, M, *“Absentismo burocrático: consideraciones críticas al hilo de la reforma de la incapacidad temporal”*, *Trabajo y Empresa*, 2023, Vol 2, nº1, p. 146-147.

carece de incentivos para llevarlo a cabo, mientras que el INSS tiene estos incentivos económicos, pero carece de recursos y medios efectivos sanitarios.

## 2.4. El control de las Mutuas que gestionan contingencias comunes

Las modulaciones de la dualidad en la gestión de las prestaciones sociales de IT en las contingencias comunes se reflejan también en cambios normativos que van atribuyendo un papel mayor a las Mutuas que asumen esta gestión como entidad colaborada de la SS y por voluntad de las empresas, en el marco del art.80.2.b y 82.4 LGSS<sup>6</sup>. Los partes de *baja médica*, como se ha expresado, corresponden, en estas contingencias comunes, exclusivamente a los médicos del SPS. Pero, en estos escenarios de colaboración privada, adquiere un papel primordial de control y seguimiento médico la Mutua, que comparte el papel de supervisión junto al INSS, como, dentro de la cobertura legal del art.82.4 LGSS, admiten los arts. 8 y 9 RDIT.

Efectivamente, cuando, por voluntad de la empresa, la gestión de contingencias comunes corresponda a las Mutuas, éstas pueden requerir al beneficiario de la prestación social de IT realizar un reconocimiento médico, con idéntica regulación que la inspección médica del INSS antes expuesta. La sustancial diferencia es que la inspección médica del INSS puede emitir el *alta*, con la extinción de la prestación social de IT, mientras que los médicos de las Mutuas tan sólo una *propuesta de alta* como declara el art.82.4.b y el art. 6 RDIT. Cuando los médicos de las Mutuas, que manejan toda la información clínica y pueden obligar a reconocimientos, consideren que el trabajador puede “*no estar ya impedido para trabajar*”, puede formular “*propuestas motivadas de altas médicas*” a la inspección médica del SPS que, en el plazo máximo de 5 días, se dirigirá a los profesionales médicos del SPS que han emitido los partes durante la IT; corresponde exclusivamente a los facultativos del SPS o confirmar la *baja* o admitir la propuesta a través del correspondiente parte de *alta médica*, que conlleva la extinción de la prestación social de IT y la vuelta al trabajo. La confirmación de *baja médica* debe ir acompañada de un razonamiento de la discrepancia con la Mutua e, incluso, la inspección médica del SPS puede revocarla, y emitir alta, si no está de acuerdo. Si, conforme al art.82.4.b LGSS, la *propuesta de alta* de la Mutua no es resuelta y notificada en plazo, ésta puede solicitar el alta directamente al INSS, competente también para emitir *alta definitiva* una vez realizadas las comprobaciones médicas pertinentes. Pero esta solicitud de la Mutua al INSS es excepcional, tan sólo en situaciones de incumplimiento del procedimiento por parte de la inspección médica del SPS, que es el eje de este sistema de propuesta y verificación con confirmación o eliminación de la *baja médica*. La supresión de propuesta de alta de Mutua

6 La tendencia de las reformas de gestión y control de la prestación social de IT ha sido también esta apertura a las Mutuas en las contingencias comunes, al margen de su tradicional papel en las profesionales, desde la reforma de 1994 en adelante. Desde esta perspectiva histórica de cambios normativos, ver RODRIGUEZ INIESTA,G, “El control y la gestión de la Incapacidad Temporal”, Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social, nº6, 2023, p.146-180.

al INSS, fruto de la reforma de 2022 del art.82.4.b LGSS, va en dirección contraria a la tendencia de intensificar el control de la IT y tiene difícil explicación, salvo descargar trabajo a la inspección médica del INSS.

Por tanto, en estos escenarios, la Mutua, que gestiona la contingencia común, puede sólo *proponer alta*, que puede terminar siendo confirmada por el SPS o incluso en estos casos excepcionales por el propio INSS, pero no puede emitir el alta directa con efectos extintivos de la prestación social de IT. No es extraño que esta cuestión sea controvertida. Una posible reforma, que modularía con mayor firmeza la dualidad entre quien diagnostica y quien gestiona la prestación social podría ser otorgar directamente la capacidad de *alta directa* a los médicos de las Mutuas colaboradoras en estas contingencias comunes, en estos procedimientos de revisión y control del hecho causante, al igual que la inspección médica del INSS, que sí tiene atribuida esta facultad.

Por otra parte, la Mutua que gestiona contingencias comunes, como declara el art.82.4.d LGSS, puede realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos “*con la finalidad de evitar una prolongación innecesaria de estos procesos previa autorización del médico del SPS y consentimiento informado del paciente*”. La Mutua puede, con cautelas, ser prestadora de asistencia sanitaria en las contingencias comunes, pero siempre bajo la autorización del SPS y con consentimiento del paciente, a diferencia de los obligados reconocimientos de control y seguimiento. Los resultados de estas pruebas se incorporan al historial clínico del beneficiario de la prestación social de IT en el SPS. En este marco, las Mutuas pueden, conforme al art.82.4.e LGSS, suscribir convenios con el SPS para la realización en sus centros sanitarios de reconocimientos médicos, pruebas diagnósticas, informes, y tratamientos con compensaciones económicas. Estos convenios entre Mutuas y SPS, como luego desarrollaré, pueden ser especialmente útiles en la gestión de las prestaciones de IT, al lograr disminuir su duración a través de una más rápida asistencia sanitaria.

## 2.5. La competencia exclusiva del INSS tras los 365 días de baja médica

El art. 169.1 LGSS configura legalmente la situación de IT con una “*duración máxima de 365 días, prorrogables por otros 180 días*”. De este modo, el art.170.2 LGSS dispone, que, agotada la duración máxima de 365 días, la Inspección Médica del INSS pasa a ser la “*única competente para emitir el alta médica por curación o mejoría que permita la reincorporación al trabajo*” y para emitir “*una nueva baja médica en la situación de IT producida, por misma o similar patología, en los 180 días posteriores al alta médica*”. Por tanto, la superación de 365 días de baja médica, o estas situaciones de recaídas en 180 días, tras alta, conduce ya un modelo único y simplificado donde se aparta el SPS y adquiere protagonismo exclusivo el INSS a través de su inspección médica. Esta competencia la ejerce la inspección médica del INSS sin la necesidad ya del acompañamiento de informes de los órganos colegiados EVI, donde participaba un médico del SPS. La gestión está, así, en la esfera exclusiva del INSS.

Con esta cobertura legal, el art. 4.4 OM ESS/1187/2015 articula un procedimiento donde el médico del SPS, una vez que emite el último parte de confirmación de baja anterior al agotamiento de estos 365 días, informa al trabajador que la competencia a partir de ese momento de la IT corresponde ya al INSS, sin perjuicio de continuidad en la asistencia sanitaria. El médico del SPS comunica al INSS esta situación, especificando la fecha de agotamiento de los 365 días desde la fecha inicial de la baja, lo que conlleva la atribución exclusiva del control médico al INSS. La prórroga legal de 180 días más, con partes de confirmación de baja médica, corresponde así exclusivamente al INSS, y ya no al SPS. El mantenimiento del hecho causante, tras los reconocimientos médicos del INSS, puede determinar esta prórroga de la situación de IT, que alarga el pago de la prestación social al beneficiario. De hecho, conforme al art.170.2 LGSS, la prórroga de la IT es automática salvo que exista *alta médica*, que expide el propio INSS. Ello es fruto también de la reforma de 2022 en sentido contracorriente a intensificar el control de la IT. No es explicable que la prórroga de 180 días sea tácita y no sujeta a un reconocimiento médico específico del INSS.

El INSS puede así, en el ejercicio de sus competencias exclusivas, y conforme al art.174.1 LGSS, emitir *alta por curación o mejoría que permite la compatibilidad con el trabajo*, o, si no da el alta, dejar que se active la *prórroga automática* de IT con el tope temporal de 180 días. Dentro de sus posibilidades puede emitir también *alta con propuesta de incapacidad permanente*, comenzando a ser aplicable el régimen jurídico distinto al de una IT, con vistas a un posible reconocimiento de una pensión vitalicia por esta razón. La incomparecencia injustificada del beneficiario de la IT a un reconocimiento instado por el INSS puede conllevar también el alta médica y la extinción de la prestación social como reconoce el art.174.1 LGSS.

Estas decisiones de *alta médica* del INSS pueden originar un procedimiento de disconformidad del interesado, previsto en el art. 170.3 LGSS, una vez agotados los 365 días de baja, ante la inspección médica del SPS, con capacidad para instar al INSS la reconsideración de su decisión con fundamentos médicos, quedando la prestación social de IT prorrogada. La confirmación del SPS, o su falta de respuesta en 11 días naturales, conlleva que el alta médica adquiera plenos efectos, quedando definitivamente extinguida la prestación social de IT. Pero el SPS puede aceptar la disconformidad del interesado, quedando prolongada la prestación social de IT.

En cualquier caso, como dictamina el art. 174.1 LGSS, el transcurso de 545 días (365 + 180) extingue la prestación social de IT. La apertura de un expediente de incapacidad permanente, como declara el art. 174.2 y 3 LGSS, puede prolongar los efectos de la IT, si existe expectativa de mejoría con reincorporación al trabajo, con el tope temporal de 731 días desde la baja inicial sumando todos los tiempos, correspondiendo en exclusiva al INSS estas decisiones médicas. Es lo que se denomina expediente de incapacidad permanente con demora, habitual en la práctica en situaciones médicas todavía inciertas, y que prolonga los efectos económicos de la prestación social de IT con este tope máximo de 731 días. Estas transiciones entre IT y la incapacidad permanente están gestionadas exclusivamente por el INSS, con

un papel relevante, en este escenario ya sí, de los EVI, donde participan médicos del SPS. De nuevo, la dotación de recursos y medios médicos del INSS, con sus EVI, determinará la eficiencia, en la práctica, de esta competencia exclusiva. Y es en este aspecto donde se pueden detectar problemas que alargan en exceso la duración de las prestaciones sociales de IT.

### **3. VALORACIÓN DEL SISTEMA DE BAJAS MÉDICAS POR CONTINGENCIAS COMUNES**

#### **3.1. Complejidad de la dualidad con actores diversos, desincentivos al control e ineficiencias**

El constatado sistema de bajas médicas por contingencias comunes responde a un modelo dual, como he expresado desde el inicio de este análisis. Existe un desglosamiento, o escisión, entre quien emite los actos médicos de acreditación de la situación de IT, el SPS, que presta con sus profesionales médicos la asistencia sanitaria ante la enfermedad, y la entidad gestora de la prestación social de IT, el INSS/TGSS, o las Mutuas, responsables de su pago en colaboración con las empresas. Las decisiones médicas que originan el nacimiento, mantenimiento y extinción de la prestación social de IT pertenecen al espacio del SPS, que a su vez presta asistencia sanitaria a la persona trabajadora, mientras que la gestión, control y pago de la propia prestación social corresponde al INSS/TGSS, o a las Mutuas, con fórmulas de participación y colaboración empresarial articuladas en el art. 173 LGSS. La entidad gestora de la asistencia sanitaria es el SPS, de competencia autonómica, y de la protección social es el INSS/TGSS, de competencia estatal, lo que escinde también las competencias administrativas territoriales, en marcos donde participan también las entidades privadas de las Mutuas y las propias empresas.

En este complejo sistema dual en las contingencias comunes, ya analizado conforme a la normativa vigente, participan actores diversos con distintos intereses y lógicas de actuación sin que exista una visión sistemática de todas las piezas del conjunto<sup>7</sup>.

1º *El SPS*. Es el eje del sistema de reconocimiento, gestión y control de la IT, a través de su nivel de atención primaria, pero su objetivo principal no es ese, sino, con sus profesionales médicos, diagnosticar adecuadamente la situación médica del trabajador, con fines dirigidos a su curación y rehabilitación, con derivaciones a médicos especialistas. El SPS gestiona la asistencia sanitaria, emancipada de la SS desde firmes fundamentos constitucionales y legales, con una lógica estrictamente de sa-

7 De especial interés las reflexiones al respecto de RODRIGUEZ INIESTA,G, "El control y la gestión de la Incapacidad Temporal", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, nº6, 2023, p.180-184.

lud<sup>8</sup>. El reconocimiento, gestión y control de las prestaciones sociales de IT es una carga burocrática de trabajo añadida, con los expuestos deberes de comunicación telemática con el INSS y documentación, sin que los profesionales médicos del SPS entren a valorar exactamente que la causa de la enfermedad produce el efecto del impedimento al trabajo ni estén diseñados legalmente, por ahora, procedimientos de retorno al trabajo. La conexión funcional y causal es automática porque la baja médica opera, lógicamente, desde un diagnóstico de salud, sin especial valoración del hecho causante protegido por la protección social, que es el impedimento del trabajo por una IT. Resulta especialmente significativa la desconexión absoluta entre el SPS y los servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas, que son los que conocen las capacidades de la plantilla, en toda la gestión de la IT.

El SPS decide, mediante actos médicos, con una lógica estrictamente sanitaria, el reconocimiento del hecho causante que debe gestionar el INSS. La propia Administración Autonómica Sanitaria es ajena a la SS y no tiene implicación presupuestaria en el voluminoso gasto público de prestaciones sociales por IT, siendo su prioridad, lógicamente, dotar al SPS de medios y recursos para una eficiente asistencia sanitaria en sus distintos niveles de atención. Esta gestión separada entre el responsable económico de las prestaciones sociales y el prestador de la asistencia sanitaria puede conllevar cierto desinterés del SPS en la problemática de la IT o que sean consideradas cargas burocráticas. Los médicos de atención primaria difícilmente entraran en conflicto con pacientes que solicitan bajas médicas, o sus confirmaciones, si se parte de un diagnóstico médico que es completamente ajeno al trabajo. El funcionamiento del SPS, que puede tener problemas de falta de medios o recursos para cubrir en debido plazo todas las situaciones médicas, inevitablemente repercute sobre la gestión y control de la SS en esta contingencia sin una intervención directa de esta entidad gestora. Por ejemplo, una lista de espera en una operación médica, dentro del SPS, repercute sobre los tiempos de la prestación social de IT, sin margen de gestión de la SS.

2º *La Inspección sanitaria del SPS.* Como se ha analizado, la Inspección sanitaria del SPS tiene atribuidas, en las contingencias comunes, importantes facultades de control de las bajas médicas, con capacidad de emitir el alta extintiva de la prestación social de IT. El sistema incorpora, a través de esta Inspección sanitaria interna, mecanismos de revisión de las decisiones médicas dada su proyección en las prestaciones sociales de IT. Pero el problema de este autocontrol interno, dentro del SPS, es el mismo que el antes expuesto. La Administración Autonómica Sanitaria es ajena a la SS y no será su prioridad potenciar este autocontrol con efectos económicos en el gasto de prestaciones sociales de IT que no es suyo. La Inspección sanitaria del SPS tiene pocos medios y recursos para llevar a cabo sus funciones de control médico, de

8 Desde esta perspectiva de análisis me remito a mi aportación LAHERA FORTEZA, J, "Rasgos y reflexiones sobre el Sistema Nacional de Salud" en AA.VV, *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Homenaje al profesor José Luis Tortuero Plaza, volumen 2*, Laborum, 2024, p.843 y ss.

tal modo que los procedimientos antes descritos, presentes en la normativa vigente, pueden ser ineficientes y no cumplir objetivos. Se constata idéntica desconexión entre la Inspección Sanitaria del SPS y los servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas, lo que es significativo en la ausencia de un control causa y efecto de la enfermedad con la merma de capacidades laborales.

3º *El INSS a través de su Inspección Médica.* El INSS es realmente la entidad gestora de la prestación social de IT, condicionada por los actos médicos del SPS, con quien, como se ha observado, se está en continua comunicación respecto a las bajas médicas y su evolución. Pero el INSS no es responsable directo de la atención de la salud del beneficiario de prestaciones sociales de IT ni presta asistencia sanitaria. Las facultades atribuidas de gestión y control de los requisitos del hecho causante de la IT, enfermedad que impide el trabajo de manera transitoria, difícilmente van a tener eficiencia cuando el INSS es completamente ajeno a la asistencia sanitaria. El sistema, como he expuesto, atribuye, a través de la Inspección médica del INSS, importantes facultades de revisión de los actos médicos del SPS durante los primeros 365 días de baja, con acceso directo a información clínica. En el ejercicio de estas revisiones ya operan incentivos al control, porque la Administración Estatal de SS es la responsable del pago de prestaciones sociales de IT en colaboración con las empresas, pero el problema es la ausencia de recursos y medios médicos para ejercer esta función, en contraste con el SPS, que los tiene, pero carece de estos incentivos.

Los admitidos (art.10 RDIT), y presentes en la realidad, convenios entre el INSS y los SPS autonómicos son una vía para mejorar esta eficiencia porque la Inspección médica del INSS puede aprovechar ciertos recursos del SPS con esta finalidad. Curiosamente se terminan aprovechando medios de quien se está controlando, lo que es también disfuncional. Pero esta vía, además, no soluciona el problema estructural de la revisión médica a través del INSS, en especial en estos primeros 365 días, que es la ausencia de una auténtica estructura sanitaria para llevar a cabo esta función. La facultad de emisión de alta de la Inspección Médica del INSS está reconocida, como he expuesto, con revisiones y controles de las decisiones del SPS, que se han ido reforzando, pero el problema de fondo es esta falta de estructura sanitaria y recursos. A partir de los 365 días ya el INSS asume en exclusiva todos los actos médicos y es probable que estos escasos recursos sanitarios se vuelquen más en estas situaciones, o, a través de los EVI, en la propia gestión de las incapacidades permanentes, que en las revisiones de bajas médicas de menor duración. Las prórrogas tácitas de IT de 180 días o que se hayan suprimido propuestas de alta de Mutuas directas al INSS son muestras de estas prioridades con los escasos recursos existentes.

4º *Mutuas.* Son las entidades privadas colaboradoras de SS que, en contingencias comunes, pueden asumir la gestión de la prestación social de IT, pero con capacidades de control limitadas y con una muy condicionada posibilidad de prestar asistencia sanitaria. Como ha sido expuesto, la normativa vigente les atribuye competencias similares de control médico a la Inspección Médica del INSS, pero sin capacidad de emitir alta médica con efectos extintivos en la prestación social. Tienen competen-

cias de propuesta motivada de alta médica que, en su caso, debe confirmar el SPS, con posible rechazo y confirmación de la baja. La Mutua no puede ni dirigir la propuesta de alta al INSS, que sólo aparece ante retrasos de contestación del SPS. Por tanto, si la gestión y control la asume el INSS sí existe un contrapeso de control al SPS con altas médicas directas que extinguen la prestación de IT, pero si la asumen las Mutuas no porque la propuesta de alta queda en manos del propio SPS. Existen así diferencias entre el control público y la colaboración privada de la entidad gestora, dependiendo de quien asume la competencia en contingencias comunes. La diferencia puede residir en esta variable pública o público/privada o en la idea de la ausencia de medios y recursos de las Mutuas para un control directo de las altas médicas en las contingencias comunes. Esta opción ofrece un marco de discusión porque el INSS tiene el mismo problema, agravado frente a la entidad privada que sí tiene estructura sanitaria, y en contingencias profesionales ya se ha entregado sin problema todo el procedimiento de bajas médicas a las cuestionadas Mutuas. Como he expuesto, la posibilidad de que la Mutua sea prestadora de asistencia sanitaria queda también condicionada a la autorización del SPS y al consentimiento del paciente, cuando ello puede acortar los tiempos de duración de la prestación social de IT. Rige así desconfianza respecto a las Mutuas cuando, a la vez, se les atribuye la capacidad de gestión de la IT en contingencias comunes.

Los convenios de colaboración entre el SPS y las Mutuas, reconocidos en el art.84.2.e LGSS y art. 10 RDIT, pueden ser la herramienta para lograr desbloquear esta desconfianza y ganar eficiencia en la gestión de la IT a través de esta colaboración público/privada. Así, con acierto, el Decreto-Ley 11/2024 incorpora una DA sexagésima LGSS, desarrollando el acuerdo social de negociación colectiva 2023-2025, que intenta, en este contexto, incentivar estos convenios de colaboración entre el SPS y las Mutuas, reconocidos en el art.84.2.e LGSS, de esta manera: *"en el plazo de 3 meses, se creará una comisión estatal para la vigilancia y el control de la ejecución de los convenios de los servicios públicos de salud con las mutuas, así como para evaluar el funcionamiento operativo de los mismos, estudiar y proponer la adopción de medidas necesarias para mejorar su efectividad e impulsar su aplicación. Además, dicha comisión procederá al análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, incluyendo el seguimiento de las causas, la incidencia y duración de los procesos; procediéndose a estudiar el impacto que la respuesta del Sistema Nacional de Salud, en cada uno de los ámbitos, tiene en los procesos de incapacidad temporal; y establecer líneas de actuación dirigidas a proteger la salud de las personas trabajadoras y así reducir el número de procesos y su duración, incluido el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones. Dicha comisión estará integrada por el Gobierno, por medio de representantes de la Secretaría de Estado de Seguridad Social y pensiones, y por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas a nivel estatal. Igualmente, en cada Comunidad Autónoma se constituirá una comisión de seguimiento de los convenios para la mejora en la gestión de la incapacidad temporal y de asistencia sanitaria entre la respectiva Consejería competente en materia de Sanidad, las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad So-*

*cial y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, de la que formarán parte cada uno de los agentes sociales que tengan representación en las comisiones ejecutivas del Instituto Nacional de Seguridad Social en ese territorio".* De esta forma, se reconoce en parte el problema de esta diferencia entre control público y público/privado en las bajas médicas comunes, no del todo justificada, y se abren puertas a análisis comparativos y al impulso de convenios del SPS, de competencia autonómica, con las Mutuas para una mejora de la gestión de las prestaciones sociales IT. Pero, hasta ahora, sin atribuir capacidad de alta directa a las Mutuas en contingencias comunes ni abrir una posible asistencia sanitaria emancipada del SPS.

Participan, en consecuencia, en el complejo modelo dual de las contingencias comunes, hasta cuatro actores distintos con incentivos diversos, originando una obra que se podría encuadrar en el teatro barroco. El SPS y su Inspección Médica es el eje porque presta asistencia sanitaria, con todos los recursos y medios, y es el protagonista principal, sin duda, del procedimiento de desarrollo de las bajas médicas, con confirmaciones de bajas y altas, pero con competencias instrumentales porque quien gestiona y controla es el INSS o las Mutuas que lo asumen. Cierta desconfianza en el debido funcionamiento del SPS en la tramitación de los actos médicos, con consecuencias económicas en la SS, fundamenta que el INSS o las Mutuas haya entrado cada vez más con mecanismos de acceso a información clínica y control directo de los beneficiarios de prestaciones sociales de IT<sup>9</sup>. Pero con resultado desigual porque el INSS carece de estructura sanitaria, con una Inspección Médica, que da prioridad seguramente a la gestión exclusiva de bajas de larga duración que superan los 365 días y a los prolongados tránsitos hacia la incapacidad permanente, y las Mutuas, que sí tienen estructura sanitaria, carecen de competencias normativas de altas que extinguen la prestación social de IT controlada y de asistencia sanitaria propia emancipada del SPS. Los convenios entre el SPS y el INSS intentan mejorar la eficiencia, aprovechando recursos de quien se controla, y los convenios entre el SPS y las Mutuas también, pero sin competencias directas de altas médicas, confirmadas por quien se controla. Estos convenios de colaboración administrativa, con la complejidad de combinar el nivel estatal y autonómico en cada territorio, son positivos, aunque no dejen de confirmar la presencia de un problema estructural no bien resuelto y que parte de la segregación entre asistencia sanitaria y gestión de las prestaciones sociales de bajas médicas.

Como ya he expresado, los incentivos del SPS en el control, desde una lógica de racionalización de gasto económico social son inexistentes, y los medios del INSS y las Mutuas, que sí tienen estos incentivos, son escasos, careciendo además éstas de la facultad de emitir altas con efectos extintivos de la prestación social o de la prestación directa de asistencia sanitaria. El papel de las empresas, que tienen altos costes durante las situaciones de IT de sus trabajadores, en forma de pago directo al inicio y delegado después y de cotizaciones sociales en toda su duración, es, por su parte, inexistente. Resulta algo, al menos sorprendente, como un fantasma en la batalla, el

9 GORELLI HERNANDEZ, J, "El control de la incapacidad temporal", cit, p. 460-462.

papel de este personaje en la sombra. No me corresponde en este estudio analizar las facultades de control médico de las empresas, canalizadas a través de reconocimientos del art.20.4 ET a sus trabajadores, pero sí afirmar que carecen de cualquier competencia instrumental que pueda repercutir en la gestión de la baja médica y en la prestación social, salvo en las mejoras voluntarias pactadas en convenio colectivo a su cargo<sup>10</sup>. Las deficiencias del modelo de control público dual de contingencias comunes no son contrarrestadas con un mayor papel directo de las empresas en el control médico de sus trabajadores, ni siquiera en las bajas de corta duración asumidas íntegramente con sus costes. Tampoco existen, como he constatado con énfasis, canales entre los servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas y el sistema de gestión de la prestación social de IT. No existe, por lo expuesto, un planteamiento normativo holístico ni coherente en el tratamiento del absentismo laboral, que integre a todas las estructuras del sistema en ello –SPS, INSS, Mutuas, empresas y servicios de prevención de riesgos laborales–.

En este contexto, la comunicación entre el funcionamiento del SPS y el gasto social de prestaciones sociales de IT es estrecha. Cualquier ineficiencia o anomalía del SPS, dotados de recursos y medios en ámbito autonómico bajo coordinación estatal, afecta a la gestión de las prestaciones sociales de IT y a su gasto público. El problema no es a veces tanto el adecuado diagnóstico de los médicos del SPS sino las demoras en la atención sanitaria, tanto básica como especializada, con tiempos largos de espera, que repercuten en la duración de la baja médica en el plazo de 365 días y luego en sus prolongaciones. Las tensiones del SPS terminan impactando en la gestión de la prestación social del INSS o las Mutuas, o en los propios costes económicos de la IT asumidos por las empresas. Los márgenes de control por ambas vías se ven condicionados y limitados por estos problemas del SPS, el auténtico nudo gordiano del sistema.

Existen, además, problemas de ineficiencia, no bien resueltos, en la comunicación a trabajadores y empresas del procedimiento de gestión y control de las prestaciones sociales de IT. La reforma del RDIT en 2022 fue positiva, aprovechando la digitalización del sistema, pero, como ya he señalado, en las notificaciones de bajas y altas todavía se generan problemas y demoras que alargan inexplicablemente los procedimientos<sup>11</sup>. Y además la propia reforma de 2022 incorporó medidas difíciles de explicar, como la prórroga táctica de IT tras 365 días o la supresión de propuesta de alta de Mutuas a INSS, a contracorriente del control del absentismo laboral<sup>12</sup>.

10 No existe, como tal, ningún procedimiento siquiera de comunicación al SPS de la localización de fraude en una baja médica por parte de la empresa ni de consecuencias en los efectos de la prestación social IT. Aún así SALA, T;SALAS, A, *La incapacidad temporal; aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social*, Tirant lo blanch, 2007, p.220-223, apelan a una OM de 1974 para que la empresa pueda al menos informar de ello al SPS.

11 CRESPI FERRIOL,M, "Absentismo burocrático: consideraciones críticas al hilo de la reforma de la incapacidad temporal", *Trabajo y Empresa*, 2023, Vol 2, nº1, p.146 y ss.

12 Como bien apunta VIVERO SERRANO,J, "El absentismo laboral por motivos de salud: modelo para armar. Recensión al libro de Mar Crespi, Incapacidad temporal y absentismo laboral", *Trabajo y De-*

### **3.2. Desconexión con la capacidad del trabajador, rigidez de las bajas médicas y disfunciones con la regulación de la incapacidad permanente**

El otro gran rasgo del sistema de bajas médicas, en este caso común en contingencias comunes y profesionales, es que se vincula estrechamente, y con enorme rigidez, la enfermedad, detectada en el SPS con vistas a la curación, con el *impedimento al trabajo*, sin que la entidad gestora de SS, el INSS o las Mutuas, encargadas de la prestación social de IT, puedan de inicio intervenir en la verificación efectiva del hecho causante ni sus mecanismos de control de actos médicos tengan especialidades en esta dirección que conecta causa y efecto. La *baja médica* es un diagnóstico de salud, del SPS, que conduce siempre al *impedimento del trabajo*, con unas tablas de duración estimada, sin un análisis médico de esta correlación causa y efecto ni al inicio ni en la tramitación de todo el desarrollo de la prestación social de IT. Es un dato evidente que no existan cauces entre los servicios de prevención de riesgos de las empresas, que evalúan y articulan planes de seguridad en todos los puestos de trabajo, y el sistema de gestión de la prestación social de IT, sin información laboral apenas para decidir sobre la capacidad del trabajador y sus opciones para trabajar con posibles ajustes de su puesto de trabajo. En realidad, es que el sistema está ideado para dar y mantener bajas médicas durante las enfermedades, que automatizan la incapacidad laboral, sin valoraciones específicas funcionales, lo que explica esta marginación de los servicios de prevención de las empresas o que éstas carezcan de herramientas de control integradas en el sistema.

Las bajas médicas son excesivamente rígidas<sup>13</sup>. O se está de baja, y no se puede trabajar, o se está de alta, y trabajando. No existen, a diferencia de otros países, situaciones intermedias donde, bajo supervisión médica, se pueda compatibilizar la baja médica con el trabajo retribuido o existan cauces de retorno a la actividad laboral durante su duración. La baja médica es concebida como una inactividad laboral que se abre y cierra sobre un mismo punto. No se valora en el sistema de gestión y control de la IT, antes examinado, si existen situaciones de posible compatibilidad de la baja médica con el trabajo habitual u otras ocupaciones, ni se establecen cauces de posible retorno a la empresa durante la misma con ajustes razonables del puesto de trabajo. La suspensión del contrato de trabajo, que reserva el puesto de trabajo, es coincidente con la baja médica rígida, sin matices, ni posibilidad de graduación. Es un modelo binario de *baja* y *alta*, donde la realización de trabajos está prohibida

recho, 2024, nº114, tienen difícil explicación algunas reformas recientes en dirección contraria a la disminución del gran problema del absentismo laboral como estas dos apuntadas, la derogación total del despido por absentismo, las consecuencias del reconocimiento legal de la discriminación por enfermedad en la Ley 15/2022, con consecuencias jurisprudenciales en los pluses salariales anti absentismo, o la inacción ante mejoras voluntarias de IT.

13 De referencia en este certero diagnóstico, las aportaciones de CRESPI FERRIOL,M, *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2022; "Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria", *Trabajo y Derecho*, nº73, 2021;"Incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo", *Trabajo y Derecho* nº122, 2025.

(art.175.1.b LGSS), sin situaciones intermedias ni cauces de retorno con ajuste del puesto de trabajo. La jurisprudencia matiza este modelo binario, construido sobre el eje del puesto de trabajo habitual, con alguna apertura en situaciones de pluriactividad o pluriempleo, donde la baja médica incapacita para un trabajo, pero no para otras ocupaciones, pero la configuración legal es claramente rígida. El trabajador sólo se reincorpora a la empresa tras el alta médica, por *mejoría o curación definitiva* (art.174.1 LGSS) y nunca con anterioridad. La empresa no puede activar procedimientos de ajustes razonables del puesto que faciliten el retorno durante la baja médica ni el propio trabajador puede solicitarlos si su voluntad es trabajar con distintas condiciones que sean compatibles con su salud. A diferencia de otros países<sup>14</sup>, en España brillan por su ausencia los programas de retorno al trabajo durante las bajas médicas, al no estar reguladas en ninguna de sus formulaciones, reincorporaciones progresivas, cambios provisionales de puestos de trabajo, ajustes razonables del puesto acordes con la salud, la habilitación temporal de teletrabajo o ayudas al desplazamiento ante problemas de movilidad. No existe regulación alguna, ni cauce alguno de retorno al trabajo en bajas médicas. Se asume el modelo binario en sus consecuencias de bajas médicas que pueden dejar inactivo al trabajador durante largos tiempos hasta el alta definitiva. El alta puede ser por *mejoría* que permita ya el trabajo, no siendo imprescindible una *curación definitiva*, y ello queda en manos de los diagnósticos médicos dentro del procedimiento de gestión y control de la IT<sup>15</sup>, pero ello no suple la deficiencia de carecer de estos cauces de reincorporación al trabajo durante la duración de la propia baja médica. Lo cierto es que ni siquiera existen procedimientos de reincorporación al trabajo al trabajo tras alta definitiva, salvo escasas experiencias convencionales, o las derivadas de buenas prácticas de los servicios de prevención de riesgos laborales<sup>16</sup>. La regulación permanece ajena a esta realidad, durante la baja y tras el alta, cuando retornar a la empresa durante o tras una enfermedad tiene singularidades que deben ser atendidas. Otros países de nuestro entorno desarrollado han avanzado en esta dirección, que protege simultáneamente la salud y el trabajo, pero la legislación española no.

Como luego desarrollaré, es, por tanto, necesaria una reforma que otorgue flexibilidad a las bajas médicas. Hay situaciones de incapacidad temporal de larga duración donde la reincorporación al trabajo puede ser gradual, con compatibilidad entre prestación y salario parcial, y otras, en particular derivadas de la enfermedad mental, donde el criterio médico puede recomendar una reincorporación al trabajo retribui-

14 Analiza algunas experiencias internacionales CRESPI FERRIOL,M, *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2022; "Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria", *Trabajo y Derecho*, nº73, 2021.

15 SALAT;SALAS, A, *La incapacidad temporal; aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social*, Tírant lo blanch, 2007, p. 23.

16 Las escasas experiencias de convenios colectivos que establecen planes de retorno en bajas médicas de larga duración los articulan lógicamente tras el alta en este marco normativo rígido, ver FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J, "La incapacidad laboral de larga duración y la reincorporación al trabajo", *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 2025, nº11, p.49 y ss.

do que forma parte del tratamiento de curación. Hay dolencias traumatólogicas que impiden el desplazamiento a la empresa, pero no el teletrabajo bajo supervisión médica. Con criterios científicos es posible contemplar en la Ley bajas médicas flexibles que respeten siempre la salud de las personas trabajadoras. En la normativa vigente, expuesta, no existen cauces para este análisis médico/laboral, ni dentro del SPS, ni en sus controles externos a través del INSS o las Mutuas. Resulta inviable una baja o una confirmación de baja médica donde el diagnóstico científico concluya en una compatibilidad con el trabajo, ya sea total o parcial, o con ajustes de puestos de trabajo. Con criterios científicos, existen dolencias que permiten esta flexibilidad, y que incluso son recomendables dentro de la asistencia sanitaria y los tratamientos médicos recibidos.

Este problema se agrava tras la reciente reforma de la extinción del contrato de trabajo de personas trabajadoras con una *incapacidad permanente* (Ley 2/2025 que incorpora un nuevo art.49.1.n en el Estatuto Trabajadores), que supera la anterior automatización extintiva derivada de esta resolución de la Seguridad Social<sup>17</sup>. Sin entrar en detalles de la nueva regulación sí quiero mostrar que es disfuncional con el diseño actual de la IT. El nuevo sistema da 10 días a la persona trabajadora tras la resolución de Seguridad Social de incapacidad permanente para solicitar los ajustes razonables de su puesto de trabajo y abre un plazo de 3 meses para que la empresa, previo informe de los servicios de prevención, ofrezca cambios adecuados laborales o una vacante en un puesto de trabajo compatible conforme a esta nueva situación. La persona trabajadora puede no solicitar el ajuste o rechazar el cambio laboral propuesto, procediendo entonces la empresa a extinguir el contrato de trabajo sin indemnización. En este procedimiento se articulan causas objetivas extintivas que puede acredecir la empresa como la carga económica excesiva del ajuste laboral y la ausencia de vacante de un puesto de trabajo compatible con la incapacidad permanente tras el imposible ajuste bajo criterios preventivos. Estas causas objetivas empresariales pueden motivar una extinción contractual igualmente no indemnizada. Si existe acuerdo en el ajuste o cambio laboral entre empresa y trabajador, sin que concurran estas causas objetivas extintivas, la reforma articula la suspensión de la pensión pública de incapacidad permanente si es incompatible con el trabajo asalariado

La modificación laboral de la *incapacidad permanente* sin cambios en la normativa de Seguridad Social muestra una incoherencia difícil de explicar<sup>18</sup>. La regulación social de la incapacidad permanente total determina una incapacidad definitiva para desarrollar la profesión habitual constatada por la Seguridad Social, mientras que la norma laboral parece admitir ajustes razonables en el mismo puesto desarrollado por esta profesión habitual. Es previsible que los informes preventivos de las empresas

17 Esta cuestión se aborda de manera específica en el capítulo de los profesores Francisco Pérez de los Cobos y Javier Thibault de este monográfico dedicado al absentismo.

18 Ver LAHERA FORTEZA, J, "Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente", BRIEF AEDTSS 2025 nº60.

sean contrarios al ajuste, para no contradecir al equipo evaluador público, y que la solución sea encontrar vacantes en profesiones distintas, existentes probablemente en contadas ocasiones. Aún resuena más la incoherencia en la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez donde la Seguridad Social declara la incapacidad definitiva para desarrollar cualquier actividad profesional mientras que la norma laboral parece aceptar ajustes razonables o cambios de puestos de trabajo bajo el criterio de los servicios de prevención de las empresas. Es probable que ninguna de estas situaciones supere informes preventivos positivos. El margen de mantenimiento de empleo, en consecuencia, es muy limitado en estas situaciones, y lo más frecuente será la extinción no indemnizada del contrato de trabajo por parte de la empresa. Resulta también contradictorio que la norma haya mantenido la suspensión contractual en incapacidades permanentes con expectativa de mejoría durante dos años, sin acceso a los ajustes laborales, frente a quien está en peor situación médica.

El problema de esta nueva regulación laboral no es sólo la descoordinación normativa, con estas disfunciones, sino, en lo que aquí más interesa, su desconexión con la *incapacidad temporal*. Las bajas médicas temporales continúan siendo rígidas, sin posibilidad alguna de una posible compatibilidad con el trabajo o procedimientos de reincorporación progresiva adaptada a la empresa, ni siquiera tras un alta, y los ajustes razonables laborales son articulados al final del trayecto, cuando ya declara la Seguridad Social una incapacidad permanente. Se desaprovecha así el largo tiempo que puede transcurrir entre una *incapacidad temporal* y *permanente*, en ocasiones hasta 731 días sumando todas las prórrogas y prolongación de efectos, para intentar luego mantener el empleo de manera tan desafortunada, cuando los equipos públicos evaluadores diagnostican una incapacidad para trabajar en la profesión habitual o en cualquier actividad laboral.

El procedimiento de ajuste razonable de puestos de trabajos, bajo criterios preventivos, se debería de haber articulado antes de la incapacidad permanente, precisamente en estos largos trayectos de largas bajas médicas temporales con posibilidad de reincorporación adaptada, como luego precisaré en una propuesta de reforma, sin perjuicio de un intento al final del camino para dar cauce a la extinción del contrato de trabajo no indemnizada. La reforma de la *incapacidad permanente* debería haber acomodado el doble plano laboral y social, pero, especialmente, debería haber sido aprovechada para reformar la *incapacidad temporal* con un sistema de bajas médicas flexibles, compatibles con el trabajo bajo supervisión científica, y procedimientos de reincorporación ajustada a la empresa en las de más larga duración.

Los ajustes razonables de puestos de trabajo son exigencias de la normativa de prevención de riesgos en personas con discapacidades sobrevenidas que no determinan una incapacidad temporal ni permanente. Existe suficiente práctica profesional de los servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas que logra su buena integración en los planes de seguridad y salud en el trabajo. La reforma pendiente debería extenderlos, de manera sistemática y coherente, no cómo se ha realizado, a situaciones de *incapacidad temporal* de larga duración con posibilidades

médicas de reincorporación adaptada y, en su caso, tras la ya *incapacidad permanente*, con una revisión de la compatibilidad entre la pensión pública vitalicia y salario.

### **3.3. Escasos desincentivos al fraude en las bajas médicas**

Cabe introducir, una vez valorado el sistema desde sus actores diversos y el rasgo de su rigidez, el factor de un posible uso fraudulento de las bajas médicas de IT, que conlleva para el beneficiario la pérdida de la prestación social (art.175 LGSS). El fundamento del sistema de IT es un acto médico del SPS, dentro del procedimiento de las bajas y confirmaciones de bajas o altas, con estos controles del INSS o las Mutuas, pero no directamente de las empresas. Sólo cabe confiar en la profesionalidad de los médicos del SPS y en la eficiencia de estos controles externos para averiguar este tipo de fraude, que se presupone no es generalizado. Quizás una mayor intervención directa de los reconocimientos médicos de las empresas, con vías de comunicación al SPS o INSS y Mutuas, y determinación de consecuencias directas, podría intensificar el control de este riesgo, pero el punto de partida es la confianza de profesionalidad de este conjunto de actos médicos. La constatada desconexión entre los servicios de preventión de riesgos de las empresas y el sistema de gestión de la prestación social de IT, en sí misma, no desincentiva precisamente el fraude en bajas médicas.

Dicho esto, la Ley debería contemplar mayores desincentivos al fraude en las bajas médicas. Así ocurre ya con la ausencia de salario o prestación social los primeros tres días de baja, ideada en esta dirección, y ello es la razón principal de desplazar el coste a la empresa del día 4 al 15 en las contingencias comunes (art.173 LGSS), aunque ello no conlleva que el control empresarial de reconocimientos médicos (art.20.4 ET) tenga efectos en la prestación social de IT. Son medidas antifraude que pueden estar ocasionando sobrecostes empresariales a valorar, al no ir acompañadas de un control médico directo de la empresa. Pero el principal problema de fondo en esta cuestión es que el sistema otorga a la negociación colectiva una gran capacidad de implantar mejoras de la prestación social, obligando al pago salarial estos tres días o complementando hasta el 100 por 100 el salario durante las bajas, que pueden cooperar al fraude<sup>19</sup>. No es lógico que exista la misma renta trabajando que en baja médica y por ello las prestaciones sociales se diseñan con este criterio bajo siempre una cobertura alta, aquí entre 75 y 60 por 100. Como luego reiteraré, se debería limitar la capacidad de los convenios colectivos de destruir esta arquitectura equilibrada, estableciendo por ejemplo la imposibilidad de pago salarial los tres primeros días, el no acceso a la mejora en 15 días que paga la empresa, y el tope de 85 por 100 de renta en estas mejoras sociales. El desincentivo al posible fraude, con impacto en gasto público, lo justifica.

19 GARCÍA VIÑA, J, *El absentismo laboral y su gestión por la negociación colectiva*, Aranzadi, 2025, p. 94-106.

## 4. PROPUESTAS DE REFORMA DE BAJAS MÉDICAS POR CONTINGENCIAS COMUNES

### 4.1. El aumento de las bajas médicas y sus costes económicos públicos y privados: la necesidad de una reforma normativa

Esta aportación parte de una premisa sustentada en un sólido consenso social y político: la protección laboral y social frente a enfermedad de las personas trabajadoras es uno de los fundamentos esenciales de nuestros Estados del Bienestar. La enfermedad, ya sea una dolencia física o mental, o consecuencia de un accidente, es un hecho que puede sufrir cualquier persona, y merece de manera incuestionable esta doble protección laboral y social, en el marco además de avanzados sistemas públicos de sanidad que procuran el buen diagnóstico, los tratamientos adecuados y la curación final. Es indudable que, en el marco del contrato de trabajo, la enfermedad debe ser catalogada como un supuesto de suspensión contractual con reserva del puesto de trabajo como reconoce nuestra legislación laboral. Es igual de indudable que, en el marco de la Seguridad Social, la enfermedad debe ser contemplada como una contingencia protegida de baja médica con prestación social sustitutiva del salario, como reconoce nuestra legislación social.

Sobre estas premisas, de gran consenso, cabe reflexionar siempre sobre la eficiencia de la regulación laboral y social frente a la enfermedad sin sacrificar en ningún caso la protección de la salud de las personas trabajadoras bajo la indispensable supervisión médica. Este estudio es una reflexión crítica en esta línea y desde la perspectiva de la gestión y control de las prestaciones sociales de IT, teniendo en cuenta el aumento de las bajas médicas de los últimos años.

Recientes y rigurosos informes, como el presentado por la Asociación de Mutuas de Accidente de trabajo (AMAT) y el exhaustivo trabajo del Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE) sobre absentismo laboral<sup>20</sup>, muestran, efectivamente, en España incrementos sustanciales de población protegida por bajas médicas derivadas de contingencias comunes, ajenas al trabajo, en los últimos diez años (24,71 por 100) y de procesos iniciados de acceso a prestaciones sociales de incapacidad temporal transitoria (121,55 por 100) con aumentos de duraciones medias (7,90 por 100). Estos incrementos son especialmente detectados en los últimos cinco años, descontando la excepcionalidad de la pandemia. Los indicadores muestran que los aumentos de bajas médicas son generalizados en todos los sectores, con mayor impacto en unos que en otros, y en todas las CC.AA, aunque con datos des-

20 *Evolución de los indicadores de absentismo laboral*, AMAT, 2025. *Estudio Socioeconómico de la evolución de la incapacidad temporal y la siniestralidad en España*, (director J.M Peiró), IVIE, 2025. Accesibles ambos en digital desde sus webs. De especial interés, las conclusiones de informe IVIE, p.195-206 tras un exhaustivo análisis de datos de bajas médicas del período 2016-2023. Me remito a estas conclusiones con base empírica para partir de la presencia de un gran problema en España de absentismo laboral por razones de salud física y mental. Este hecho objetivo está ya muy presente en los medios y en la opinión pública y política.

iguales, afectando a todas las franja de edad de las personas trabajadoras, incluyendo jóvenes. No es un problema, en consecuencia, específico, sectorial, territorial o de envejecimiento de la población, sino ya estructural y general de España.

El impacto económico de esta realidad en costes para las empresas, que asumen los salarios de bajas médicas del 4º al 15º día, los complementos de mejora de IT presentes en numerosos convenios colectivos y las cotizaciones durante toda la suspensión contractual en nuestra legislación social es muy elevado, con aumentos sustanciales, al margen de los costes organizativos y productivos. El gasto social en prestaciones sociales públicas de incapacidad temporal refleja también una gran subida y se sitúa ya en 1,4 por 100 PIB. La repercusión en gasto empresarial es un lastre de nuestra Economía que impide avances en la productividad y, probablemente, en los necesarios incrementos salariales. El impacto financiero en la Seguridad Social, por su parte, tiene consecuencias en la sostenibilidad de toda la protección social. Los informes calculan un gasto anual de 33.000 millones de euros derivados de procesos de IT. El citado Informe IVIE sitúa en 80.000 millones de euros el coste total del absentismo laboral por razones de salud, entre el gasto público social y el impacto empresarial, lo que, sea o no cercana la estimación de esta cifra a la realidad, muestra la magnitud del problema.

El aumento de la tasa de ocupación laboral, gracias a la buena tendencia económica y de empleo de los últimos años, y las consecuencias negativas para la salud, física o mental, derivada de la pesadilla de la pandemia pueden explicar, en parte, estos datos. Pero se observa una evidente desproporción entre los aumentos de trabajadores ocupados y los incrementos de bajas médicas, y la superación de los efectos perniciosos de la pandemia lleva ya un tiempo considerable de consolidación. La incidencia del empleo, según análisis empíricos fiables, puede explicar el 40 por 100 de esta alza de bajas médicas, pero el 60 por 100 restante se debe a otros factores, que son los que deben ser analizados. Se detectan especiales picos de crecimiento de bajas médicas comunes de baja duración y las que superan los 365 días, por lo que el foco hay que ponerlo en ambas realidades con problemática propia. También se evidencian alzas en las algias y dolencias mentales, que fundamentan numerosas bajas médicas de ambos tipos, cortas recurrentes y de larga duración. El informe IVIE constata incrementos específicos significativos de repeticiones de bajas médicas en un mismo trabajador por ambas dolencias. Es un ámbito que hay que atender especialmente. En la comparativa con países de la Unión Europea, que comparten nuestros mismos fundamentos consensuados de protección laboral y social de la enfermedad, dentro de sistemas avanzados de sanidad pública, estos informes empíricos muestran que nuestros datos de bajas médicas son, en términos proporcionales a la población ocupada, también especialmente desproporcionados. Es un dato relevante y preocupante. España está en la zona más alta de absentismo laboral por razones de salud de la Unión Europea.

El contraste entre la regulación laboral y social de otros países europeos y España de la enfermedad es, por ello, una buena metodología porque permite, dentro del máximo respeto a la protección de la salud de las personas trabajadores, realizar aquí

reformas en una buena dirección. Y este tipo de contraste muestra que España tiene tres deficiencias en la regulación de las bajas médicas que deben corregirse, y que he apuntado en este estudio:

- 1º Un control ineficiente de las bajas médicas en las contingencias comunes.
- 2º La rigidez de las bajas médicas que impide procesos de retorno al trabajo y cauces de compatibilidad laboral.
- 3º Escasos desincentivos al posible fraude en las bajas médicas.

Existen otros elementos en el diseño de la prestación social IT (o de sus cotizaciones con un sobrecoste para las empresas) y en la gestión empresarial del absentismo laboral a corregir. No me corresponde identificarlos en este estudio, centrado en la gestión y control público de la situación de IT. Desde esta perspectiva, las reformas deben solucionar estos tres problemas identificados y aquí aporto algunas ideas para ello con medidas concretas. Esta reforma de la IT es necesaria y por ello está abierta una mesa de diálogo social, y en marcha un interesante proyecto del Ministerio de Seguridad Social en colaboración con la OCDE y la UE<sup>21</sup>, que ha tomado conciencia del problema. Mi aportación es constructiva con medidas concretas que puedan ser valoradas en este contexto de oportunidad<sup>22</sup>.

Estas propuestas son expuestas desde una convicción, evidenciada por los hechos objetivos. Cabe afirmar que cualquier mejora del funcionamiento de la sanidad pública tiene una repercusión positiva en reducir los altos costes de la enfermedad en el trabajo. La disminución de listas de espera en tratamientos reduce tiempos de baja médica y la coordinación adecuada entre los sistemas de control de la seguridad social o de las Mutuas colaboradoras, que paga prestaciones, y los médicos de la sanidad pública, que diagnostican las bajas, también tiene estos efectos positivos. La inversión en sanidad pública es inversión productiva en favor de las empresas y trabajadores, como lo es esta adecuada coordinación entre quien diagnostica y paga. De poco sirve afrontar las reformas aquí propuestas si no existe una apuesta clara que vincule la inversión pública en el SPS con la productividad y reducción de absentismo que la propicia. Creo es una idea que debería tener consenso político y social, y el liderazgo de su impulso corresponde al Gobierno central de España, pese a que los SPS son competencia autonómica, porque el gasto público en Seguridad Social es estatal y existe un interés general nacional en reducir estos altos costes para las empresas. Hay que aumentar el gasto público sanitario, en convergencia con la media europea, porque ello mejora la asistencia sanitaria de los ciudadanos, pero también

21 Con representantes de todos los ámbitos implicados en el sistema de bajas médicas de España y del que forma parte dentro del grupo de expertos del ámbito académico.

22 Desarrollo en esta aportación académica con detalle algunas ideas de cambios normativos ya expresadas y divulgadas en LAHERA FORTEZA, J, "La necesaria reforma de las bajas médicas", *Cinco Días*, 17 Abril 2025, y "La reforma pendiente de la incapacidad temporal y permanente", *Cinco Días*, 12 Agosto 2025.

porque ello es una inversión pública en nuestra productividad y tejido empresarial con una gran capacidad de retorno económico.

## 4.2. Mejora del control de bajas médicas

La analizada regulación y práctica de la gestión y control de las bajas médicas en las contingencias comunes tiene márgenes sustanciales de mejora a partir de la valoración realizada.

De inicio, se deben corregir las ineficiencias detectadas en el procedimiento respecto a la comunicación de reconocimientos médicos en los controles del INSS y de altas médicas a trabajadores. Los procedimientos de notificación deben ser ágiles, aprovechando medios telemáticos, para evitar demoras, tanto en los controles médicos como en la obligada reincorporación al trabajo tras el alta médica. Se debe completar la reforma del RDIT de 2022, que fue un acierto ligado a los medios telemáticos, con otra que solucione estos problemas burocráticos<sup>23</sup>.

La participación de actores diversos en el explicado modelo dual de bajas médicas en contingencias comunes exige, de manera estructural, mejoras con nuevas herramientas de la cooperación, o cogobierno, entre los mismos (art.82.4 LGSS y art.10 RDIT). Una vez aceptada la dualidad entre la asistencia sanitaria del SPS y la gestión de la prestación social del INSS o en su caso las Mutuas, resulta imprescindible intensificar convenios de colaboración del SPS con el INSS y las Mutuas para mejorar la eficiencia del control de las bajas médicas. Se debe, por tanto, persistir en una línea ya puesta en práctica y potenciada con los cambios normativos, en especial el Decreto Ley 11/2024 en relación con las Mutuas.

De un lado, bajo el liderazgo y coordinación del Estado, todas las CC.AA deberían tener ya suscritos, presupuestados y puestos en funcionamiento convenios de colaboración entre su SPS y el INSS para garantizar el flujo de información clínica entre el prestador de asistencia sanitaria y la entidad gestora de la prestación social de IT, sobre la base ya de una normativa que facilita estos intercambios. La debida gestión telemática de los partes de baja y alta médica entre el SPS y el INSS, que ahora implica directamente también a las empresas, debe ser fluida. Se debe avanzar en la información compartida porque el SPS no recibe datos laborales del trabajador que solicita la baja médica, ni siquiera de la empresa a la que pertenece. Los facultativos del SPS, a través del INSS, que sí maneja datos laborales, deberían entrar a valorar la situación médica en conexión con el impedimento al trabajo, con conocimiento del puesto de trabajo y empresa del beneficiario de la prestación social de IT. El INSS debe potenciar la formación de médicos del SPS en esta dirección para que la emisión de bajas y altas médicas, con incidencia en la prestación social de IT, sea acorde

23 CRESPI FERRIOL, M, "Absentismo burocrático: consideraciones críticas al hilo de la reforma de la incapacidad temporal", *Trabajo y Empresa*, 2023, Vol 2, nº1, p.146 y ss.

con el hecho causante protegido, que es el impedimento del trabajo por enfermedad o accidente. Para ello sería incluso conveniente, dentro de la atención primaria, crear unidades específicas de salud laboral. Se debería superar el automatismo actual de las bajas médicas en el SPS, ajenas a cualquier información laboral. El INSS debe elaborar y actualizar guías de duración óptima de la duración de bajas médicas por profesiones y capacidades laborales para transmitirlas al SPS en el ejercicio de su competencia médica. Estas guías ya existen, pero tienen márgenes de mejora y no debería ser costumbre identificar la baja médica con su plazo máximo en las diferentes categorías analizadas. La Inspección médica del INSS, por su parte, debe ser potenciada, en recursos y medios, para cumplir sus competencias de revisión en los primeros 365 días y exclusiva después. Existe una gran desproporción entre la estructura sanitaria y medios de los SPS y el INSS, así que este refuerzo debe ir unido a planes para compartir recursos con la finalidad de gestión de la prestación social de IT, con compromisos de inversión médica. Sin revisión eficiente ni contrapesos entre el SPS y el INSS es inviable, en la práctica, el control de las prestaciones sociales de IT en el diseño de la normativa vigente.

De otro lado, bajo el liderazgo y coordinación del Estado, todas las CC.AA deberían tener ya suscritos, presupuestados y puestos en funcionamiento convenios de colaboración del SPS con las Mutuas, en la línea marcada por el Decreto-Ley 11/2024, de otorgar un mayor papel de éstas en la asistencia sanitaria de determinadas enfermedades, en contingencias comunes, como las traumatológicas<sup>24</sup>. Se pueden así acelerar las pruebas diagnósticas y los tratamientos médicos dirigidos a la curación, por la vía de las Mutuas, reduciendo la duración de las prestaciones sociales de IT. Este aprovechamiento de la estructura sanitaria de las Mutuas, descargando al SPS, debe ir evaluándose y en lo posible extendiéndose a no sólo las enfermedades traumatológicas, sino también a otras dolencias. Las Mutuas deben implicarse más en la asistencia sanitaria de las contingencias comunes, conforme a sus recursos y medios, y no centrarse exclusivamente en las profesionales. Ello necesita de cambios normativos que supriman la actual dependencia con el SPS. Se debería suprimir la autorización del SPS para prestar esta asistencia sanitaria en las enfermedades identificadas en estos convenios. De igual modo, no es coherente mantener el consentimiento del paciente, cuando el objetivo es prestar de manera más eficiente la asistencia sanitaria y reducir los tiempos de tratamientos para acortar la prestación social de IT. Se pueden contemplar, además, fórmulas más genéricas donde la Mutuala pueda prestar asistencia sanitaria si lo consiente el trabajador sin necesidad de autorización del SPS o mecanismos de comparecencia médica obligatoria con suspensores de la prestación IT en caso de incumplimiento. Estas medidas exigen una reforma profunda del art.82.4 LGSS y del art. 10 RDIT atribuyendo un papel mayor a las Mutuas en el sistema de gestión y control de la prestación social de IT<sup>25</sup>.

24 Por ahora estos convenios sólo han sido suscritos en Cataluña, Baleares y Asturias.

25 CRESPI FERRIOL, M, "Incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo", *Trabajo y Derecho*, 2025, nº122; MONEREO,J.L;RODRIGUEZ INIESTA,G, "Propuesta

Esta intensificación de la dimensión sanitaria de las Mutuas debe ir unida a mayores competencias también en la gestión de la prestación social de IT. Se debería incorporar, en las enfermedades específicas (traumatológicas u otras) objeto de los convenios entre el SPS y las Mutuas la posibilidad de un alta directa con efectos extintivos en la prestación social de IT. En las contingencias profesionales este sistema que confía en las Mutuas funciona bien y se podría extender, de manera acotada a enfermedades específicas comunes donde se ha transferido la asistencia sanitaria bajo estos convenios. No se trata, por ahora, de generalizar el alta médica directa de las Mutuas, pues seguramente carecen de medios y recursos para ello, y puede ser una idea más a largo plazo, pero sí de intentar acotarla y efectuar una evaluación de impacto. La vigente y aceptada propuesta de alta médica al SPS tiene sentido si éste conserva en exclusiva la asistencia sanitaria del beneficiario de la prestación social de IT, pero no si la asume, vía transferencia, la Mutua. En estos casos se debería *aunar la asistencia sanitaria y la gestión de la prestación social de IT en las Mutuas*. La inversión pública en medios y recursos de las Mutuas, como en la dimensión médica del INSS, es una línea que debe potenciarse, dentro de las políticas de reducción del absentismo por baja médica y de disminución de sus tiempos de duración. Todos estos planteamientos exigirían también una reforma profunda del art.82.4 LGSS, para articular proyectos piloto, acotadas en determinadas enfermedades, con una evaluación de impacto<sup>26</sup>. En las enfermedades o dolencias donde siguiera rigiendo propuesta de alta de la Mutua, y no alta directa, se debería recuperar la posibilidad de presentarla directamente al INSS, y no sólo al SPS, reformando en este sentido el art.82.4 LGSS.

Por su parte, como ha sido analizado, la empresa asume el pago directo de la prestación social de IT común del 4º al 15º día, con un traslado de coste de la SS a las empresas, pero carece de herramientas de control médico directo con efecto en la prestación social de estas bajas médicas de corta duración. Los reconocimientos médicos de las empresas del art.20.4 ET sólo tienen efectos en las mejoras voluntarias de los convenios colectivos, pero no en la prestación social que depende de un alta del SPS. Así se ha interpretado el alcance económico del art.20.4 ET y, en la práctica, las prestaciones IT no quedan afectadas ante fraudes detectados por reconocimientos médicos de empresas. Se debería articular algún sistema de control directo de las empresas en estos días de baja médica que conllevara el alta en el SPS. Lo lógico si se paga es que exista algún control médico a su cargo con incidencia en la prestación social. Es difícil asumir que el alta de un médico de empresa extinga la prestación social de IT, pero al menos se podría idear claramente una propuesta de alta, a semejanza de las Mutuas, ante el SPS para que decida con urgencia la con-

de mejora para la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes formulada por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2024, nº38.

26 MONEREO, J.L.RODRIGUEZ INIESTA, G, "Propuesta de mejora para la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes formulada por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2024, nº38.

firmación o no del alta así propuesta. Se ha constatado un aumento considerable de las bajas médicas de corta duración, soportando un alto coste las empresas, lo que exige, en mayor medida, articular este tipo de propuesta explicada con pedagogía.

De igual modo, se deben crear puentes entre los servicios de prevención de riesgos de las empresas y el sistema de gestión de la prestación social de IT. De nuevo las Mutuas, con conexión directa con sus empresas asociadas, pueden ser un cauce adecuado para ello. Los reconocimientos médicos deben ir encauzados a una verificación de la capacidad del trabajador durante la enfermedad y ello sólo es posible sobre datos laborales, que manejan las empresas y Mutuas, y con la participación de los servicios de prevención de riesgos laborales. El ámbito de la prevención de riesgos laborales, muy profesionalizado, debe integrarse en la gestión y control de prestaciones sociales de IT.

Los datos muestran picos ostensibles de crecimientos de bajas médicas en las enfermedades mentales, especialmente tras la pandemia, en ocasiones de breve duración o repetidas en una misma persona. Ello es una evidencia. Este hecho debería motivar una política específica de gestión y control de las bajas médicas por dolencias mentales contando con la colaboración del SPS, en cada CC.AA, y el INSS o las Mutuas que asumen esta gestión de contingencias comunes. Hay que dotar de mayores recursos y medios los tratamientos de la enfermedad mental, no ya por mejoras en la asistencia sanitaria, sino por racionalización del gasto social de IT. Cualquier inversión en este terreno repercutirá en una mayor productividad y menor absentismo por estas razones. Los servicios de prevención de las empresas deberían también tomar conciencia y realizar sus evaluaciones de riesgos y planes de salud con enfoques psicosociales contando con profesionales especializados.

Los datos muestran que están al alza las bajas médicas que superan los 365 días, aumentando sus tiempos de duración. Siendo el INSS el único competente en las mismas, parece claro que debe existir un plan de inversión de recursos y medios médicos en este nivel de la Administración Estatal, para mejorar el control eficiente de estas situaciones de IT. En numerosos casos es el SPS quien continúa realizando la asistencia sanitaria, aunque ya sin bajas/altas con repercusión en la prestación social, lo que, en línea con lo ya expuesto, debe motivar convenios con el INSS centrados en este tipo de bajas de larga duración. Se deben aprovechar recursos médicos mutuos y efectuar una gestión acorde con la situación médica del beneficiario de la prestación social de IT sin agotar los plazos máximos de la normativa vigente. Los plazos deben ser los óptimos, en una curación, y no como constante los máximos. A ello debe cooperar un mejor funcionamiento de la gestión de la incapacidad permanente a cargo exclusivo del INSS. La agilidad en los expedientes de incapacidad permanente puede recortar la duración de estas bajas médicas temporales de larga duración que soportan un alto gasto social. Carece de sentido la prórroga tácita de 180 días si el INSS no emite alta y que no exista la antigua verificación médica a través del EVI. Esta medida debe ser rectificada con una reforma del art.174 LGSS. Sería útil incorporar expresamente en los primeros 365 días propuestas de alta por

incapacidad permanente por parte del SPS o de las Mutuas al INSS para valorar la apertura de un expediente por esta contingencia. Es una vía implícita pero que debe constar expresamente para impulsar estas altas poco presentes en la práctica en los primeros 365 días de baja médica. Habría que reformar el RDIT en esta dirección y de nuevo el art.82.4 LGSS. Es necesario a su vez reforzar los equipos de valoración de incapacidades del INSS, para agilizar estos expedientes, reduciendo los tiempos de IT en este tipo de situaciones médicas graves.

#### **4.3. Bajas médicas flexibles compatibles con el trabajo y programas de retorno al trabajo**

He diagnosticado en esta aportación que nuestro sistema de bajas médicas, a diferencia de otros países, es rígido, se está de baja sin trabajar o de alta trabajando. No existe situaciones intermedias donde valorar la situación médica con una posible compatibilidad con el trabajo. Ello sucede además en un sistema, como he señalado, donde la baja médica del SPS automáticamente conlleva un impedimento del trabajo, sin ningún análisis de conexión funcional entre causa y efecto, que tampoco se da luego en los mecanismos de revisión médica de autocontrol del SPS ni a través del INSS o las Mutuas. De hecho, los facultativos del SPS desconocen datos laborales del paciente que pide la baja, ni siquiera saben cuál es su empresa. Este automatismo más la rigidez de la baja médica aumenta los tiempos de inactividad laboral e impide procesos de retorno al trabajo antes del alta definitiva. No parece el sistema más aconsejable ante el problema de aumento del gasto social de prestaciones sociales de IT.

Hay que cambiar el sistema e incorporar las bajas médicas flexibles en los procedimientos de gestión y control de las prestaciones sociales de IT. Ello exigiría un replanteamiento de la prohibición absoluta de trabajar durante IT del art. 175 LGSS y un encaje de estas bajas médicas flexibles en los procedimientos de gestión de la IT con reformas profundas del art. 169-174 LGSS y del RDIT<sup>27</sup>. Cabría diferenciar al respecto cuatro situaciones distintas.

- 1º *En situaciones de pluriempleo o pluriactividad*, se deben admitir con claridad bajas médicas parciales que pueden incapacitar para una actividad laboral pero no para otras, como viene asumiendo ya la jurisprudencia en una interpretación flexible del art. 175 LGSS. Tanto el SPS, como el INSS o las Mutuas,

27 Ver CRESPI FERRIOL,M, *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2022; "Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria", *Trabajo y Derecho*, nº73, 2021; "Incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo", *Trabajo y Derecho* nº122, 2025; LOSADA MORENO,N, "La incapacidad temporal a tiempo parcial", *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2025, nº43; CRUZ VILLALÓN,J, "A favor de la incapacidad temporal parcial", *ON Economía*, 24 Octubre 2024. He defendido estas propuestas en LAHERA FORTEZA, J, "La necesaria reforma de las bajas médicas", *Cinco Días*, 17 Abril 2025, y "La reforma pendiente de la incapacidad temporal y permanente", *Cinco Días*, 12 Agosto 2025.

deben entrar en el análisis funcional de la conexión entre la enfermedad y la capacidad de trabajo, pudiendo determinar bajas médicas parciales que impiden trabajar en una actividad laboral pero no en otra en estas situaciones de pluriactividad o pluriempleo del trabajador. Durante la duración de la baja parcial habría un devengo proporcional de prestación social de IT y de salario en la actividad laboral compatible con la enfermedad

- 2º Se debería articular una *baja médica compatible con el trabajo, especialmente a través del trabajo a distancia o con planes que faciliten la movilidad del trabajador*. En lesiones traumatológicas, por ejemplo, el gran problema, desde el diagnóstico hasta las pruebas y terapias correspondientes en el SPS, es la dificultad de movilidad, a veces con largos tiempos que alargan en exceso la duración de la prestación social de IT. Los facultativos del SPS deberían tener la capacidad, sobre la base del conocimiento de los datos laborales del paciente, a través del INSS, de proponer una baja médica compatible con el trabajo a distancia con voluntariedad de trabajador y empresa. El trabajador recibiría la asistencia sanitaria necesaria para su curación y rehabilitación, estando de baja médica compatible, y mientras tanto, continuaría cobrando su salario al desempeñar su trabajo a distancia si así lo acuerda con su empresa. Esta vía reduciría bajas médicas con prestación social de IT con beneficio para todos los implicados, el trabajador que mantiene salario a la vez que recibe asistencia sanitaria, la empresa que continúa la actividad en ese puesto de trabajo adaptado a distancia, y la SS que ahora costes públicos en prestaciones sociales de IT.
- 3º Se deberían articular procesos de *retorno al trabajo en bajas médicas de corta, media y larga duración*, bajo supervisión médica y con respeto a la voluntariedad de los acuerdos entre empresa y trabajador, diferenciando situaciones. Las enfermedades de larga duración, como puede ser un cáncer, carecen de programas de retorno al trabajo, estando inactivo el trabajador hasta el alta definitiva. Estos escenarios alargan mucho las prestaciones sociales de IT, agotando a veces plazos máximos, y propician a veces una ausencia de retorno, que perjudica al trabajador cuando se recupera del todo. Los facultativos del SPS, como prestadores de asistencia sanitaria, deberían tener la capacidad de proponer bajas médicas con procesos de retorno al trabajo –o si se prefiere la terminología de altas provisionales con retorno al trabajo– y el INSS o las Mutuas debería canalizarlas propiciando acuerdos entre empresa y trabajador con adaptación del puesto de trabajo en una reincorporación progresiva y acorde con la situación médica. Esta fórmula puede formar parte del tratamiento médico pues en ocasiones puede convenir, bajo criterio científico, recuperar la actividad laboral como terapia para una curación definitiva. Puede ser el caso de determinadas enfermedades físicas, pero sobre todo mentales donde resulta aconsejable la socialización y el trabajo frente al aislamiento. En estos escenarios de salud mental los procesos de retorno al trabajo deben poder articularse, si es el caso, desde

un inicio bajo supervisión médica. Estos procesos de retorno al trabajo, en esta doble tipología baja corta/media y larga, también benefician a todos si son debidamente canalizados, al trabajador en su salud y profesionalidad, a la empresa que pacta condiciones de adaptación recuperando activos, y a la SS que ahorra costes públicos de prestaciones sociales de IT. España debe unirse sin duda con este tipo de reforma a la tendencia europea en esta dirección. Más aún cuando ha incorporado ajustes razonables del puesto de trabajo tras una declaración de incapacidad permanente que ya no extingue automáticamente el contrato de trabajo, como ha sido expuesto. Esta adaptación y ajustes razonables del puesto de trabajo, en colaboración con los servicios de prevención de las empresas, debe ser previa a la incapacidad permanente, precisamente en los procedimientos de gestión y control de la IT, sin necesidad de agotar plazos máximos de prórrogas y tránsitos a la pensión de incapacidad permanente. La baja médica con proceso de retorno al trabajo puede ser parcial, con reparto de costes entre prestación social y salario, o total, si es lo recomendable y acordado con la empresa. Este cauce, que aquí se propone, exige siempre la supervisión médica, del SPS, con confirmación del INSS o Mutua, como entidad gestora de la prestación social, y voluntariedad entre empresa y trabajador a través de acuerdos individuales. No se trata, por ahora, de imponer retornos durante esta singularidad de las bajas médicas sino de facilitar acuerdos en las empresas con retornos paulatinos y adaptados al trabajo de personas en situación de IT, en especial de larga duración o con dolencias mentales desde un inicio. Ello incentivaría nuevos enfoques de los servicios de prevención de las empresas dirigidos a esta finalidad.

- 4º Se podría articular una *baja médica parcial* donde el diagnóstico médico determine grados de capacidad de trabajo en unas franjas determinadas legalmente. Existen experiencias en otros países de este tipo de bajas médicas parciales. Ello permitiría un reparto entre la prestación social parcial y el salario en proporción a la jornada parcial durante la IT. El trabajador trabajaría a tiempo parcial durante la baja médica. Para ello se deberían incorporar herramientas en el SPS para un control de las capacidades del trabajador, hoy en día inexistentes. La incapacidad temporal parcial directa, al margen de un procedimiento de reincorporación al trabajo, es más compleja de instaurar y seguramente de implementar en las empresas por sus dificultades organizativas. Podría tener además un efecto no deseado de alargar en exceso bajas médicas parciales. Resultaría difícil su articulación, que, por ahora, no parece conveniente. La baja parcial debe asociarse, entiendo, exclusivamente en el retorno al trabajo, con acuerdos entre trabajador y empresa, conforme a lo anteriormente expuesto.

Estos cuatro cauces, *baja médica parcial en pluriempleo, baja médica compatible con trabajo a distancia, baja médica parcial o total con un plan de retorno al trabajo con ajustes de puesto de trabajo, y en su caso una incapacidad temporal*

*parcial directa*, mejorarían sustancialmente la gestión de las prestaciones sociales de IT. Como he expuesto, se podrían articular de inmediato las tres primeras, con las reformas normativas correspondientes ya apuntadas, y dejar para más adelante, cuando el sistema de bajas flexibles estuviera maduro, la IT parcial directa. También es necesario afrontar la regulación e impulso de planes de reincorporación al trabajo tras un alta, que quedarían, de suyo, incentivados si se realiza la reforma de la baja médica flexible, en los términos descritos. Todo ello propiciaría una conexión entre los servicios de prevención de riesgos de las empresas y el sistema de gestión de IT, hoy inexistente.

La propuesta del Ministerio de Seguridad Social en la mesa de diálogo social de reforma de las bajas médicas (manejo texto de Octubre 2025) con un procedimiento de reincorporación progresiva al trabajo tras una IT va en buena dirección y supone, por primera vez, romper el paradigma actual. Hay que darle ese mérito y valoración positiva, como al hecho de creación ya de un relato favorable a estas medidas, desde las experiencias europeas, en la opinión mediática y pública. Pero la propuesta, con un nuevo art. 169 bis LGSS y cambios en los arts. 170-173 LGSS, es tímida y poco ambiciosa. De inicio, no es, como tal, una baja médica flexible, sino un alta progresiva, en la que se prolongan efectos económicos de la prestación social IT, con un 50 por 100 de cuantía, durante el procedimiento de reincorporación al trabajo, lo que descarta otras posibles formulaciones, incluso con acuerdos de jornada completa con ajustes de puesto y participación del trabajo a distancia. Además, queda delimitada a IT de duraciones superiores a 180 días, dejando fuera las posibilidades de bajas de corta duración, y con enfermedades acotadas, físicas, pero no mentales, lo que frena su capacidad de extensión a cualquier supuesto de hecho. La medida no va acompañada de cambios necesarios en la gestión de la IT, con un papel esencial de Mutuas y servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas, que es el espacio de conexión funcional entre la salud y la capacidad laboral, por lo que en la práctica resultaría poco operativa. El alta progresiva, bajo supervisión médica, se topa temporalmente a 30 días, lo que resulta insuficiente. Sí que está mejor planteada la IT en supuestos de pluriactividad y pluriempleo, en un nuevo art. 169 ter LGSS, con baja parcial funcional, para un trabajo, pero para otro no, pero son situaciones muy marginales en la estadística. En cualquier caso, es una primera propuesta que puede avanzar, con las ideas expuestas, a un sistema futuro novedoso de bajas médicas flexibles, como existe en otros países de nuestro entorno europeo.

#### **4.4. Desincentivo al fraude de bajas médicas**

He advertido de la escasez de desincentivos al fraude de bajas médicas en nuestra normativa y de la incoherencia de incorporar alguno, como el desplazamiento del coste a la empresa del 4º al 15º día sin controles empresariales efectivos del posible fraude. Ya he propuesto, en este sentido, que si paga la empresa debe poder controlar con efectos en la prestación social mediante propuestas de alta de sus médicos con confirmación o no rápida del SPS. Así se controlarían mejor las bajas de corta duración.

Pero cabe añadir una reforma, que ya he anticipado. El principal problema de fondo en esta cuestión es que el sistema otorga a la negociación colectiva una gran capacidad de implantar mejoras de la prestación social, obligando al pago salarial estos tres días o complementando hasta el 100 por 100 el salario durante las bajas, que pueden cooperar al fraude. No es lógico que exista la misma renta trabajando que en baja médica y por ello las prestaciones sociales se diseñan con este criterio bajo siempre una cobertura alta, entre 75 y 60 por 100. Desde el planteamiento de desincentivo al fraude, se debería limitar la capacidad de los convenios colectivos de destruir esta arquitectura equilibrada, estableciendo por ejemplo el tope de 85 por 100 de renta en estas mejoras sociales y la prohibición de establecer salario los tres primeros días de baja. En esta misma dirección, cabe considerar que estas mejoras voluntarias de prestaciones sociales de IT sólo se puedan pactar en los convenios colectivos a partir de 15 días de baja. Están más justificadas en bajas que se alargan que en las cortas y este límite temporal puede cooperar a desincentivar fraudes en las bajas de corta duración. El desincentivo al posible fraude, con impacto en gasto público, justifica esta limitación, por renta y plazo temporal, de la negociación colectiva en las mejoras voluntarias de IT. Esta medida implicaría una intervención legal reformando el art.43 LGSS. No sólo hay que mejorar la gestión y control de la prestación social de IT, con las ideas aquí expuestas, sino que también hay que establecer estos desincentivos al fraude especialmente en bajas médicas cortas, valorando el riesgo moral, como se hace desde el análisis económico, sin presuponer por ello que sea generalizado.

Desde otro plano de análisis, se deberían revisar las consecuencias de la nueva discriminación por enfermedad, tras el art. 2.1 de la Ley 15/2022, en los pluses salariales anti absentismo prácticamente desactivados por la jurisprudencia (STS 40/2025 de 20 Enero) al excluir del cómputo de ausencias del trabajo, que determinan su devengo e importe económico variable, las bajas médicas<sup>28</sup>. Sin entrar en detalles, cabe recordar que los arts. 2.2 y 4.2 de la Ley 15/2022 permiten *justificaciones objetivas, razonables y proporcionales para alcanzar el logro de un interés legítimo*, en este caso la reducción del absentismo laboral en una empresa o su aumento de productividad, o en el trasfondo la lucha contra el fraude, que pueden descartar una discriminación prohibida, en este caso por enfermedad. De hecho, tanto el art. 2.2 como el 4.2 de la Ley 15/2022 se refieren a posibles normas de rango legal que contemplen estas justificaciones objetivas por interés legítimo que fundamentan la ausencia de discriminación en un trato retributivo desigual. Propongo, con estas bases jurídicas, qué en una norma de rango legal, quizás el art. 26 ET, se permitan los pluses salariales anti absentismo, con un cómputo de las bajas médicas bajo las condiciones acordadas por la negociación colectiva, al responder al fin legítimo de reducción del absentismo laboral, aumento de la productividad en las empresas y lucha contra el fraude.

28 GOERLICH PESET, J.M, "Tratamiento retributivo del absentismo, a propósito de la STS 40/2025 de 20 Enero", *blog Foro de Labos*, 20 Febrero 2025.

#### **4.5. Anexo de 21 propuestas de reforma**

Resumo, finalmente, las 21 propuestas de reforma del sistema de gestión y control de la IT que aporto en este estudio, con referencia de las normas que deberían ser cambiadas en la dirección propuesta:

1. Los procedimientos de notificación de los reconocimientos médicos solicitados por el SPS, INSS o Mutuas deben ser ágiles, aprovechando medios telemáticos, sin aplicar normativa administrativa rígida, para evitar demoras, tanto en los controles médicos obligatorios como en la obligada reincorporación al trabajo tras el alta médica-art.9 RDIT.
2. Obligatoriedad de convenios de colaboración entre los SPS autonómicos y el INSS para garantizar la información clínica, por vías telemáticas, entre el prestador de asistencia sanitaria (SPS) y la entidad gestora de la prestación social (INSS) para mejorar la eficiencia de su control-art.10 RDIT.
3. Obligatoriedad por parte del INSS de la transmisión de datos laborales de los beneficiarios de prestaciones sociales de IT a los médicos del SPS en el procedimiento de gestión de cada IT para poder efectuar un análisis de capacidades funcionales-art.10 RDIT.
4. Integración de los datos laborales del beneficiario de prestaciones sociales de IT en los actos de baja y confirmación de baja médica emitidos por el SPS con análisis de la capacidad laboral en relación con el diagnóstico médico y posible solicitud de informes a los servicios de prevención de riesgos de las empresas para determinar el alcance de la baja-creación de unidades de salud laboral en la atención primaria del SPS a estos efectos-art.2 y 3 RDIT y art. 10 RDIT.
5. Obligatoriedad de traslado a médicos del SPS de guías de duración óptima de bajas médicas por profesiones y capacidades laborales elaboradas por el INSS y supresión de la práctica médica de automatizar los plazos máximos reglamentarios de cada situación de baja-art. 2 y 10 RDIT.
6. Refuerzo de la Inspección Médica del INSS, en recursos y medios, para cumplir sus competencias de revisión de los actos médicos del SPS durante los primeros 365 días de baja y con posterioridad –obligatoriedad de convenios para compartir medios y recursos médicos con SPS autonómicos con esta finalidad de control y gestión médica del INSS– art 10 RDIT.
7. Obligatoriedad de convenios de colaboración entre los SPS autonómicos y las Mutuas para ampliar sus capacidades de asistencia sanitaria directa en determinadas enfermedades como las traumatológicas y otras a valorar-projects piloto de evaluación de asistencia sanitaria de las Mutuas-art.82.4 LGSS y art. 10 RDIT.

- 8.** Supresión de la autorización del SPS para que las Mutuas presten asistencia sanitaria en determinadas enfermedades acotadas por estos convenios y suprimir el consentimiento del paciente. Con carácter general suprimir la autorización del SPS si existe consentimiento del paciente a la asistencia sanitaria de la Mutua-art.82.4 LGSS.
- 9.** Emisión de altas médicas, con supresión de la vigente propuesta de alta al SPS, con extinción de la prestación social IT, por las Mutuas en determinadas enfermedades acotadas por estos convenios, con proyectos pilotos evaluables, con vistas a su generalización a todas las bajas gestionadas por Mutuas con una dotación de mayores recursos y medios médicos. En los supuestos donde se mantenga propuesta de alta de la Mutua incorporar una vía directa de propuesta de alta al INSS, sin revisión del SPS-art.82.4 LGSS.
- 10.** Control a través de reconocimientos médicos obligatorios internos en empresas, directos o a través de sus servicios de prevención ajenos, los primeros 15 días de baja con propuestas de alta al SPS tramitadas con urgencia para su confirmación o no con efectos extintivos de la prestación social IT-art.20.4 ET.
- 11.** Participación de los servicios de prevención de riesgos laborales de las empresas, propios o ajenos, en el procedimiento de gestión y control de la prestación social IT, pudiendo realizar informes para el SPS, INSS o Mutuas a solicitud de parte o a instancia de empresas a los efectos de determinar el alcance de capacidades funcionales de la baja-art.10 RDIT.
- 12.** Inversiones específicas en salud mental del SPS, INSS y Mutuas, en colaboración con los servicios de prevención de riesgos de las empresas, conexas a la gestión y control de las prestaciones de IT por estos motivos médicos para evaluar el alcance de la baja-art. 10 RDIT. Las propuestas unidades de salud laboral del SPS deberían tener una especialidad en salud mental.
- 13.** Previsión expresa e impulso de prácticas de posible alta con propuesta de incapacidad permanente del SPS o, en los controles, del INSS, en los primeros 365 días de baja y propuestas de alta con propuesta de incapacidad permanente de Mutuas dirigida al SPS e INSS en los primeros 365 días de baja-art. 5 RDIT, art. 174 LGSS y art.84.2 LGSS.
- 14.** Supresión de la prórroga tácita de 180 días de IT si el INSS no emite alta, tras los primeros 365 días de baja, con reconocimiento médico obligatorio y motivación médica y funcional de la confirmación de baja-art.170 LGSS.
- 15.** Refuerzo, en recursos y medios, de los EVI en gestión de expedientes de incapacidad permanente del INSS con la finalidad de recortar los tiempos de IT sin agotar los plazos legales máximos de 731 días-art.193 y 194 LGSS.

16. Regulación de bajas médicas parciales funcionales compatibles con trabajo en situaciones de pluriempleo y pluriactividad-art.175 LGSS y arts.169-174 y RDIT.
17. Regulación de bajas médicas compatibles con el trabajo a distancia acordado entre trabajador y empresa-art.175 LGSS y arts.169-174 y RDIT.
18. Regulación de bajas médicas, en salud mental y física, cortas/medias y largas, en cualquier enfermedad, con procedimientos de retorno al trabajo con ajustes o cambio de puestos y acuerdos entre empresa y trabajador de trabajo a tiempo parcial o completo-art.175 LGSS y arts.169-174 y RDIT.
19. Regulación de procedimientos de retorno al trabajo con ajustes o cambio de puestos y acuerdos entre empresa y trabajador de trabajo a tiempo parcial o completo tras alta con propuesta de incapacidad permanente-art.175 LGSS y arts.169-174 y RDIT.
20. Topar las mejoras voluntarias de los convenios colectivos en prestaciones sociales de IT en un 85 por 100 de salario y que sean exclusivamente a partir de los 15 días de baja-art.43 LGSS.
21. Permitir expresamente los pluses salariales anti absentismo, con un cálculo de las bajas médicas bajo las condiciones acordadas por la negociación colectiva, al responder al fin legítimo de reducción del absentismo laboral, aumento de la productividad en las empresas y lucha contra el fraude-art.26 ET.

Y, por supuesto, una idea central que he subrayado en esta aportación: el aumento de inversión en el SPS tendrá siempre un impacto positivo en la gestión y control público de las prestaciones sociales de IT. Hay que aumentar el gasto público sanitario, en convergencia con la media europea, porque ello mejora la asistencia sanitaria de los ciudadanos, pero también porque ello es una inversión pública en nuestra productividad y tejido empresarial con una gran capacidad de retorno económico.

Estas 21 propuestas de reforma del sistema de gestión y control de la IT, con plenas garantías de supervisión médica y de asistencia sanitaria de los ciudadanos, podrían cooperar, junto con otras medidas, a reducir el alto crecimiento del absentismo laboral por razón de salud. Ha sido constatado que este problema tiene un impacto enorme en costes públicos y empresariales, que lastra nuestro gasto público, economía y productividad. El objetivo de reducción del absentismo laboral por razón de salud marca y marcará seguro las políticas en España del presente y futuro.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

CRESPI FERRIOL,M, *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Cinca, Madrid, 2022.

- “Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria”, *Trabajo y Derecho*, nº73, 2021.
- “Incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo”, *Trabajo y Derecho* nº122, 2025.
- “Absentismo burocrático: consideraciones críticas al hilo de la reforma de la incapacidad temporal”, *Trabajo y Empresa*, 2023, Vol 2, nº1

CRUZ VILLALÓN,J, “A favor de la incapacidad temporal parcial”, *ON Economía*, 24 Octubre 2024

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ,J.J, “La incapacidad laboral de larga duración y la reincorporación al trabajo”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 2025, nº11

GARCÍA VIÑA,J, *El absentismo laboral y su gestión por la negociación colectiva*, Aranzadi, 2025

GOERLICH PESET,J.M, “Tratamiento retributivo del absentismo, a propósito de la STS 40/2025 de 20 Enero”, *blog Foro de Labos*, 20 Febrero 2025

GORRELLI HERNÁNDEZ,J “El control de la incapacidad temporal” en AA.VV, *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Homenaje al profesor José Luis Tortuero Plaza, volumen 1*, Laborum, 2024

LAHERA FORTEZA,J, “Rasgos y reflexiones sobre el Sistema Nacional de Salud” en AA.VV, *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Homenaje al profesor José Luis Tortuero Plaza, volumen 2*, Laborum, 2024

- “La necesaria reforma de las bajas médicas”, *Cinco Días*, 17 Abril 2025.
- “La reforma pendiente de la incapacidad temporal y permanente”, *Cinco Días*, 12 Agosto 2025.
- “Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente”, *BRIEF AEDTSS* 2025 nº60.

LOSADA MORENO,N, “La incapacidad temporal a tiempo parcial”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, 2025, nº43

MONEREO,J.L;RODRIGUEZ INIESTA,G, “Propuesta de mejora para la gestión de la incapacidad temporal por contingencias comunes formulada por la Asociación de Mutuas de Accidentes de Trabajo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, nº38, 2024

RODRIGUEZ INIESTA,G, “El control y la gestión de la Incapacidad Temporal”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, nº6, 2023.

SALA,T;SALAS,A, *La incapacidad temporal; aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social*, Tirant lo blanch, 2007.

TRILLO GARCIA,A, "Configuración y desfiguración de la incapacidad temporal" en AA. VV, *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Homenaje al profesor José Luis Tortuero Plaza, volumen 1*, Laborum, 2024.

VIVERO SERRANO,J, "El absentismo laboral por motivos de salud: modelo para armar. Recensión al libro de Mar Crespí, Incapacidad temporal y absentismo laboral", *Trabajo y Derecho*, 2024, nº114.

*Informe Evolución de los indicadores de absentismo laboral*, AMAT, 2025.

*Estudio Socioeconómico de la evolución de la incapacidad temporal y la siniestralidad en España*, (Dir.J.M Peiró) IVIE, 2025.

# El poder de dirección y control del empresario frente al absentismo laboral

**Maria del Mar Crespí Ferriol**

Profesora Titular Laboral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de las Islas Baleares

## The Employer's Managerial and Supervisory Powers in Addressing Workplace Absenteeism

### **SUMARIO:**

1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. ABSENTISMO Y PODER DE DIRECCIÓN. 2.1. Régimen jurídico de los sistemas de gestión de ausencias: implantación, confidencialidad e inteligencia artificial. 2.2. La (in)aplicación del derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal. 2.2.1. Los protocolos de gestión proactiva del absentismo. 2.2.2. Otros tipos de comunicación con el trabajador de baja: especial referencia a la incapacidad temporal por enfermedad mental. 3. LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL DEL ABSENTISMO LABORAL. 3.1. El control conductual del artículo 20.3 ET. 3.1.1. El seguimiento por detectives privados. 3.1.2. La vigilancia por internet y redes sociales. 3.1.3. Sobre la relativa inseguridad de un despido disciplinario basado en una prueba conductual. 3.2. El control médico del artículo 20.4 ET: Reconocimientos a cargo de personal sanitario. 4. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** El artículo analiza el alcance y los límites del poder de dirección y control del empresario frente al absentismo laboral, con especial atención a las ausencias por incapacidad temporal. En primer lugar, se examina la configuración jurídica de los sistemas empresariales de gestión de ausencias, su progresiva digitalización y el impacto de la normativa sobre protección de datos, gestión algorítmica e inteligencia artificial. En segundo lugar, se plantea la inaplicación del derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal, que sería incompatible con los modelos de gestión proactiva del absentismo que proporcionan mejores resultados en términos de reincorporación laboral. En tercer lugar, se revisan las facultades de control conductual y médico de los artículos 20.3 y 20.4 ET y su menguante utilidad

para detectar y sancionar el fraude. El trabajo concluye que el ordenamiento proporciona al empresario instrumentos fragmentarios y de eficacia punitiva limitada, y plantea la necesidad de reorientarlos, con la ayuda de la negociación colectiva, hacia modelos de gestión del absentismo igual de garantistas, pero en los que el empresario pueda adoptar una posición más propositiva, transparente y orientada al retorno saludable al trabajo.

**Palabras clave:** Absentismo laboral, incapacidad temporal, poder de dirección, desconexión digital, control empresarial, gestión algorítmica

**ABSTRACT:** The article analyses the scope and limits of the employer's managerial and supervisory powers in addressing workplace absenteeism, with particular attention to absences due to temporary incapacity. First, it examines the legal configuration of corporate absence-management systems, their progressive digitalisation, and the impact of new legislation on data-protection, algorithmic management and artificial intelligence. Second, it argues for the inapplicability of the right to digital disconnect during temporary incapacity, as such a right would be incompatible with proactive absence-management models that yield better outcomes in terms of return to work. Third, it reviews the behavioural and medical control powers under Articles 20.3 and 20.4 of the Workers' Statute and their declining usefulness in detecting and sanctioning fraud. The article concludes that the legal framework provides employers with fragmented and only moderately effective instruments, and contends that these should be reoriented—supported by collective bargaining—towards equally rights-protective models of absence management in which employers can adopt a more proactive, transparent and return-to-work-oriented role.

**Keywords:** Workplace Absenteeism, Sickness Absence, Managerial Authority, Digital Disconnection, Employer Control, Algorithmic Management

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES<sup>1</sup>

El absentismo laboral se define en el ámbito técnico internacional como *"la manifestación de una decisión por parte de un empleado de no presentarse a su puesto de trabajo en un momento en el que la organización empresarial prevé que debería estar presente"*<sup>2</sup>. Es un fenómeno eminentemente relacional que depende del trabajador, pero repercute directamente en el empresario, que ve alterado de manera imprevista su ciclo productivo y para el que el absentismo tiene graves consecuencias económicas directas e indirectas. Desde el punto de vista empresarial se trata, por tanto, de un problema organizativo y financiero que las organizaciones patronales señalan

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto PID2022-1409440A-I00, cuyo título es "Inteligencia artificial y Derecho: Análisis de la responsabilidad de los daños derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Española de Investigación y Fondos FEDER de la UE (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE).

2 Eurofound (2010): *Absence from work*, Luxemburgo, Publications Office of the European Union.

actualmente como su principal preocupación, no solo laboral, sino para su funcionamiento en general. Más concretamente, la preocupación por el absentismo es sobre todo una inquietud por el crecimiento persistente que se registra en las tasas de incapacidad temporal desde hace algo más de una década, y que alcanza cada año nuevos máximos históricos.

Frente a esta preocupación, el discurso público de las patronales suele contener apelaciones directas a los poderes políticos sobre la necesidad de adoptar políticas públicas más eficaces, sobre todo en lo que se refiere a la saturación de la sanidad pública y la duración de las listas de espera. Pero también alude a la conveniencia de incidir en la gestión administrativa de la incapacidad temporal y frenar las posibles bajas fraudulentas que puedan estar explicando parte de su crecimiento. Se intuye, por tanto, en dicho discurso, una cierta sensación de impotencia de los empresarios a la hora de afrontar por sí mismos un problema que se ve indudablemente afectado por las políticas públicas sanitarias y de Seguridad Social, pero cuya naturaleza primaria es esencialmente laboral. Ante esta paradoja, el presente trabajo se propone explorar el margen de actuación del que disponen los empresarios para la contención del absentismo, exclusivamente en lo que se refiere en su ordenación, control y fiscalización. Queda fuera de su alcance la perspectiva preventiva que también permite contener el absentismo a nivel empresarial a través de la prevención de riesgos laborales y la mejora de la calidad de vida laboral.

El propósito de este trabajo es, pues, analizar algunas cuestiones jurídicas que no siempre tienen una respuesta sencilla, como, por ejemplo, hasta dónde alcanza la libertad empresarial para fijar el modo en que se gestionan internamente las ausencias del personal o qué relación puede establecerse con un trabajador ausente y hasta qué punto puede involucrarse la organización en procurar su regreso al trabajo. También se propone determinar cuáles son las vías de actuación disponibles para una empresa que sospecha de que la incapacidad temporal de un trabajador es fraudulenta o en qué medida el control que ejerza le podrá ser útil a la hora de emprender posibles medidas disciplinarias. Todas estas disquisiciones no son necesariamente novedosas, pero sí plantean aristas que requieren la actualización de su análisis en un contexto como el actual en el que aparecen realidades sociales como la necesidad de afrontar la incorporación de las tecnologías de gestión algorítmica y la inteligencia artificial en el ámbito laboral, la intensificación de los factores de riesgo psicosocial vinculados precisamente a la hiperconectividad o la utilización generalizada de las redes sociales para compartir información de carácter personal<sup>3</sup>.

Dicho análisis, ya se adelanta, resulta ciertamente revelador en algunos puntos y pone de manifiesto que, en efecto, la capacidad de incidencia que el empresario tiene sobre las ausencias médicas de los trabajadores no se corresponde con su posición de contraparte contractual directamente afectada por las mismas. Así, el ordenamen-

3 Para un panorámica general del poder de dirección desde esta misma perspectiva, Vid., Aranda Martínez, María Carmen (2025): *Dirección y control de la actividad productiva*, Valencia, Tirant lo Blanch.

to lo sitúa en una posición de mero observador externo, que bloquea los efectos positivos que su intervención podría tener en términos de facilitación del retorno al trabajo, y que podría verse agravada por una eventual interpretación estricta del derecho a la desconexión digital durante la suspensión contractual. Por otro lado, se verá que los mecanismos empresariales de control conductual del fraude han perdido parte de la utilidad que hubieran podido tener en el pasado porque, por la amplitud de actividades que tienen permitidas los trabajadores de baja, observar su comportamiento privado resulta cada vez menos revelador. Por su parte, la virtualidad del artículo 20.4 ET es todavía más dudosa, si no se apoya en la actuación de las inspecciones médicas de los servicios sanitarios públicos o el INSS.

## 2. ABSENTISMO Y PODER DE DIRECCIÓN

El ejercicio del poder de dirección empresarial respecto del absentismo laboral implica decidir sobre el modo de gestionar las ausencias de los trabajadores, desde su comunicación por el trabajador a su justificación y su tratamiento a nivel interno de recursos humanos. En ejercicio de dicha libertad, las empresas han venido digitalizando gran parte de la gestión del absentismo a través de sistemas automatizados que permiten registrar y responder al absentismo de forma más eficiente. Si bien, dicha libertad debe ejercerse con sujeción a dos parámetros: (i) cierta doctrina jurisprudencial impide que la digitalización revierta en una carga burocrática excesiva para el trabajador y (ii) la informatización de la gestión de las ausencias de los trabajadores supone un riesgo adicional para la confidencialidad de sus datos sensibles, que debe prevenirse con las correspondientes medidas de seguridad. A estos requerimientos básicos hay que sumarles, en los últimos tiempos, las limitaciones materiales y los requerimientos formales y procedimentales que supone la aplicación de las nuevas normativas que inciden en la gestión de personal a través de tecnologías algorítmicas o de inteligencia artificial.

Pero además de su articulación formal o protocolaria, la gestión del absentismo también se refiere al aspecto de la relación material que la empresa puede establecer con el trabajador durante su ausencia. Así, a raíz de la reciente positivización normativa del derecho a la desconexión digital, se ha planteado la cuestión de qué tipo de comunicación puede producirse entre la empresa y el trabajador durante su ausencia laboral, en dos sentidos distintos. De un lado, se ha cuestionado si la empresa puede contactar con el trabajador con motivo de su baja médica, como manifestación de un modelo proactivo de gestión del absentismo que procure evitar el aislamiento laboral y buscar soluciones laborales que puedan acompañar su recuperación médica. De otro lado, ha surgido la duda de si el derecho a la desconexión digital comporta para la empresa una especie de deber de cortar cualquier tipo de contacto con el trabajador durante su incapacidad temporal. Sobre ambos aspectos podría aportar luz la negociación colectiva, que conforme al artículo 88.2 LOPDGDD tiene capacidad para modular el poder de dirección empresarial regulando las modalidades de ejercicio de este derecho. Con todo, en vista de que su intervención en este aspecto está siendo

muy limitada<sup>4</sup>, esta cuestión se analiza teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial que se está produciendo sobre esta materia, y que se basa por el momento en la formulación legal del derecho.

## **2.1. Régimen jurídico de los sistemas de gestión de ausencias: implantación, confidencialidad e inteligencia artificial**

Una adecuada respuesta empresarial ante las ausencias de los trabajadores presupone cierta protocolización de su gestión, sobre todo en empresas medianas y grandes. Deben fijarse pautas claras sobre el modo en que debe proceder el trabajador a la hora de comunicar o, en su caso, preavisar, de la falta al trabajo. Es decir, cuándo y cómo tiene que avisar el trabajador de que no va a poder ir a trabajar y cómo tiene que acreditar, en su caso, la causa que se lo impide. Ello permite, de un lado, que la empresa pueda reaccionar con eficacia ante las vicisitudes organizativas que provoca la incomparecencia del trabajador, que son especialmente graves cuando es imprevista. Y, de otro lado, ejercer un control formal adecuado sobre el carácter justificado o injustificado de las faltas de los trabajadores. En este ámbito, el convenio colectivo tiene cierta capacidad para perfilar jurídicamente las obligaciones del trabajador. Por ejemplo, algún convenio establece que la asistencia a consultas médicas debe avisarse con la mayor antelación posible y como mínimo, salvo que se trate de una urgencia, con 24 horas de margen<sup>5</sup>. Estas pautas, además, sirven de referencia a la hora de poder reaccionar por vía disciplinaria, en su caso, ante los eventuales incumplimientos que pueda cometer el trabajador<sup>6</sup>.

Además de las obligaciones del trabajador, está en manos del empresario establecer protocolos internos de gestión de las ausencias de los trabajadores a nivel de recursos humanos. Dichos protocolos pueden servir, a nivel particular, para articular una respuesta a cada ausencia concreta y, a nivel general, para realizar un seguimiento técnico y estadístico de los niveles generales de absentismo de la plantilla. Estas pautas instrumentales y procedimentales las dicta el empresario en virtud de su poder de dirección y las facultades organizativas que se derivan del mismo. Por ello, quedan excluidas de los derechos de participación, información y consulta de los representantes de los trabajadores, a no ser que afecten al contenido material de las condiciones laborales<sup>7</sup>.

4 Payá Castiblanque, Raúl (2025): «El derecho a la desconexión digital: análisis de la aplicación del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 176, p. 206.

5 VIII Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE 26/09/2024).

6 Vid., como muestra, STSJ Cataluña 21 julio 2005 (Rº 3546/2005) en la que se enjuicia el incumplimiento por parte del trabajador de avisar telefónicamente de su ausencia lo antes posible (con independencia de la posterior remisión del parte de baja).

7 Vid., STS 22 mayo 2006 (Rº 8077/2000), declarando que Correos no tenía la obligación de negociar su "Manual de gestión del absentismo" con los representantes de los trabajadores bajo la Ley 9/1987, de

Desde hace ya varias décadas, la gestión del absentismo suele producirse en empresas de cierto tamaño a través de programas informáticos que cuentan cada vez con mayor grado de automatización. A este respecto, la Audiencia Nacional ha venido dictando varios pronunciamientos en los que aplica criterios estrictos al uso que las grandes empresas de nuestro país pueden hacer de este tipo de sistemas digitales. En estas sentencias, parte de la base de que informatizar los sistemas de comunicación y justificación de ausencias sirve al empresario para reducir costes en materia de gestión de personal, por lo que entiende que, en virtud del principio de equivalencia de las prestaciones, tal proceso no puede suponer un gravamen adicional para los trabajadores. Esto implica, por ejemplo, que, si el uso del sistema comporta cierta dedicación y entraña una relativa complejidad técnica, no puede exigirse que los trabajadores cumplimenten sus requerimientos en períodos de descanso<sup>8</sup>. También comporta, en coherencia con la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo<sup>9</sup>, que la implantación de estas herramientas digitales no puede suponer un pretexto para que el trabajador deba aportar datos personales innecesarios a la empresa. Por tanto, si el sistema digital requiere la identificación del usuario por correo electrónico, o bien debe ofrecerse a los trabajadores una cuenta de correo corporativo o bien debe permitirse el uso de otras vías de comunicación de las ausencias<sup>10</sup>, que no requiera la utilización del email personal.

Si bien, la Audiencia Nacional también ha dictado otros pronunciamientos que van algo más allá y limita la utilización empresarial de este tipo de programas digitales sobre la única base de que se obliga al trabajador a participar en la gestión administrativa de sus ausencias<sup>11</sup>. A este respecto resulta especialmente llamativa la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2024<sup>12</sup> por la que se afirma que *"el poder de organización y dirección del empresario permite adaptar las formas de comunicación de los trabajadores con la empresa a través de nuevas fórmulas adaptadas a las nuevas tecnologías, al objeto de facilitar una comunicación bidireccional rápida y eficaz"*, pero en la que se concluye que *"lo que a nuestro juicio no ampara dicho poder de organización es la fijación como única fórmula de comunicación de una sola herramienta que (...) no facilita sino dificulta y restringe de forma evidente tanto las posibilidades de comunicación con recursos humanos, como la gestión y resolución rápida y eficaz de las incidencias que se producen"*. Este pronunciamiento

12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

8 SAN 19 septiembre 2016 (Proced 199/2016), indicando al respecto de la herramienta enjuiciada que *"no resulta sencillo para los trabajadores, puesto que requiere de equipo informático que tenga instalado el programa META 4, así como de escáner para convertir en documento pdf los justificantes en papel de las ausencias, sin que los trabajadores tengan acceso desde su puesto de trabajo a la aplicación META4, sino que está instalada sólo en algunos ordenadores de la empresa"*.

9 STS 21 septiembre 2015 (Rº 259/2014).

10 SAN 27 junio 2022 (Proced. 128/2022) y SAN 26 mayo 2025 (Proced. 101/2025).

11 SAN (Sala de lo Social) 16 noviembre 2022 (Proced. 270/2022).

12 Proced. 269/2024.

se considera llamativo desde el punto de vista de la libertad de empresa porque, si se parte de la premisa de que debe permitirse el uso del sistema durante el tiempo de trabajo, en principio su ineficacia debería perjudicar únicamente a la organización. Para que se tratara de una imposición ilegal, debería demostrarse, a mi juicio, que el software resulta disuasorio o que obstaculiza realmente el ejercicio material de derechos de ausencia por parte de los trabajadores, más allá de que su uso sea inicialmente más complejo o incómodo que los mecanismos que se utilizaran antes.

Cabe recordar que, recientemente, el uso de estos sistemas se ha visto alterado en lo que respecta en particular a la gestión de las ausencias por incapacidad temporal, porque su justificación ya no recae sobre el trabajador<sup>13</sup> a raíz de la reforma operada por el Real Decreto 1060/2022<sup>14</sup>. Conforme a dicha norma, ya no es el empleado el que entrega a la empresa una copia del parte de baja, confirmación y alta por incapacidad temporal, sino que es el INSS quien le remite dichos documentos, por vía telemática, a través del sistema RED. Sin embargo, lo que todavía persiste es la obligación del trabajador de comunicar a la empresa que no va a poder acudir al trabajo, a la mayor brevedad posible. Este deber de información no está previsto a nivel legal o reglamentario, pero sí aparece expresamente en algunos convenios colectivos<sup>15</sup> y, en todo caso, se deriva del deber de buena fe contractual. De tal principio general se sigue que el trabajador ha de obrar con la diligencia debida a fin de que la empresa pueda solventar la alteración generada por una ausencia imprevista minimizando su afección sobre el proceso productivo. La comunicación del INSS acredita la causa que alega el trabajador para justificar su ausencia, pero no puede cumplir esta función organizativa porque se demora varios días.

Por lo demás, es esencial tener en mente que las herramientas digitales de gestión de personal deben configurarse y utilizarse con respeto a los datos personales de los trabajadores, con mayor cuidado, si cabe, porque incorporan datos especialmente sensibles. Ello se debe a que la mera constancia de cualquier ausencia relacionada con problemas médicos del trabajador<sup>16</sup> o de sus familiares (en el caso, por ejemplo, de los artículos 37.3.b relativo al permiso por hospitalización de parientes) goza de la protección reforzada del artículo 9 RGPD. Para aplicar dicha protección no

13 STS 10 abril 2025 (Rº 74/2023).

14 Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

15 A modo ilustrativo, el Convenio Colectivo Deutsche Telekom Business Solutions Iberia SLU (BOE 11/08/2023) prevé *“A partir del 1 de abril de 2023, la persona trabajadora ya no tendrá que entregar los partes de baja pero mantendrá la obligación de avisar telefónicamente y con carácter inmediato de su ausencia a la empresa”*. Y contienen disposiciones similares el Convenio Colectivo de Volkswagen Renting (BOE 09/10/2023) en su art. 42 o el IV Convenio colectivo de la empresa Eltec IT Services, SL (BOE 31/05/2025) en su art. 40. Significativamente, en los tres casos, el cumplimiento de este deber del trabajador condiciona la posibilidad de percibir la mejora voluntaria a la prestación por incapacidad temporal que se establece a continuación en los textos convencionales.

16 STJUE noviembre 2003 (asunto C-101/01, Lindqvist).

se requiere, por tanto, que se registren datos estrictamente clínicos o médicos, de los que en cualquier caso la empresa no debería tener conocimiento<sup>17</sup>.

Los únicos supuestos en los que la organización puede entrever el diagnóstico del trabajador a partir de la información que remite el INSS son los que se refieren a incapacidades temporales especiales, como fue el caso de la baja por coronavirus<sup>18</sup> hasta el mes de julio de 2023<sup>19</sup>, o como sigue sucediendo con las bajas por menstruación o aborto del artículo 169.1.a LGSS. En estos últimos casos, la empresa no puede evitar registrar indirectamente la causa médica de la baja porque su tramitación ante la entidad gestora y la TGSS sigue un procedimiento distinto al habitual al estar cubierta desde el primer día de acuerdo con el artículo 173.1 LGSS *in fine*. Es decir, la empresa es consciente del diagnóstico porque solo en esa circunstancia debe iniciar el pago de legado sin periodo de espera ante una incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Así, con la configuración de este tratamiento especial, el legislador decidió sacrificar la intimidad<sup>20</sup> de las trabajadoras afectadas por dolencias feminizadas en favor de su mejor protección económica. Probablemente, esta elección explique el fracaso de la medida<sup>21</sup> porque las mujeres prefieren la primera a la segunda ante la indudable pervivencia social de lo que la propia reforma denominaba “estigma menstrual”<sup>22</sup>.

El tratamiento de datos especialmente sensibles en el marco de la gestión de ausencias médicas implica que la empresa debe atender un deber de confidencialidad cualificado, no solo *ad extra*, sino también *ad intra*. Ello supone que en ningún caso puede difundirse la causa de la ausencia ni fuera ni dentro de la empresa<sup>23</sup> y no pueden darse a conocer estadísticas o rankings en los que se identifique a los trabajadores, ni como medida de control ni de motivación o comparación entre los empleados. Asimismo, la empresa, como responsable del tratamiento, debe adoptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado ante el riesgo que implica el tratamiento de datos personales relativos a la salud y prevenir accesos no autorizados<sup>24</sup>. Además, todos los trabajadores con acceso a los

17 STC 8 noviembre 1999 (Rº 4138/96).

18 Vid., como muestra, el caso de la SJS nº 3 Talavera de la Reina 14 mayo 2021 (Rº 97/2021) en la que se incluye en la nómina que la causa médica de la incapacidad temporal era el Covid-19, por el tratamiento especial que recibe este motivo de baja.

19 Orden SND/726/2023, de 4 de julio, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 2023, por el que se declara la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

20 Resolución de archivo de actuaciones del expediente N.º: EXP202401554 de la Agencia Española de Protección de Datos.

21 Morales, Emilia G. (2024)., «Ni una baja por menstruación incapacitante en ocho provincias», Público, 27 marzo 2024 (actualizado 3 abril 2024), en línea: <https://www.publico.es/sociedad/baja-menstruacion-incapacitante-ocho-provincias.html> (consulta 30 septiembre 2025).

22 Art. 10 ter de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

23 STSJ Madrid 22 diciembre 2022 (Rº 665/2022).

24 STS (Sala Primera, Civil, Pleno) 13 marzo 2025 (Rº 4109/2024) sobre la vulneración del derecho al honor de una trabajadora que presentó una demanda contra su empresa, en la que se exponían datos relativos a sus incapacidades temporales, y que permaneció accesible para todos los trabajadores de

datos relativos a las ausencias o su sistema de gestión informatizado son sujetos del deber de confidencialidad del artículo 5.1 LOPDGDD y su incumplimiento puede sancionarse con consecuencias disciplinarias<sup>25</sup>.

Dicho deber de confidencialidad también implica que, a nivel colectivo, los informes o estudios sobre absentismo que puedan realizarse en el marco de la empresa para articular medidas organizativas o políticas de prevención del absentismo deben basarse en datos previamente anonimizados. Del mismo modo, deben estar anonimizadas *“las estadísticas sobre el índice de absentismo y las [rectius: sus] causas”* que, conforme el artículo 64.2.d ET, deben entregarse trimestralmente a los representantes de los trabajadores con vistas a la vigilancia que deben ejercer sobre la actuación empresarial en materia de protección colectiva de la salud.

Por último, debe tenerse en cuenta que las versiones más avanzadas de los programas de gestión del absentismo usan sistemas predictivos basados en algoritmos<sup>26</sup> que operan a partir de historiales de ausencias (tipología, frecuencia y duración), información organizativa (turnos, cargas de trabajo, estacionalidad, sustituciones), y, en algunos casos, indicadores psicosociales o de clima laboral. Con ello entrenan modelos de aprendizaje automático para estimar la probabilidad de ausencias futuras a nivel de puesto o equipo en un determinado periodo de tiempo<sup>27</sup>, lo que permite planificar respuestas organizativamente más adecuadas. Es decir, estos sistemas se nutren con la información de la que disponen los departamentos de recursos humanos, sin incorporar necesariamente datos médicos de los trabajadores, pero son capaces de proporcionar información acerca de posibles ausencias relacionadas con la salud. Con esos resultados también pueden establecerse umbrales de alerta que determinan, por ejemplo, cuando conviene activar una intervención preventiva (revisar la distribución de tiempo de trabajo u ofrecer apoyo psicosocial) en términos de mejora de la calidad de vida laboral<sup>28</sup>.

Se trata, por tanto, de mecanismos que tienen la capacidad de inferir información sobre la salud de los trabajadores, por lo que deben respetarse las excepciones del artículo 9 RGPD y adoptarse garantías reforzadas de minimización, seguridad y confidencialidad de los datos. Además, según el caso, es probable que deba realizarse una evaluación de impacto del artículo 35 RGPD<sup>29</sup>, precisamente porque los

la misma. Desde el prisma de la protección de datos, puede verse la STSJ Cataluña 6 febrero 2024 (Rº 3314/2023).

25 STSJ Madrid 11 diciembre 2019 (Rº 932/2019).

26 Igartua Miró, María Teresa (2025): «El absentismo laboral: prevención y control», *Documentación Laboral*, 134, p. 80.

27 Zupančič, Peter y Panov, Panče (2024): «Predicting Employee Absence from Historical Absence Profiles with Machine Learning», *Applied Sciences*, 14(16).

28 Lawrence, Natalie; Petrides, George; Guerry, Marie-Anne (2021): «Predicting employee absenteeism for cost effective interventions», *Decision Support Systems*, 147.

29 Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos (EIPD) y para determinar si el tratamiento «entraña probablemente un alto riesgo» a efectos del Reglamento (UE) 2016/679. Revisadas por última vez y adoptadas el 4 de octubre de 2017.

algoritmos puedan realizar predicciones sobre el rendimiento laboral o afectar a los trabajadores como colectivo considerado “*interesados vulnerables*”. También existe la posibilidad (de nuevo, dependiendo del supuesto concreto) de que deba ser de aplicación el Reglamento de Inteligencia Artificial<sup>30</sup>, aunque su régimen jurídico solo afecta a sistemas informáticos muy avanzados (art. 3.1), que no abarcan todos los programas de gestión algorítmica. En ese caso, lo más probable es que el sistema de gestión de personal también sea considerado sistema de inteligencia artificial de alto riesgo (Anexo III.4) con las obligaciones formales y técnicas que ello supone para el empleador en términos de verificación de datos de entrada, monitorización del funcionamiento y conservación de registros. El cumplimiento de estos requisitos solo podría escusarse si el sistema de inteligencia artificial se utilizara a efectos meramente procedimentales u organizativos para detectar patrones colectivos sin individualizar sus análisis y sin efectos laborales automáticos (art. 6.3 RIA).

En cualquier caso, un elemento característico de los sistemas de gestión de ausencias que operen con algoritmos predictivos o con inteligencia artificial es que pueden afectar directa o indirectamente a varias condiciones de trabajo. Por ejemplo, pueden repercutir en la asignación de turnos o cambios de cuadrantes, en la asignación del volumen de tareas, las evaluaciones de desempeño o el cálculo de retribuciones variables. A nivel jurídico, si el sistema influye materialmente en cualquiera de estas u otras condiciones, será de aplicación el deber de información algorítmica que recoge el artículo 64.4.d ET desde su reforma de 2021. Por lo demás, tal afectación a las condiciones laborales no puede venir de decisiones totalmente automatizadas porque el artículo 22.1 RGPD prohíbe su adopción cuando producen efectos jurídicos o afectan significativamente a los trabajadores. Ello implica que este tipo de sistemas, en su caso, solo pueden ser un instrumento al servicio de una persona con criterio informado y verdadero poder de decisión sobre las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa y que sus razones y recomendaciones deben ser explicables y transparentes.

## **2.2. La (in)aplicación del derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal**

### **2.2.1. Los protocolos de gestión proactiva del absentismo**

Algunos documentos técnicos recomiendan que, cuando se elaboran planes de gestión del absentismo laboral, se prevea como buena práctica empresarial la comunicación telefónica con el trabajador durante su incapacidad temporal, por parte

30 Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 300/2008, (UE) nº 167/2013, (UE) nº 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

de mandos inmediatos o del propio departamento de recursos humanos<sup>31</sup>. Este tipo de contacto con el trabajador de baja tiene un sentido organizativo o de planificación, pero también puede tener un propósito psicosocial o preventivo de mantener vivo el vínculo con la empresa, detectar posibles obstáculos que dificulten el retorno al trabajo y, en su caso, empezar a prever y disponer medidas de adaptación que puedan tener que adoptarse a su vuelta. El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, por ejemplo, propone en su Nota Técnica de Prevención 1116 sobre Mantenimiento y vuelta al trabajo acordar con los representantes de los trabajadores un protocolo voluntario por el que se contacte al trabajador en los primeros días de baja para tratar, entre otras cuestiones, su situación de salud y sociofamiliar, su percepción sobre el impacto de su estado de salud en su trabajo, sus necesidades percibidas para volver al trabajo, etc.<sup>32</sup> En esta línea, los estudios empíricos constatan que, en general, los trabajadores con ausencias duraderas suelen mantener un contacto satisfactorio con compañeros y superiores, que influye positivamente en sus expectativas de reintegración laboral cuando se percibe como una muestra constructiva de apoyo<sup>33</sup>. Mantener el contacto puede servir, además, para mitigar algunas consecuencias perniciosas de la ausencia laboral para el propio trabajador, como, por ejemplo, la pérdida de oportunidades de formación que fueran compatibles con su estado de salud.

Tal comunicación dirigida y planificada es precisamente la que se preveía en el caso del protocolo de gestión del absentismo cuya legalidad se juzgó en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de abril de 2024<sup>34</sup>. En la empresa en cuestión, que presentaba un elevado nivel de absentismo, se estableció un procedimiento por el que un coordinador de grupo debía interesarse por la salud de los trabajadores que se daban de baja y, en su caso, derivar a recursos humanos los supuestos en que la causa de la incapacidad temporal pudiera estar de algún modo relacionada con el trabajo. Frente a este modo de proceder, un sindicato planteó un conflicto colectivo por considerar que se vulneraba la intimidad y el derecho a la desconexión digital de los trabajadores afectados. En cambio, el Tribunal entendió razonablemente que no se infringía derecho alguno de los trabajadores enfermos, porque

31 Vid., por ejemplo, las recomendaciones técnicas de las mutuas sobre esta cuestión. Fraternidad Mutua: 'Plan de absentismo: Iniciativas de mejora del absentismo. La suma perfecta', p. 2, [https://www.fraternidadmutua.com/sites/default/files/descargas-fm/FM-DOCUM-107\\_3818\\_Iniciativas-de-mejora-del-absentismo-por-Fraternidad-Muprespa.pdf](https://www.fraternidadmutua.com/sites/default/files/descargas-fm/FM-DOCUM-107_3818_Iniciativas-de-mejora-del-absentismo-por-Fraternidad-Muprespa.pdf) (Fecha de consulta 10/09/2025) y Mutua Navarra: 'Plan de Acción sobre el Absentismo', <https://www.mutuanavarra.es/wp-content/uploads/2019/03/MN-Plan-Acci%C3%B3n-Absentismo.pdf> (Fecha de consulta: 10/09/2025).

32 Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2018): NTP 1116: Mantenimiento y vuelta al trabajo: procedimiento, Madrid, 6; en línea: <https://www.insst.es/documentacion/colecciones-tecnicas/ntp-notas-tecnicas-de-prevencion/32-serie-ntp-numeros-1101-a-1135-ano-2018/ntp-1.116-mantenimiento-y-vuelta-al-trabajo-procedimiento> , consulta 13 octubre 2025.

33 Selander, John; Tjulin, Åsa; Müssener, Ulrika y Ekberg, Kerstin (2015): «Contact with the workplace during long-term sickness absence and worker expectations of return to work», *International Journal of Disability Management*, 10, 1-8.

34 Rº 10/2024.

se daba por probado que las llamadas eran respetuosas, no invasivas ni coactivas, que podían ser rechazadas y no presuponían la obligación de permanecer conectado a la empresa a través de otros medios digitales.

De hecho, que el empresario puede contactar al trabajador con motivo de sus faltas al trabajo por motivos médicos lo evidencia la mera existencia del artículo 20.4 ET, que permite verificar el estado de salud que sea alegado por este para justificar su ausencia. Además, en este sentido, el Tribunal Supremo<sup>35</sup> tiene declarado que los controles del artículo 20.4 ET pueden ser reconocimientos de *"bajo perfil"* que se produzcan, por ejemplo, por vía exclusivamente telefónica. Por tanto, si bien el contacto que mantenga la empresa con el trabajador durante su ausencia no tiene por qué tener una función fiscalizadora, esta posibilidad abre la puerta a otro tipo de comunicación basada en la confianza. Podría decirse que, de algún modo, quien puede lo más puede lo menos, siempre dentro del ámbito de la razonabilidad y del deber de buena fe contractual. De hecho, en esta línea, el Tribunal Supremo ha fijado muy recientemente que la utilización del teléfono móvil o de la cuenta de correo electrónico personal del trabajador como mero medio de contacto ocasional *"debe respetar los principios de proporcionalidad, minimización y limitación de la finalidad, pero no es a priori ilícito"*<sup>36</sup>.

Por lo demás, esta gestión proactiva del absentismo laboral debe realizarse, en su caso, con estricto respeto a los derechos a la intimidad y a la protección de datos. De un lado, debe garantizarse la confidencialidad de los datos médicos del trabajador. Cualquier comunicación que se refiera a aspectos sanitarios, y no solamente de contenido estrictamente laboral, debe quedar *"a cargo de personal médico"*, de acuerdo con la propia literalidad del artículo 20.4 ET. La empresa no puede valerse de su posición de preeminencia contractual para pretender que el trabajador revele su diagnóstico médico, llegándose incluso al despido en caso de no hacerlo<sup>37</sup>. Ninguna necesidad organizativa justifica intentar que el trabajador renuncie a una parcela de su más estricta privacidad. De otro lado, igual que ocurriría durante el desarrollo normal del contrato, cuando se ceden los datos de contacto del trabajador en incapacidad temporal a terceros (por ejemplo, para su citación a reconocimientos médicos o para ofrecerle posibilidades de formación) tiene derecho a ser informado con carácter previo<sup>38</sup>.

Por último, cabe mencionar que, aunque el derecho a la desconexión digital no debe obstaculizar una gestión razonable del absentismo, la incapacidad temporal u otro tipo de ausencias imprevistas al trabajo sí pueden afectar al derecho a la desconexión digital del resto de trabajadores. A este respecto, el Capítulo XI del V

35 STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

36 STS 27 marzo 2025 (Rº 73/2023), en la que se valida el envío de un mensaje de Whatsapp o de un correo electrónico a la cuenta personal del trabajador como forma de llamamiento para la reactivación del contrato fijo discontinuo.

37 STS Cataluña 29 enero 2021 (Rº 3542/2020).

38 STS Galicia 4 marzo 2024 (Rº 5647/2023).

Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2023 establece la posibilidad de contemplar excepciones al derecho a la desconexión digital cuando “*concurran circunstancias excepcionales de fuerza mayor, justificadas, que puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio y que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas*”. Pues bien, como se ha indicado<sup>39</sup>, a la hora de concretar en qué supuestos se produce tal urgencia, algún acuerdo colectivo contempla como tal la necesidad de “*cubrir un puesto de trabajo por enfermedad o accidente de la persona que habitualmente lo ocupa*”<sup>40</sup>. En efecto, con independencia de la valoración que deba hacerse en cada caso concreto, la ausencia de un trabajador por incapacidad temporal podría considerarse una causa generalmente justificada, porque puede causar un perjuicio organizativo grave (especialmente en pequeñas y medianas empresas), porque es normalmente imprevista e imprevisible (salvo casos particulares, como una cirugía programada) y puede no tener otra solución que la redistribución del tiempo de trabajo de otros trabajadores que deban ser oportunamente preavisados fuera de su jornada laboral.

## **2.2.2. Otros tipos de comunicación con el trabajador de baja: especial referencia a la incapacidad por enfermedad mental**

Desde otro prisma distinto, se han dado varios pronunciamientos judiciales acerca de si, al margen de la gestión de la propia ausencia, la empresa debería prevenir que el trabajador reciba cualquier tipo de comunicación laboral durante su incapacidad temporal. De un lado, frente a trabajadores de baja que alegaban que la desactivación de la cuenta de correo corporativo o la expulsión de grupos de Whatsapp podía considerarse una conducta constitutiva de acoso, se ha considerado que este tipo de desvinculación es lícita y adecuada para garantizar el derecho a la desconexión digital<sup>41</sup>. De otro lado, algunos tribunales afirman que recibir mensajes en grupos de Whatsapp de trabajo o mails corporativos genéricos sin apelaciones expresas u órdenes directas durante la incapacidad temporal tampoco es acoso<sup>42</sup> ni es una infracción suficientemente grave como para justificar la aplicación del artículo 50 ET<sup>43</sup>. Pese a ello, en este último caso, se llega a afirmar que “*el trabajador, fuera de su jornada laboral tiene derecho a la desconexión digital, lo que incluso es aplicable con mayor énfasis, en períodos de incapacidad temporal*” (el subrayado es propio).

En mi opinión, no es estrictamente correcto pretender aplicar el derecho a la desconexión digital durante la incapacidad temporal, porque se trata de un derecho dirigido a la protección del tiempo de descanso, cuya naturaleza es distinta a la suspensión del contrato de trabajo. La propia literalidad del artículo 88.1 LOPDGDD indica

39 Payá Castiblanque, Raúl (2025): «El derecho a la desconexión... cit., p. 203.

40 V Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 26/01/2024).

41 STSJ Cataluña 24 enero 2020 (Rº 3024/2019) y STSJ Madrid 26 septiembre 2024 (Rº 381/2024).

42 STSJ Galicia 23 noviembre 2022 (Rº 4175/2022).

43 STSJ Andalucía 12 diciembre 2023 (Rº 379/2023).

que tiene el *"fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar"*<sup>44</sup>. Como se ve, el eje central del derecho es el tiempo de trabajo y su división entre jornada y descansos<sup>45</sup>. Por ello se mencionan expresamente los períodos de descanso de los artículos 37 y 38 ET, pero no otro tipo de vicisitudes contractuales que interrumpen la prestación laboral. Además, en un sentido teleológico, la desconexión digital es consustancial a la propia esencia del tiempo de descanso, que representa la antítesis de la dedicación o atención a cuestiones laborales. Pero, en el caso de la incapacidad temporal, la separación del entorno laboral solo es consecuencia de la suspensión de la obligación de trabajar del artículo 45.2 ET. Es decir, tal separación se da por la imposibilidad de trabajar y se deriva de la interrupción de la prestación. En este sentido, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>46</sup> ha fijado una doctrina que enfatiza esta distinción entre los descansos y la incapacidad temporal. Al respecto, ha señalado que *"la finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas consiste en permitir que los trabajadores descansen y dispongan de un período de ocio y esparcimiento"* y tal propósito difiere de la correspondiente al derecho a causar baja por enfermedad, que *"se reconoce a los trabajadores con el fin de que puedan recuperarse de una enfermedad"*.

En el caso de la incapacidad temporal, la suspensión de la actividad laboral no es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de la recuperación del trabajador. Por tanto, no puede realizarse una interpretación del derecho a la desconexión digital durante ese periodo que no tenga en cuenta este propósito. En términos médicos, se ha mencionado anteriormente que el aislamiento laboral durante la enfermedad no beneficia necesariamente al trabajador y, de hecho, puede llegar a perjudicar su reincorporación. Y, a la inversa, los estudios empíricos que avalan los beneficios de la desconexión digital no consideran normalmente su aplicación durante la incapacidad temporal<sup>47</sup>. Ello permite rechazar, en términos jurídicos, una aplicación estricta del derecho a desconexión digital durante la incapacidad temporal. Además, hay que tener en cuenta los perjuicios laborales que se producirían de llegarse al absurdo de vetar radicalmente, tal vez durante meses, cualquier comunicación laboral de buena fe con el trabajador. En este sentido, por ejemplo, se ha rechazado razonablemente que llamar por teléfono a los trabajadores en incapacidad temporal en el marco de

44 Similarmente, el artículo 18.1 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia indica que *"El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables"*.

45 Monreal Bringsvaerd, Erik José (2020): «El derecho a la desconexión digital del trabajo», en Monreal Bringsvaerd, Erik José; Thibault Aranda, Javier; Jurado Segovia, Ángel (coords.): *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuela (en su 25º Aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 614.

46 STJUE 10 septiembre 2009 (asunto C-277/08, Vicente Pereda), entre otras.

47 Vid., por todos, Wendsche, Johannes; Lohmann-Haislah, Andrea (2017): «A Meta-Analysis on Antecedents and Outcomes of Detachment from Work», *Frontiers in Psychology*, 7, 2072.

un protocolo para la planificación de las vacaciones del año siguiente en una gran empresa constituya una vulneración del derecho a la desconexión digital<sup>48</sup>.

Como matiz de lo anterior, merece una especial consideración el caso de los trabajadores de baja por una enfermedad mental con posible vinculación con el trabajo. De hecho, salvo error, estas han sido las únicas circunstancias en las que se han producido condenas en los tribunales por vulnerar específicamente el derecho a la desconexión digital (en relación con la integridad moral) durante la incapacidad temporal. En los dos casos que se han detectado, se trataba de sendas trabajadoras de baja por contingencias comunes con diagnóstico de ansiedad, cuyo trastorno se relacionaba con el trabajo en informes psicológicos privados<sup>49</sup>. En ambos se estima que el hecho de que las trabajadoras recibieran correos electrónicos durante su incapacidad afecta a su derecho a la integridad moral y, por tanto, se otorga una indemnización por la vulneración de este derecho fundamental. Y ello a pesar de que en un caso se trataba de correos genéricos enviados a todos los trabajadores y en el otro se trataba de correos remitidos por otros trabajadores que, según alega la empresa, desconocían que la demandante estaba de baja<sup>50</sup>.

En general, tener un entorno laboral positivo favorece el retorno al trabajo, también en el caso de los problemas de salud mental<sup>51</sup>, aunque ante trabajadores con síntomas depresivos el contacto con la empresa no es necesariamente beneficioso<sup>52</sup>. Por tanto, se considera técnicamente recomendable que los superiores mantengan un contacto frecuente (por ejemplo, cada dos semanas), planificado, consentido y de apoyo (no productivo) con trabajadores con problemas mentales distintos a la depresión<sup>53</sup>. Ahora bien, que este contacto pueda resultar beneficioso presupone, de base, una adecuada gestión de los riesgos psicosociales. Si la causa médica de la baja viene influida por aspectos relacionados, no solo con la fatiga informática que menciona expresamente el artículo 88.3 LOPDGDD, sino también con la sobrecarga

48 STSJ Galicia 19 marzo 2024 (Rº 167/2024).

49 SJS 4 A Coruña 18 octubre 2024 (Procedimiento nº 465/2024) y STSJ Galicia 25 abril 2025 (Rº 338/2025).

50 En la STSJ Cataluña 5 mayo 2023 (Rº 7704/2022) se alcanza la solución contraria ante el caso del trabajador de una consultora que estuvo de baja por estrés, (i) porque no se prueba suficientemente que los correos recibidos lo fueron fuera del tiempo de trabajo, (ii) porque el derecho a la desconexión digital no constituye por sí mismo un derecho fundamental y (iii) no se considera que la enfermedad tenga relación con el trabajo al no haberse cuestionado su calificación por enfermedad común.

51 van Hees, Sander G. M.; van der Aa, Niels; van den Heuvel, Sjaak G.; de Jong, Johan y Nieuwenhuijsen, Karen (2020): «Understanding return to work among employees with common mental disorders: what works, for whom, and under what circumstances?», *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, 46, 446-457.

52 Nieuwenhuijsen, K.; Verbeek, J. H. A. M.; de Boer, A. G. E. M.; Blonk, R. W. B. y van Dijk, F. J. H. (2004): «Supervisory behaviour as a predictor of return to work in employees absent from work due to mental health problems», *Occupational and Environmental Medicine*, 61, 817-823.

53 Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA) (2013): «Return to Work after sick leave due to mental health problems», OSHwiki, publicada 20 septiembre 2013, última actualización 17 septiembre 2020, en línea: <https://oshwiki.osha.eu/en/themes/return-work-after-sick-leave-due-mental-health-problems>, consulta 8 octubre 2025.

de trabajo, el tecnoestrés, la hipervigilancia o, sobre todo, la violencia o el acoso laboral, puede ser recomendable limitar la exposición a dichos elementos estresores a través de la desvinculación laboral, también durante la incapacidad temporal. Si bien, en mi opinión, esta obligación empresarial operaría, en su caso, no tanto por efecto del derecho a la desconexión digital o las limitaciones legales en materia de tiempo de trabajo<sup>54</sup>, como por concreción directa del deber de protección del artículo 14 LPRL. Este enfoque preventivo, por lo demás, ofrece una respuesta medicamente más ajustada a cada caso concreto y una tutela jurídica más completa al trabajador.

Para que dicha protección sea efectiva, es esencial tener en cuenta que, como ocurría en los ejemplos que acaban de citarse, la calificación de la incapacidad temporal como derivada de contingencias comunes no excluye la presencia de factores de riesgo psicosocial de origen laboral. Ello se debe a que para determinar el origen laboral de una contingencia se exige probar que esta se debe a una causa exclusivamente profesional y las enfermedades mentales suelen tener un origen multifactorial<sup>55</sup>. Si bien, el carácter confidencial de la causa médica de la ausencia justificaría el desconocimiento de la empresa sobre su naturaleza de salud mental y su posible vinculación para el trabajo. Por tanto, la emisión de las recomendaciones médicas pertinentes sobre el tratamiento del trabajador requeriría la correcta aplicación del artículo 37.3.d del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP) que dispone que *“El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo”*.

### 3. LAS FACULTADES DE CONTROL EMPRESARIAL DEL ABSENTISMO LABORAL

El envío telemático de información sobre las bajas y altas de los trabajadores del que se ha hablado más arriba permite a las empresas realizar un control formal de sus ausencias por incapacidad temporal. Es decir, permite considerar justificadas las ausencias de los trabajadores porque su causa consta acreditada por un tercero con la objetividad necesaria y la preparación técnica para otorgarle credibilidad. Pero ello no impide que, en la medida en que asume parte de los costes de la incapacidad temporal, el empresario puede tener interés en realizar un control material de la

54 En contra de la tesis que aquí se defiende, en la SJS nº 4 A Coruña 18 octubre 2024 (Procedimiento nº 465/2024), la indemnización por daños morales se cuantifica en atención al artículo 7.5 LISOS, que tipifica *“La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo”*.

55 Monero Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A. (2008): «Determinación de contingencias de la Seguridad Social», Aranzadi Social: Revista Doctrinal, pp. 19-20.

ausencia, para asegurar que concurre su supuesto de hecho. Es decir, puede realizar averiguaciones para desvirtuar la apariencia legítima de las bajas amparadas en un acto administrativo que no se corresponde con la realidad y certifica una incapacidad temporal que no es tal. Este control de cariz contractual se suma a los controles de carácter administrativo que realizan sobre la prestación de Seguridad Social, muchas veces de forma superpuesta, los propios servicios públicos de salud, las mutuas y el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Esta superposición de controles privados y públicos sobre una misma situación obedece a la doble naturaleza, contractual y prestacional, de la incapacidad temporal, pero también a su consideración como una situación afectada por el riesgo moral, lo que equivale a decir que es sensible al fraude. Ello se debe a que, como no asume la mayor parte de los costes de su ausencia, el trabajador puede tener incentivos para falsear su estado de salud. Así, aunque la incapacidad temporal se declara tras una verificación médica de su causa, la intensidad del malestar que sufre el trabajador es una información privada, al menos en un primer momento, hasta que se practican las pruebas diagnósticas pertinentes. Por eso las entidades gestoras, las mutuas y las empresas, que son las que soportan la mayor parte del coste económico de la ausencia, tienen reconocidas facultades de control que permiten comprobar la concurrencia de la incapacidad. En el caso de la empresa, esta capacidad de control del absentismo implica, incluso, (i) que se le otorgue la facultad de vigilar las conductas del trabajador en el desarrollo de su vida privada o (ii) que pueda ordenar un reconocimiento médico sin vocación de protección de su salud laboral. Respectivamente, ambas son destacadas excepciones a las reglas generales por las que (i) el trabajador solo está sometido al poder de dirección del empresario en el desarrollo de la actividad laboral (art. 20.1 ET) y (ii) solo se puede imponer la vigilancia de su salud si es para protegerla frente a riesgos laborales (art. 24 LPRL).

Los fundamentos jurídicos del control empresarial del absentismo por los que se articulan las excepciones a las reglas generales que se acaban de mencionar son los dos últimos apartados del artículo 20 ET, que establecen facultades distintas y compatibles entre sí. De un lado, el artículo 20.3 ET permite controlar *“el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”*, que en el caso de la incapacidad es el deber de buena fe concretado en la obtención legítima de la baja y en abstenerse de realizar actividades que perjudiquen su recuperación. Es, por tanto, un control conductual, basado en la observación externa y normalmente oculta de los quehaceres del trabajador en su vida privada y supone una restricción de la dimensión personal del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. De otro lado, el artículo 20.4 ET establece que el empresario puede *“verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo”*. Este precepto permite articular un control médico, a cargo de personal facultativo, que constituye una limitación de la dimensión corporal del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE. A diferencia de la facultad del artículo 20.4 ET, el trabajador es consciente del ejercicio de esta facultad y puede incluso llegar a rechazarla sin verse expuesto a medidas disciplinarias, aunque asumiendo ciertas consecuencias económicas.

### 3.1. El control conductual del artículo 20.3 ET

El artículo 20.3 ET establece que la vigilancia y control del trabajador puede concretarse en las medidas que el empresario “estime más oportunas”, mientras guarde en “*su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad*”. Con esta limitación, que puede entenderse referida al principio constitucional de proporcionalidad, las medidas de control que los empresarios tienen a su disposición para el control de las bajas laborales son fundamentalmente la contratación de detectives privados y la obtención de información personal a través de las redes sociales. Es más, ambas medidas suelen articularse a veces de forma complementaria, o bien porque la información encontrada en internet suscita sospechas que conducen a la contratación de un detective privado, o bien porque la investigación de este último también se extiende al ámbito virtual.

#### 3.1.1. El seguimiento por detectives privados

La actividad de los detectives privados se regula en la Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada (LSP) que define su actividad como la “*realización de las averiguaciones que resulten necesarias para la obtención y aportación, por cuenta de terceros legitimados, de información y pruebas sobre conductas o hechos privados*” relacionados, entre otros, con el ámbito laboral (art. 48.1.a LSP). Por tanto, cuando actúan para un empleador, lo hacen por cuenta de este y dentro de los mismos límites que su facultad de control: el detective no amplía, sino que instrumenta esa potestad. Como consecuencia, su investigación debe cumplir con los mismos límites que cualquier restricción de un derecho fundamental y está sujeta al triple juicio de proporcionalidad, por el que debe poder considerarse idónea, necesaria y equilibrada. El juicio de necesidad genera pocos problemas, ya que supone que la medida debe ser preferible en comparación con otras, sin que exista una forma menos gravosa pero igual de útil para verificar la presunta infracción. En este caso, la contratación del detective es imprescindible, porque estos profesionales tienen reservada en exclusiva la actividad de investigación privada (art. 5.2 LSP) y, por tanto, no existe otra vía legal de supervisar al trabajador fuera del marco empresarial. La concreción de los principios de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, en cambio, genera más controversia y ha sido abordada en dos recientes sentencias del Tribunal Supremo, en las que merece la pena detenerse.

Respecto del principio de idoneidad, existen dudas sobre si la contratación de un detective privado para la investigación de un trabajador de baja exige que el empresario cuente previamente con sospechas fundadas de la comisión de alguna irregularidad. La doctrina es mayoritariamente favorable a este requerimiento<sup>56</sup> y, hasta el

56 A favor de exigir sospechas fundadas para legitimar la contratación de un detective privado, Vid., Salcedo Beltrán, María del Carmen (2013): «*Intervención de detectives en las relaciones laborales*», *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos*, 368, 85-

momento, los Tribunales Superiores de Justicia estaban divididos entre la exigencia de una justificación constitucional clara para transgredir la privacidad del trabajador y la presunción de un interés empresarial genérico pero legítimo en descubrir posibles transgresiones del deber de buena fe<sup>57</sup>. Ante tal divergencia, cobra relevancia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2023<sup>58</sup>, dictada en unificación de doctrina, en la que se aborda por primera vez esta cuestión, aunque de forma indirecta.

El supuesto de hecho versaba sobre un empleado de una empresa de limpieza que fue descubierto por un detective privado trabajando y conduciendo entre los distintos lugares de trabajo bajo los efectos del alcohol, siendo despedido por este motivo. Las sentencias de instancia y suplicación consideraron que la contratación del detective era ilegal porque no existían indicios de incumplimiento previos al encargo y, en consecuencia, declararon nula la prueba y el despido. La sentencia de contraste, en cambio, trataba el supuesto de un trabajador de baja por una lesión en el tendón de Aquiles que fue captado por un detective realizando varias actividades privadas aparentemente incompatibles con su dolencia. Ante este caso, el Tribunal de suplicación negaba que la licitud de la prueba dependiera de *“que la empleadora tuviese indicio alguno de incumplimiento de sus deberes laborales por el actor”* y que era idónea ante *“la posibilidad del desarrollo de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal”*. La contradicción se centraba, pues, en *“la necesidad o no de que la empresa acredite que existían indicios de incumplimientos laborales por el trabajador para que sea lícita la prueba testifical de detective”*. Ante tal disquisición, el Tribunal Supremo afirma muy contundentemente que la investigación privada *“no requiere la concurrencia de sospechas fundadas ni de un número determinado de indicios a la hora de valorar la licitud o ilicitud de la prueba”* y, por tanto, declara procedente el despido del trabajador de limpieza.

En mi opinión, se trata de una sentencia ciertamente cuestionable, no tanto por el sentido de su fallo en el caso concreto, con el que se coincide, sino por las implicaciones jurídicas que tiene para la limitación del control empresarial del absentismo. En efecto, considero que el seguimiento de un trabajador itinerante, que presta servicios en distintos lugares fuera de un único centro de trabajo, es una medida adecuada,

140; Aguilera Izquierdo, Raquel (2013): «El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por el empresario a través de agencias de detectives», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 158, 121-142 y Álvarez Alonso, Diego (2014): «Despido disciplinario, seguimiento por detective privado y derecho a la intimidad. STSJ País Vasco 9 abril 2013 (AS 2014, 1587)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 171, 329-338. En cambio, considerando que no se requiere la concurrencia de indicios fundados, Vid., Díaz Rodríguez, Juan Miguel (2011): «Detectives en el ámbito laboral: poder empresarial y prueba judicial (1)», *Actualidad Laboral*, 7, 1 y Poquet Catalá, Raquel (2021): «Poder de control empresarial mediante detectives privados y validez de sus pruebas», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58.

57 Vid., Crespí Ferriol, María del Mar (2023): *Incapacidad temporal y absentismo laboral: prevención, control y retorno al trabajo*, Madrid, p. 210.

58 Rº 2261/22.

que no tiene por qué exigir más justificación que la propia naturaleza de la prestación, que escapa a la vista del empresario. Lo que no puede compartirse es la operación por la que el Tribunal Supremo equipara este tipo de seguimiento con el que se realiza sobre un trabajador en incapacidad temporal que es seguido en el desarrollo de su vida estrictamente privada. Y es curioso porque el propio Tribunal repara en esta diferencia, pero no le sirve para negar que exista contradicción, al menos fáctica, sino para *"abundar en una contradicción a fortiori porque en el asunto de contraste la investigación se produjo en el ámbito privado del trabajador –pero no en el de su intimidad–, mientras que en el caso de autos lo fue en el ejercicio propio de la prestación laboral"* (FJ segundo).

A mi modo de ver, no es comparable vigilancia y control que el empresario puede ejercer sobre la prestación laboral con la que puede aplicar sobre el trabajador en el desarrollo de su vida privada. Conforme al artículo 20.1 ET, el trabajador (solo) está obligado a actuar bajo la dirección del empresario a la hora de *"realizar el trabajo convenido"*. De ahí se desprende que la vigilancia del trabajo convenido puede ser relativamente intensa, constante, discrecional y no sometida a exigencias previas. En cambio, es impensable que un ciudadano que no se encuentre trabajando esté sometido a un control de las mismas características. Más allá del ámbito empresarial, nada justifica una observación igual de penetrante del trabajador, porque el deber de buena fe no es equiparable al de cumplir con la prestación laboral, como núcleo esencial del contrato de trabajo. La vigilancia de un trabajador de baja, por tanto, debe estar sujeta a los límites más estrictos de lo que se ha denominado un control extraordinario<sup>59</sup> o defensivo<sup>60</sup>, que exige alguna razón para poner en duda la confianza que rige la relación contractual. Por todo ello, en definitiva, se considera que el Tribunal Supremo alcanza la decisión correcta en relación con la sentencia recurrida cuando afirma que la contratación del detective no requiere mayor justificación cuando es para vigilar un trabajador móvil. Lo que no parece razonable es que esa misma conclusión se haga indirectamente extensible, por la propia naturaleza de la sentencia dictada en unificación de doctrina, al caso de un trabajador en incapacidad temporal.

Respecto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, es de destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2023<sup>61</sup> que concreta el límite del artículo 48.3 LSP, cuando indica que *"En ningún caso se podrá investigar la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados"* en el caso de un trabajador de baja por cervicalgia que fue captado por un detective realizando reparaciones en su jardín. Pues bien, al respecto entiende el Tribunal Supremo que el jardín no puede considerarse parte del domicilio del trabajador en sentido estricto, pero que se trata igualmente de *"un espacio en el que este también*

59 Fabregat Monfort, Gemma (2016): *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control empresarial*, Albacete, 21.

60 Fernández Villazón, Luis Antonio (2003): *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*, Pamplona, p. 48.

61 Rº 2339/2022.

tiene una expectativa legítima de privacidad, aunque pueda ser con alguna intensidad menor que en el espacio edificado". Por ello, lo incluye en el concepto de "otros lugares reservados", en coherencia con la protección de derecho fundamental que el artículo 18.2 CE otorga al domicilio, garantizando su inviolabilidad frente a invasiones externas, incluso aunque se produzcan sin penetración en el mismo<sup>62</sup>. Si bien, para terminar su argumentación, el Tribunal añade un último matiz que puede invitar a una interpretación diferente respecto de otras partes del domicilio cuando señala que no consta que el jardín fuera visible para cualquiera que pudiera pasar, ni que no hubiera muros, setos o vallas "que dificultaran la visibilidad desde el exterior". Así, por ejemplo, dicho inciso ha servido para fundamentar en otro caso reciente que sí es ilícito grabar a una trabajadora fumando su balcón, por tratarse de "un espacio susceptible de libre observación desde la calle" cuya grabación no afecta a su intimidad<sup>63</sup>.

### **3.1.2. La vigilancia por internet y redes sociales**

La utilización generalizada de internet y de las redes sociales, sumada al uso social que se está haciendo de las mismas para compartir todo tipo de información profesional y personal, las ha convertido en un medio de control extralaboral de la conducta de los trabajadores y, también, en un medio de control del absentismo. No son pocos los casos que han llegado a los tribunales y que dan muestra de la extensión del fenómeno que supone que personas de baja acaben despedidas a partir de esa huella digital descubierta por su empresa. Lo que sí es relativamente poco frecuente, en cambio, es el cuestionamiento jurídico del uso de este tipo de control extralaboral, que se convierte después en medio de prueba en el ámbito del proceso social por despido. Pareciera, de algún modo, que la especial naturaleza de las nuevas formas de socialización digital, basadas sobre todo en la propia difusión de experiencias, opiniones, aficiones, cuestiones familiares o relaciones de amistad, impide cuestionar que su vigilancia suponga una vulneración de la privacidad del trabajador. Si bien, esta noción preconcebida ya fue desmentida en su día por el Tribunal Constitucional<sup>64</sup> al afirmar que "Los particulares que se comunican a través de un entorno digital y que se benefician de las posibilidades que ofrece la Web 2.0 no pueden ver sacrificados por este solo hecho los derechos fundamentales cuya razón de ser última es la protección de la dignidad de la persona... salvo que concurra una autorización inequívoca".

Cuando el control del absentismo por redes sociales se plantea ante los tribunales del orden social lo que ocurre normalmente es que se presupone la legalidad de la prueba, incluso por la defensa de los trabajadores, sin entrar a cuestionarla. Es decir,

62 Morales Vállez, Concepción Esther (2023): «Sobre la validez de la prueba del informe del detective privado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 380/2023, de 25 de mayo (Rº 2339/2022)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, p. 8.

63 STSJ País Vasco 13 mayo 2025 (Rº 815/2025).

64 STC 24 febrero 2020 (Rº 1369/2017).

lo más común es obviar la cuestión o, simplemente, presumir que el empresario ha tenido un conocimiento fortuito de los contenidos digitales. Y, cuando se cuestiona, se produce en general una gran permisividad judicial que contrasta, de un lado, con el intensísimo debate que ha generado en el ámbito judicial el uso de otros medios de control tecnológico, y con la posición, mucho más cautelosa, que aconseja tomar la doctrina laboralista<sup>65</sup> respecto de la vigilancia empresarial de las redes sociales. Es muy significativo que, en la investigación que ha precedido al presente trabajo, solamente se haya detectado una única sentencia dictada en suplicación declarando la ilegalidad de este tipo de prueba para el control del absentismo médico, sobre la que se volverá más adelante.

El supuesto tal vez más común, y que menos dudas plantea, es el de aquellos trabajadores que publicitan a través de internet o de perfiles profesionales en redes sociales una actividad profesional que realizan durante su incapacidad temporal. Por ejemplo, se han dado casos como el de una trabajadora de baja por ansiedad que publicaba en Tik Tok videos publicitando productos como *“influencer”* de belleza y cuyo despido fue declarado improcedente porque no se consideró que dicha actividad fuera incompatible con su dolencia<sup>66</sup>. O, igualmente, también se declaró improcedente el despido de una redactora con cervicalgia por realizar videos publicitarios para Instagram, porque estos no evidenciaban una actividad lo suficientemente intensa como para perjudicar su recuperación<sup>67</sup>. En tales casos, no resulta difícil admitir la validez de la prueba porque el carácter profesional del contenido digital evidencia que se comparte con el ánimo indudable de hacerlo lo más público posible, precisamente por su carácter publicitario. No tendría sentido sostener que visitar una cuenta en la que se promociona una actividad económica, aunque sea por cuenta propia, supone una intromisión en la intimidad del trabajador.

En cuanto al acceso a cuentas de carácter personal, operan reglas distintas según sean cerradas o abiertas. De un lado, el uso de cuentas personales cerradas o protegidas, cuya información solo se comparte con los contactos seleccionados por el usuario, revela por sí misma una intención de proteger la privacidad de lo que ahí se publica. No obstante, se considera, en general, que el acceso empresarial a dicho contenido es legítimo si se obtiene a través de una persona autorizada y que lo comunica voluntariamente, como un compañero de trabajo o alguien del entorno social de la empresa<sup>68</sup>. En tales casos, se aplica *de facto* una regla general analógica a la que rige para el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE,

65 Vid., recientemente, Villalba Sánchez, Alicia (2022): «El despido del trabajador derivado del uso de las redes sociales», *IUSLabor*, 3, p. 49 o Abeleira Colao, Manuela (2023): «Límites al poder de control del empresario sobre las redes sociales de sus trabajadores», en Jiménez Martínez, María Victoria y Roldán Martínez, Aránzazu Fátima (coords.), *La garantía de los derechos digitales en el ámbito laboral: Políticas empresariales, ejercicio de derechos y límites al poder de control del trabajo*, Madrid, Dykinson, 165-195.

66 STSJ Castilla y León (Valladolid) 27 enero 2025 (Rº 3113/2024).

67 STSJ Principado de Asturias 12 abril 2022 (Rº 385/2022).

68 STSJ Madrid 28/06/2021 (Rec. núm. 355/2021).

conforme a la que es lícito conocer una comunicación privada si quien la comparte es uno de sus destinatarios. De otro lado, en el caso de las cuentas abiertas o de acceso público, impera en la doctrina jurisprudencial la idea, a veces explícita y a veces implícita, de que quien difunde abiertamente información propia la extrae expresamente del ámbito de su privacidad<sup>69</sup>. Además, esta idea se refleja expresamente en el artículo 9.2.e RGPD que habilita el tratamiento de datos sensibles “se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos”.

Existe, por último, una tipología de casos relativamente frecuente que a mi parecer debería tratarse con especial cautela, que es el del acceso empresarial a información relativa al trabajador de baja que aparezca en cuentas de terceras personas u organizaciones. Algunas sentencias abordan tales supuestos partiendo de una lógica permisiva similar a la que se aplica al contenido que el propio trabajador publica en abierto. Así, por ejemplo, se ha interpretado que la pasividad de un trabajador ante la publicación de imágenes suyas con su conocimiento equivale a su aquiescencia, “porque en el supuesto de que la persona etiquetada nada oponga frente a la persona que las colgó, una vez que se hacen públicas, se entiende que dio su consentimiento para su exhibición pública y, por tanto, para que puedan ser captadas por terceros de la red social”<sup>70</sup>. O, más aún, se acepta la aportación de vídeos y fotos de perfiles públicos de Facebook e Instagram, sin que conste ni siquiera que el trabajador tenía conocimiento o había dado su consentimiento para su publicación<sup>71</sup>.

En cambio, adopta una postura más prudente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 20 septiembre 2023<sup>72</sup> que, como se adelantaba antes y salvo error, es la única sentencia de suplicación que declara ilícita una prueba obtenida en internet para sancionar a un trabajador en incapacidad temporal. Dicha sentencia aborda el caso de una trabajadora con dolor torácico que fue despedida después de aparecer en el perfil de Instagram de una compañera de la misma empresa tirándose a una piscina de bolas. Pues bien, lo más interesante de la resolución es que aplica la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 2020 en la que se señalaba que “por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados”. Este razonamiento permite al Tribunal catalán afirmar que el hecho de que no conste que la trabajadora se opuso a la difusión de sus imágenes en Instagram no

69 Vid., como ejemplo reciente, la STSJ Castilla y León (Burgos) 29 septiembre 2022 (Rº 555/2022), relativa a una trabajadora con lumbalgia que subía vídeos bailando a la red social Tik Tok.

70 STSJ Cataluña 18 marzo 2025 (Rº 6488/2024) sobre el caso de una trabajadora que, durante su baja por ansiedad, fue en diversas ocasiones de viaje con una amiga, de cuyo perfil abierto la empresa obtuvo las imágenes en las que fundamentar su carta de despido.

71 STSJ Canarias (Las Palmas) 8 junio 2023 (Rº 203/2023) sobre un trabajador despedido por aparecer jugando a baloncesto en varios perfiles públicos de terceros en redes sociales cuando estaba de baja por una lesión en el hombro.

72 Rº 1920/2023.

equivale a que prestara su consentimiento inequívoco para su publicación online. Y ello lo suma al hecho de que la cuenta de la compañera, aunque pública, era de carácter estrictamente personal.

Esta última posición más cautelosa, es la que, a mi modo de ver, resulta más acertada. Lo contrario supone admitir una regla general conforme a la que la investigación extralaboral del empresario puede extenderse, ya no solo a la conducta privada del trabajador en su tiempo libre, sino también a sus allegados y a todo su entorno virtual. En este tipo de casos, desde el punto de vista del derecho a la intimidad, no puede afirmarse que sea el propio interesado quien decide difundir voluntariamente cierta información ante un círculo cerrado o abierto de usuarios, asumiendo el riesgo que conlleva renunciar a una parte de su intimidad. Y, desde el punto de vista del derecho a la protección de datos de carácter personal, el artículo 9.2.e RGPD excepciona la prohibición de tratamiento de los datos sensibles únicamente cuando hayan sido publicados *“por el interesado”*. Es decir, la prohibición de tratamiento de datos sensibles continúa siendo aplicable cuando la información es difundida por un tercero, especialmente si lo hace sin el consentimiento expreso del afectado, por lo que este tipo de medios probatorios no deberían ser admitidos.

### **3.1.3. Sobre la relativa inseguridad del despido disciplinario basado en una prueba conductual**

Los detectives o las redes sociales sirven al empresario para recabar información sobre el comportamiento del trabajador durante la suspensión del contrato de trabajo y obtener, en su caso, indicios que apunten a que está fingiendo su enfermedad o que no respeta las recomendaciones médicas orientadas a su recuperación. Si bien, como la sociedad en general y la jurisprudencia en particular es cada vez más permisiva con la conducta de los trabajadores que están de baja, se ha vuelto más difícil intentar probar que la incapacidad del trabajador es fraudulenta. Es decir, hace algunas décadas, se entendía generalmente que mantener reposo en casa era la mejor forma de garantizar la pronta recuperación del trabajador. Ahora, en cambio, se entiende que el reposo es innecesario en muchas ocasiones y que, en cualquier caso, el trabajador solo debe abstenerse de realizar las actividades para las que esté específicamente impedido en función de la dolencia concreta que padezca. Un ejemplo típico es la práctica de ciertos deportes, que en el caso de algunas lesiones osteomusculares puede estar contraindicada, mientras que en el caso de enfermedades mentales es una recomendación médica habitual.

A donde se quiere llegar es a que, esta variabilidad de las conductas permitidas o prohibidas en función del diagnóstico, unida al carácter confidencial de los datos médicos del trabajador, ha hecho que la facultad de control del artículo 20.3 ET haya perdido cierta efectividad. Así, aunque el uso que hoy se hace de internet hace mucho más fácil obtener información personal sobre buena parte de la población, ahora también es más difícil que esa información sea útil a las empresas a la hora de des-

virtuar la presunción de legitimidad de la que parte una incapacidad temporal. Ello es especialmente relevante, además, en el actual contexto de aumento de la prevalencia de las bajas por enfermedades mentales, porque en tal caso es muy difuso definir qué actividades van en contra de las recomendaciones médicas. Es más, las prescripciones psicológicas suelen ir en la línea de promover aspectos como la socialización, el esparcimiento, la evasión de la rutina o la actividad física. Y, por tanto, aunque si hace años una empresa obtenía fotografías de un trabajador de baja en una discoteca, de excursión o de viaje, podía proceder a su despido con cierta seguridad, hoy en día el mismo hallazgo tiene solo un valor relativo, precisamente porque tales actividades pueden considerarse encaminadas a la recuperación.

Con lo anterior no quiere presentarse en modo alguno una visión prejuiciosa o cínica de la incapacidad temporal, ni mucho menos de las bajas debidas a enfermedades mentales. Al contrario, la antigua consideración de la incapacidad temporal como una figura cercana a una orden de reclusión era arcaica, infundada y se ha demostrado contraproducente por la evidencia científica. Lo que se quiere señalar aquí es que esa evolución de la significación social y jurisprudencial de la incapacidad temporal tiene inevitablemente efectos prácticos sobre la facultad de control empresarial del absentismo, que ha perdido parte de su capacidad coercitiva. Hoy en día, proceder al despido de un trabajador en incapacidad temporal por su comportamiento en su vida privada es una decisión que acarrea un riesgo jurídico elevado, por dos razones principales: (i) por la dificultad de demostrar la procedencia del despido disciplinario y (ii) por la probabilidad razonable de que el despido se declare nulo.

Sobre la dificultad de demostrar la procedencia del despido provocado por una incapacidad temporal que se considera fraudulenta influyen principalmente dos factores:

- En primer lugar, si se desconoce la enfermedad que padece el trabajador, no se puede saber si su comportamiento es censurable, a no ser que se trate de realizar actividades laborales o extralaborales similares a las que desarrolla en su trabajo, en cuyo caso se demostraría generalmente la falsedad de la incapacidad.

Con todo, es relativamente habitual en la práctica que la empresa conozca legítimamente la causa médica de la baja, porque el trabajador lo haya comentado voluntariamente en el marco de su socialización más o menos informal con compañeros o superiores. También es posible que la empresa conozca la dolencia del trabajador por otras razones legales (como que se haya debido a un accidente de trabajo), o que pueda intuir su naturaleza (por ejemplo, por el tipo de adaptaciones laborales que haya tenido que realizar con anterioridad)<sup>73</sup>.

73 Incluso, aunque se conozca legítimamente la razón de la incapacidad, se ha considerado razonablemente en la STSJ Cantabria 15 julio 2022 (Rº 534/2022) que esta no debe comunicarse al detective privado, sino que bastaría con orientar la investigación del detective hacia ciertas actividades que el trabajador no debería poder hacer como consecuencia de la misma.

A la vez, también existen supuestos en los que la empresa conoce la causa de la baja de forma ilegítima y pretende utilizarla para dirigir la investigación del trabajador. Así, se han dado varios casos recientes en los que se ha deducido que el servicio médico interno de Mercadona había revelado a la empresa el diagnóstico del trabajador y esta, a su vez, lo había comunicado al detective privado para focalizar su investigación en actuaciones incompatibles con el mismo<sup>74</sup>. Lo curioso de tales casos es que esta vulneración flagrante de la privacidad de los empleados se pudo probar indiciariamente por la orientación tan precisa que se había dado al seguimiento del detective privado, que ajustaba su seguimiento para captar conductas que revelaran específicamente la falsedad de la enfermedad.

Ello implica, paradójicamente, que, en muchas ocasiones, si una empresa actúa sin cometer este tipo de irregularidades y encarga el seguimiento de un trabajador cuyo diagnóstico desconoce, es probable que la información que obtenga sea demasiado genérica como para probar la falsedad de la enfermedad o accidente.

- En segundo lugar, como se comentaba, aunque la empresa conozca legalmente la naturaleza de la enfermedad que padece el trabajador, el rango de actividades laborales o extralaborales que esta le permita desarrollar puede ser muy amplio. Así, en ciertas circunstancias es inútil fiscalizar la vida personal del trabajador, porque casi toda información que se pueda obtener se considera jurídicamente irrelevante. Por ejemplo, se ha llegado a considerar que un médico pluriempleado con ansiedad puede estar de baja en un hospital y trabajar, a la vez, en otro establecimiento sanitario donde realice las mismas funciones, si su malestar se debe a una situación de tensión laboral que solo se localiza en el primer centro<sup>75</sup>.

Además, existe también cierto riesgo de que el despido pueda declararse nulo, con las consecuencias laborales e indemnizatorias que ello comporta, también por dos razones principales:

- De un lado, si por las causas que se acaban de señalar, no se da por probada la vulneración de la buena fe contractual, la extinción se tratará como un despido sin causa legal, pero motivado por la incapacidad temporal. Ello implica que, después de la entrada en vigor Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y con independencia de que

74 En la STSJ Cataluña 6 marzo 2025 (Rº 4795/2024) se indica que *"Llega a la conclusión, la magistrada de instancia, de que el SME tuvo que compartir su información médica con el coordinador, pues en otro caso la IT no hubiera sido sospechosa, y, a su vez, transmitirse a la empresa, y por ésta al investigador al encargarle el seguimiento"* y en la STSJ País Vasco 13 mayo 2025 (Rº 815/2025) se afirma que *"La empresa tenía motivos para investigar a la trabajadora, los cuales se vieron confirmados por el detective contratado; empero, inició su actividad sancionadora con un acceso indebido a un dato íntimo de la trabajadora"*.

75 STSJ País Vasco 10 junio 2003 (Rº 1082/2003).

el debate doctrinal sobre sus consecuencias sobre el despido de trabajadores en incapacidad temporal siga abierto, debe contemplarse la posibilidad de que el despido pueda considerarse discriminatorio por motivos de salud.

- De otro lado, como ya se ha señalado, el ejercicio de la facultad del artículo 20.3 ET fuera del ámbito laboral constituye una destacada restricción del derecho a la privacidad del artículo 18.1 CE. Por tanto, cualquier extralimitación empresarial se considera una vulneración de un derecho fundamental que, de acuerdo con los artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS, conlleva la nulidad de la prueba. Sobre este otro punto, también permanece abierto otro debate jurídico en el que cierta corriente doctrinal y jurisprudencial considera que un despido fundamentado en una prueba ilícita se produce “*con violación de derechos fundamentales*” (art. 53.4 ET) y, por tanto, debe considerarse nulo. Aunque esta es una opción que no puede compartirse, no cabe entrar ahora sobre la cuestión, más allá de advertir que es un riesgo jurídico que el empresario deberá tener en cuenta a la hora de proceder a la decisión extintiva, sobre todo en el ámbito territorial de algunos tribunales superiores de justicia.

### **3.2. El control médico del artículo 20.4 ET: Reconocimientos a cargo de personal sanitario**

El artículo 20.4 ET tiene la particularidad de regular una facultad de control empresarial específicamente dirigida al absentismo laboral por razones médicas porque permite “*verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo*”. Es decir, se dirige principalmente a corroborar la concurrencia del supuesto de hecho de la incapacidad temporal, siendo significativo, al respecto, que en su redacción primigenia lo que se verificaba era la “*enfermedad o accidente del trabajador*”. Si bien, como no menciona expresamente la incapacidad temporal, el artículo 20.4 ET también puede utilizarse en situaciones conexas, por ejemplo, ante la prescripción médica de reposo sin baja o las situaciones, nada infrecuentes, en las que el trabajador ya ha recibido el alta, pero la impugna por considerar que no se encuentra en condiciones de trabajar. La falta de referencia a la incapacidad temporal también implica su desvinculación de la dinámica administrativa de la prestación, por lo que el control puede activarse en cualquier momento a partir del inicio de la ausencia, sin esperar a que el INSS remita a la empresa la documentación sobre la baja del trabajador<sup>76</sup>. Además, no se agota con su uso, por lo que puede repetirse el reconocimiento médico, con una periodicidad razonable, mientras dure la ausencia del trabajador<sup>77</sup>.

76 STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

77 Gala Durán, Carolina (1999). «*Articulación formal, control empresarial y consecuencias disciplinarias de la ausencia del trabajador por enfermedad, accidente o maternidad*», *Aranzadi Social: Revista Doc-trinal*, 5, p. 32.

La única condición que establece el artículo 20.4 ET es que el reconocimiento debe ser “*a cargo de personal médico*”. Últimamente, es relativamente común que estos reconocimientos se subcontraten con empresas privadas especializadas en el control del absentismo que cuentan con su propio personal sanitario<sup>78</sup>. Y, asimismo, en el caso de las grandes empresas, ya no es extraña la creación de “servicios médicos de empresa” o similares con funciones de control del absentismo. Estas unidades, que no deben confundirse con los servicios médicos de prevención propios que han de constituir obligatoriamente las empresas que den ocupación a más de 500 trabajadores conforme al artículo 14 RSP, no realizan funciones de protección de la salud laboral, sino de seguimiento y gestión interna de las incapacidades temporales. Por ejemplo, citan a los trabajadores para comentar su caso, los derivan a servicios sanitarios privados que puedan acelerar su curación, contactan con la mutua para coordinar el control de casos dudosos o se reúnen con el gerente y trabajador para coordinar posibles medidas de adaptación. Como se ha visto antes, su actividad puede comportar la vulneración de la intimidad de los trabajadores, si se comunican datos médicos a personal no sanitario de la empresa<sup>79</sup>.

En cambio, los reconocimientos médicos del artículo 20.4 ET no pueden realizarlos, en principio, los servicios de prevención propios, aunque cuenten con personal sanitario, porque conforme al artículo 15.1 ET deben dedicarse exclusivamente a la actividad preventiva. Tampoco pueden practicarlos los servicios ajenos de prevención, que lo tienen prohibido<sup>80</sup>, ni lo harán las mutuas, que cuentan con una regulación propia (más efectiva) para sus facultades de control de la incapacidad temporal.

Sobre la práctica del reconocimiento médico, el Tribunal Supremo<sup>81</sup> ha determinado que su contenido o intensidad es decisión del empresario. Así, por ejemplo, puede aplicarse un cribado telefónico de los trabajadores que vayan a visitarse, pueden realizarse visitas telemáticas o puede requerirse el desplazamiento del trabajador hasta las instalaciones médicas donde se le realicen pruebas de carácter presencial. Sea como fuere, si el trabajador accede al reconocimiento, debe prestar su colaboración de buena fe con el personal sanitario, que incluso le puede requerir los antecedentes y pruebas médicas de las disponga, para facilitar su práctica<sup>82</sup>. En relación con lo anterior, un punto destacadamente débil del artículo 20.4 es que no hace referencia a la necesaria confidencialidad de los datos médicos del trabajador (como sí lo hace el artículo 22.4 LPRL), aunque esta queda indirectamente garantizada por la aplicación de la legisla-

78 Vid., la STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

79 En la relación de hechos probados recogida en la STSJ de Canarias (Las Palmas) 14 diciembre 2023 (Rº 985/2023) puede leerse una exhaustiva descripción de su actividad y, asimismo, la constatación de, a mi juicio, diversas irregularidades graves en la gestión del absentismo.

80 El artículo 17 RSP prohíbe a las entidades especializadas actuar como servicios de prevención de aquellas empresas con las que mantengan “*vinculaciones comerciales, financieras o de cualquier otro tipo, distintas a las propias de su actuación como servicio de prevención, que puedan afectar a su independencia e influir en el resultado de sus actividades*”.

81 STS 25 enero 2018 (Rº 249/2016).

82 STS 15 junio 2021 (Rº 57/2020).

ción sanitaria general<sup>83</sup>. La única información que el personal médico debe proporcionar al empresario es su criterio sobre si considera que el trabajador puede prestar o no su trabajo, en atención a la revisión de su estado de salud. El problema del artículo 20.4 ET desde la perspectiva empresarial, como se verá a continuación, es precisamente, de nuevo, que dicha información es poco útil desde un punto de vista disciplinario.

Después, dispone el artículo 20.4 ET que *"La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones"*. Es decir, aunque se trata de una facultad enmarcada en el artículo dedicado a la dirección y control de la actividad laboral, la ley contempla la posibilidad de que el trabajador rechace someterse al reconocimiento médico. Ello comporta, en primer lugar, que la negativa del trabajador no podrá derivar en la imposición de sanciones disciplinarias, porque la ley ya prevé otro tipo de consecuencias, de carácter económico, para incentivar que el empleado acceda al reconocimiento. En concreto, es claro que la empresa puede retirar al trabajador la mejora voluntaria a la prestación de Seguridad Social que se haya pactado por convenio colectivo porque se trata de una cantidad que costea íntegramente el empresario y que el trabajador percibe durante su ausencia por motivos de salud. El problema es, pues, que, si no se ha previsto este tipo de complemento potestativo a la protección social pública, el trabajador carece, en general, de motivos para acceder a la práctica del reconocimiento.

El artículo 20.4 ET termina ahí, configurando las consecuencias de la negativa del trabajador, pero guardando silencio sobre la funcionalidad del resultado del reconocimiento médico cuando este se produce y revela resultados desfavorables para el trabajador. Por tanto, aunque su propósito es detectar casos de bajas fraudulentas, no queda nada claro qué ocurre cuando el médico designado por el empresario considera que el trabajador no está verdaderamente incapacitado para trabajar, por varios motivos. Para empezar, lo único que pondrá de manifiesto esta consideración es una discrepancia entre el criterio profesional de un médico privado (pagado por el empresario) con los profesionales del sistema público de salud o de la mutua (presumiblemente objetivos, aunque puedan estar equivocados). La forma en que se presenta esta divergencia, por tanto, hace inviable la imposición de una sanción disciplinaria por vulneración de la buena fe contractual que pueda defenderse ante un tribunal con un mínimo de seguridad jurídica, a no ser que el empresario cuente con otros indicios de fraude. Lo que sí puede levantar son sospechas legítimas de que la baja es indebida que permitan activar un control conductual del artículo 20.3 ET.

Además, la incapacidad temporal continúa su curso a pesar del parecer del médico privado, por muy contundente que este pueda ser, tanto a efectos de suspensión

83 La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica dispone en su artículo 7.1 que *"Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley"*.

del contrato de trabajo, como de la obligación de seguir abonando la mejora voluntaria (si no se dispone otra cosa en el convenio colectivo) y, por supuesto, de la continuidad del proceso de Seguridad Social. En este último ámbito, aunque en la práctica es relativamente habitual que el empresario recurra a la mutua para que esta active sus propios mecanismos de control, la única opción expresamente contemplada en la ley es que pueda trasladar sus sospechas a la inspección sanitaria de los servicios públicos de salud. En concreto, la Orden de 21 de marzo de 1974, por la que se regulan determinadas funciones de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en materia de altas médicas prevé en su artículo 1 que dicha alta pueda producirse de oficio o a instancia de los servicios médicos de las empresas. Y aunque la vigencia temporal de esta Orden podría ser debatible, la regulación autonómica actual de las inspecciones de servicios sanitarios también prevé frecuentemente que estas puedan actuar en el control de la incapacidad temporal por iniciativa propia o por denuncia de un particular<sup>84</sup>. Con todo, estas denuncias, que podríamos denominar propuestas empresariales de alta, no son equiparables en efectividad a las propuestas de alta de las mutuas del artículo 82.4 LGSS, que los servicios de inspección tienen la obligación de responder de forma motivada en el plazo de 5 días.

Como se ve, el ejercicio de la facultad del artículo 20.4 ET es costosa para el empresario y muy dudosa en términos de eficacia para el control del absentismo fraudulento. Por ello, ha sido históricamente poco conocida y relativamente poco utilizada, incluso en épocas de gran prevalencia de la incapacidad temporal como es la actual. Además, no hay que olvidar que el artículo 20.4 ET se enmarca hoy en día en un contexto normativo en el que se han producido avances muy significativos en términos de garantizar la agilidad y la operatividad de los controles médicos que realizan las mutuas, la propia inspección de servicios sanitarios y la inspección médica del INSS. Dichas entidades realizan controles que sí son obligatorios para el trabajador (cuya negativa tiene efectos económicos mucho más significativos), que practican facultativos que disponen de toda la información médica del proceso y que pueden derivar directa (en el caso de las inspecciones de servicios sanitarios y del INSS) o indirectamente (en el caso de las mutuas) en un alta médica en unos plazos reglamentarios breves.

En este contexto, la única ventaja importante que presenta el control médico del artículo 20.4 ET respecto de los otros mecanismos de control de la Seguridad Social es que se produce desde la propia empresa o por un sujeto cercano a la misma. Es decir, lo aplica un médico que puede ser consciente de los requerimientos del puesto de trabajo, de los riesgos laborales presentes en la empresa, así como de las posibilidades de adaptación o oportunidades de recolocación del trabajador<sup>85</sup>. Desde este

84 Por ejemplo, la Instrucción de 1 de abril de 2019 de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad de Galicia, dispone en su punto decimosegundo que los requerimientos efectuados por las empresas sobre la adecuación de las situaciones de las bajas médicas de los trabajadores serán respondidos con la mayor diligencia posible.

85 Rodríguez Cardo, Iván Antonio (2017): *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor, p. 130.

punto de vista, sería interesante concebir el reconocimiento médico como un instrumento de orientación proactiva más que exclusivamente fiscalizadora porque brinda la oportunidad de estudiar o plantear propuestas que faciliten el retorno al trabajo del empleado enfermo. De hecho, la 'Guía de valoración de la incapacidad temporal para médicos de atención primaria' prevé que "*en determinadas ocasiones, el Médico de Trabajo de la empresa, tras valorar al trabajador y siempre que lo considere oportuno podrá formular una 'Propuesta de readaptación del puesto de trabajo' de modo que se modifiquen las condiciones del mismo para que el trabajador pueda continuar desempeñando sus tareas, de acuerdo con sus capacidades*". Esta propuesta se presentaría ante la sanidad pública y podría implicar la consideración del alta, si el paciente no ve limitadas sus capacidades para desarrollar sus tareas fundamentales. Si bien, no existe ningún reconocimiento ni regulación formal de esta posibilidad, que tampoco parece que sea realmente aplicada en la práctica, más allá de que pueda darse de manera informal en casos aislados.

#### **4. CONCLUSIONES**

Pese a que el empresario es el principal afectado por el absentismo laboral por incapacidad temporal del trabajador, existe una tendencia de nuestro ordenamiento jurídico a situarlo en una posición de ajenidad respecto de su seguimiento y control. Ello se refleja, por ejemplo, en términos formales, en que es un mero receptor de los partes de baja, confirmación y alta del trabajador, respecto de los que no puede ejercer más que una función de control pasivo. Tiene capacidad para decidir, a nivel organizativo, sobre la gestión interna de dicha información, pero no se le otorga la condición de interesado para poder incidir en dichos actos administrativos. Lo evidencia también la falta de previsión de un cauce adecuado para dar salida a los resultados del reconocimiento médico del artículo 20.4 ET, que, pese a su evidente conexión con el control de la incapacidad temporal, aparece desconectado de su regulación, más allá de las referencias indirectas y abstractas que pueda contener la reglamentación autonómica de algunas inspecciones sanitarias.

Una interpretación extensiva del nuevo derecho a la desconexión digital que pretenda su aplicación estricta durante la incapacidad temporal profundizaría todavía más en esta alienación de cualquier poder directivo del empresario respecto de las ausencias de los trabajadores. La doctrina judicial, de hecho, no descarta la vigencia de este derecho digital durante la suspensión contractual, aunque, por el momento, tampoco acoge la pretensión de que el empresario deba cortar toda comunicación con el trabajador ausente. De ser así, se agravarían los perjuicios que la desvinculación laboral tiene para el trabajador y se eliminarían los beneficios que comporta, conforme a la evidencia científica y las recomendaciones técnicas internacionales, el apoyo empresarial en el retorno del trabajador a la organización productiva.

La tendencia a mantener al empresario al margen de los procesos de incapacidad temporal de sus trabajadores se explica, por un lado, por la vocación de proteger a

los trabajadores de cualquier presión indebida para que regresen a la empresa y, por otro lado, por la necesidad de garantizar la confidencialidad de sus datos médicos. De que dicha protección es más que necesaria se ha dado cuenta en este trabajo con supuestos probados y muy desafortunados, en especial en lo que concierne a los llamados servicios médicos de empresa. Los riesgos que entraña su actividad para la intimidad de los trabajadores, a la que no se aplican las garantías laborales que protegen al personal de servicios de prevención internos, tal vez merecería una vigilancia más estrecha por parte de la Inspección de Trabajo.

No obstante, adoptando las cautelas necesarias para afrontar dichos riesgos, cabe pensar que existe la posibilidad de articular otras formas de involucrar al empresario en la gestión de las incapacidades temporales, igual de garantistas, pero basadas en una mayor confianza, que sirvan para potenciar los beneficios que su intervención puede tener, en términos organizativos y de favorecimiento del retorno al trabajo. Por ejemplo, la regulación, a través de la negociación colectiva de un procedimiento como el que se prevé en la Nota Técnica de Prevención 1116 del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo sobre mantenimiento y vuelta al trabajo, delimitaría la naturaleza del contacto que el empresario puede establecer con los trabajadores, su temporalización, la designación de los sujetos responsables, su funcionalidad, etc. Ello aseguraría que una actuación transparente y previsible para el trabajador, basada en la voluntariedad.

En cuanto a los mecanismos de control del fraude con los que cuenta el empresario, la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial se están mostrando generalmente permisivas con la vigilancia extralaboral de los trabajadores a través de detectives privados y de la obtención de datos personales de redes sociales. En mi opinión, incluso excesivamente permisivas en lo que se refiere a la contratación de detectives sin la existencia previa de sospechas de infracción o en la obtención de datos personales publicados en internet por terceras personas. Si bien, ello no implica necesariamente que tales mecanismos de control vayan a poder ser más útiles o efectivos. Así, de un lado, la noción social y jurídica de las actividades que un trabajador de baja puede desarrollar en el marco de su vida privada se ha ampliado considerablemente en las últimas décadas. Por tanto, tener la capacidad de demostrar una infracción de la buena fe contractual es más difícil y depende de una variable que es generalmente desconocida para el empresario, como es el diagnóstico médico del trabajador.

El reconocimiento médico del artículo 20.4 ET, por último, adolece todavía de mayores problemas a la hora de conducir a la sanción disciplinaria de las infracciones que se puedan detectar, hasta el punto de que resulta muy optimista calificarlo como mecanismo de control del fraude. En este sentido, su valoración no resiste la comparación con los reconocimientos de control que ejercen las entidades gestoras y colaboradoras con la gestión de la incapacidad temporal. Sin embargo, presenta la ventaja de permitir la participación empresarial en el transcurso de la ausencia laboral y, desde esta perspectiva, puede ser útil para realizar propuestas de adaptación que faciliten el retorno al trabajo, de nuevo, en el marco de un procedimiento previamente pactado con los representantes de los trabajadores.

# Las mejoras voluntarias de la prestación por incapacidad temporal en la negociación colectiva

**Faustino Cavas Martínez**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia

## Voluntary improvements to temporary disability benefits in collective bargaining

### **SUMARIO:**

I. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: REGULACIÓN, CONCEPTO Y CARÁCTERES. II. La negociación colectiva como instrumento clave para la gestión del absentismo. III. EL COMPLEMENTO ECONÓMICO DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. 1. Introducción. 2. Contingencias cubiertas por complemento. 3. Alcance de la mejora. 4. Duración de la mejora. 5. Interrupción del derecho a la mejora voluntaria. 6. Revisión de la cuantía de las mejoras voluntarias. IV. VALORACIÓN FINAL. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

**RESUMEN:** Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social implantadas por la iniciativa privada, a las que se ha dado en llamar Seguridad Social complementaria, tienen como finalidad incrementar el nivel de cobertura de las prestaciones de la Seguridad Social básica o pública. Una mejora voluntaria habitual en nuestra negociación colectiva ha sido (y es) el establecimiento de complementos económicos al subsidio público de incapacidad temporal. El propósito de este ensayo es realizar un diagnóstico certero sobre la dimensión de este fenómeno a partir del análisis directo de los textos convencionales, así como explicar en qué medida la regulación convencional de las mejoras voluntarias de las prestaciones de incapacidad temporal puede contribuir a controlar y reducir el absentismo, considerado como uno de los problemas más graves de nuestro mercado de trabajo.

**Palabras clave:** seguridad social complementaria, incapacidad temporal, negociación colectiva, absentismo laboral.

**ABSTRACT:** The voluntary Social Security enhancements implemented by private-sector initiative, commonly referred to as supplementary Social Security, are intended to increase the level of coverage provided by the basic or public Social Security system. A common voluntary enhancement in our collective bargaining practice has been (and continues to be) the establishment of financial supplements to the public temporary disability benefit. The purpose of this essay is to provide an accurate assessment of the scope of this phenomenon through direct analysis of collective agreement texts, as well as to explain the extent to which collectively bargained regulation of voluntary supplements to temporary disability benefits can help control and reduce absenteeism, regarded as one of the most serious problems in our labor market.

**Keywords:** supplementary social security, collective bargaining, temporary disability, workplace absenteeism

## I. LAS MEJORAS VOLUNTARIAS DE LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL: REGULACIÓN, CONCEPTO Y CARACTERES

Las mejoras voluntarias de las prestaciones de Seguridad Social tienen su fundamento en el art. 41 CE, cuando declara, después de mandatar a los poderes públicos para que garanticen el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que «la asistencia y prestaciones complementarias serán libres», correspondiendo la decisión de su implantación a la autonomía privada. La iniciativa privada no puede disponer ni proceder a la sustitución de lo establecido en la legislación de Seguridad Social; únicamente puede actuar como instrumento complementario de protección, dando lugar a lo que se conoce como «previsión social voluntaria».

A este respecto, el art. 43.1 de la LGSS<sup>1</sup> contempla la posibilidad de que la acción protectora del sistema en su modalidad contributiva sea objeto de mejora voluntaria en las condiciones legal y reglamentariamente previstas, tanto en el régimen general como en los regímenes especiales.

Las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social se encuentran reguladas, para el Régimen General, en los arts. 238 a 241 de la LGSS y en la OM de 28 de diciembre de 1966<sup>2</sup>, parcialmente modificada por las OOMM de 24 de enero de 1967, 25 de marzo de 1969 y 16 de marzo de 1970. Los regímenes especiales que

1 Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2025, de 30 de octubre.

2 Orden de 28 de diciembre de 1966 por la que se regulan las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.

encuadran a trabajadores por cuenta ajena (regímenes especiales de los trabajadores del mar y de la minería del carbón) remiten a estas disposiciones del Régimen General para el eventual establecimiento de mejoras voluntarias.

Las normas reguladoras no proporcionan expresamente un concepto de mejora voluntaria, pero de las mismas se desprende que pueden definirse como obligaciones asumidas por el empresario, unilateralmente o como resultado de una negociación individual o colectiva, con el propósito de complementar la protección básica y obligatoria dispensada por el sistema de Seguridad Social<sup>3</sup>.

Las fuentes reguladoras de tales mejoras, además de estos preceptos y las disposiciones reglamentarias que los desarrollan, son los pactos o reglas que las han creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario. La jurisprudencia ha precisado que las condiciones, requisitos y elementos que configuran a cada mejora son los que se expresan y determinan en el convenio o acto que la crea o constituye<sup>4</sup>, por lo que, «para saber cuáles son la estructura y caracteres de una mejora prestacional concreta es preciso acudir, en primer lugar, a esos pactos, convenios o pautas que la han establecido o instaurado»<sup>5</sup>.

Las mejoras voluntarias están sujetas, como su propia denominación sugiere, a la voluntariedad en orden a su establecimiento, mientras que su reconocimiento y eventual modificación y supresión estarán condicionados por el tipo de acto o acuerdo que las ha creado. En este sentido, las mejoras constituidas por el empresario conforman una condición más beneficiosa incorporada a los contratos de trabajo, no siendo susceptibles de supresión o modificación unilateral, salvo que se utilice para ello el procedimiento de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Si su fuente de creación es el convenio colectivo, tendrán el carácter de condiciones normativas, no siendo susceptibles de modificación a través del procedimiento regulado en el art. 41 ET, pero sí podrán ser objeto de descuelgue convencional en aplicación del art. 82.3 ET.

Además, la voluntariedad determina, en todo caso, el carácter privado de su financiación y, en muy buena medida, condiciona su forma de gestión.

En la actualidad, dos son las clases o modalidades de mejoras de la acción protectora contempladas en la legislación de Seguridad Social: la mejora directa de

3 Cfr. Ramos Quintana, Margarita Isabel (1994): «Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: la mejora directa de prestaciones», *Derecho y Salud*, Vol. 2, Enero-Diciembre 1994, 31-37; Gala Durán, Carolina (1999): *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad social*, Barcelona, J.M. Bosch; Roqueta Buj, Remedios (2010): *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Valencia, Tirant lo Blanch; Valdés Dal-Ré, Fernando (2000): «Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate», *Relaciones Laborales*, 1, 37-50.

4 SSTS 20 noviembre 2003 (Rº 3238/2003), 19 enero 2004 (Rº 2807/2002), 28 abril 2004 (Rº 2346/2003); 21 diciembre 2004 (Rº 549/2004) y 23 septiembre 2009 (Rº 2248/2008).

5 STS 20 marzo 1997 (Rº 2730/1996).

prestaciones (complementos de pensiones y subsidios, premios e indemnizaciones) y el establecimiento de tipos de cotización adicionales (art. 238.1 LGSS, art. 1.2 OM 28 diciembre 1996). Las mejoras directas son la modalidad habitualmente utilizada para mejorar voluntariamente las prestaciones públicas de Seguridad Social, debido a su generalización a través de la negociación colectiva, la supresión de la mejora de bases y la escasa utilización de los tipos de cotización adicionales.

Las mejoras voluntarias tienen los caracteres atribuidos a las prestaciones básicas de la Seguridad Social y, una vez establecidas, se entenderá que forman parte, a todos los efectos, de la acción protectora de la Seguridad Social (art. 1.3 OM 28 diciembre 1966). Con todo, esta afirmación general debe ser objeto de importantes matizaciones, porque, como tiene dicho la jurisprudencia, «aun cuando estas mejoras estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones propias de ésta, no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social»<sup>6</sup>. Así sucede con las que determinan el periodo de carencia exigible, el importe de la prestación, la entidad obligada al pago, etc<sup>7</sup>.

Así, la expresión «caracteres» remite a los previstos en el art. 44 de la LGSS (para todo el sistema) y en el art. 162 de la LGSS (para el RGSS), a sabiendas de que dichos preceptos más que caracteres, en el sentido estricto del término, contemplan garantías para que las prestaciones sean efectivamente percibidas, y en determinada cuantía, por sus beneficiarios: prohibición de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento; embargabilidad conforme a lo establecido en la LEC; tributación conforme a las normas reguladoras de cada impuesto; exención de tasas fiscales en las informaciones y certificaciones administrativas.

Aunque las mejoras voluntarias se consideren integradas en la acción protectora de la Seguridad Social, su régimen jurídico no es el previsto en todo caso para las prestaciones del sistema a las que complementan, sino en las disposiciones, pactos o acuerdos que las hubieran implantado y, solo en lo no expresamente previsto, se acudirá a las normas del sistema.

En este sentido, la jurisprudencia ha declarado no aplicables a las mejoras voluntarias, salvo que la disposición o acuerdo que las establece disponga expresamente lo contrario, las reglas relativas a los requisitos para causar derecho a las prestaciones y a la determinación de la cuantía de las mismas, como la base reguladora y el porcentaje<sup>8</sup>. Tampoco son aplicables a las mejoras voluntarias de Seguridad Social el recargo de prestaciones<sup>9</sup>, ni las reglas sobre incompatibilidad de pensiones cuando coinciden en un misma persona beneficiaria conforme al art. 163 LGSS (1994)<sup>10</sup>,

6 STS 20 marzo 1997 (Rº 2730/1996).

7 STS 20 noviembre 2003 (Rº 3238/2003).

8 STS 20 marzo 1997 (Rº 2730/1996).

9 STS 20 marzo 1997 (Rº 2730/1996).

10 STS 27 enero 1996 (Rº 1732/1995).

ni las reglas sobre procedimiento y reintegro de prestaciones indebidamente percibidas<sup>11</sup>, ni la responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras de la Seguridad Social en el pago de la mejora, en caso de insolvencia o desaparición del empresario, excepto cuando su gestión se hubiese concertado con la Seguridad Social, o cuando se trate de mejoras distintas de las directas como aumentos de bases y de tipos de cotización<sup>12</sup>, ni la responsabilidad solidaria de la empresa principal en caso de contratas y subcontratas<sup>13</sup>. Además, en caso de concurso de acreedores, las prestaciones mejoradas no tienen el carácter de créditos privilegiados, ni se pueden beneficiar del régimen establecido en el art. 32 ET.

En cambio, sí son aplicables a las mejoras voluntarias, con fundamento en que siguen la misma suerte que las prestaciones básicas a las que complementan, las reglas sobre el plazo de prescripción de cinco años para reclamar los derechos inherentes a las mismas<sup>14</sup>, así como el plazo máximo de retroactividad de tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, para la reclamación de diferencias entre la mejora voluntaria abonada y la que realmente correspondía percibir al trabajador<sup>15</sup>. Asimismo, y a falta de una definición precisa en la disposición o acuerdo de concesión de la mejora, se aplicarán los conceptos de la LGSS en relación con los riesgos y las contingencias aseguradas<sup>16</sup>. Pero si el convenio prevé claramente que solo cubre el riesgo de accidente, a ello ha de estarse, excluyéndose las enfermedades<sup>17</sup>. Si la póliza protege frente al «accidente», no implica que se excluyan los accidentes no laborales<sup>18</sup>. También serán tenidos en cuenta los grados de incapacidad permanente establecidos en la LGSS, que prevalecen sobre los establecidos en la póliza de seguros<sup>19</sup>. Sin embargo, la póliza de seguro concertada como mejora voluntaria puede operar sobre grados de incapacidad que no sean coincidentes con los propios de la Seguridad Social<sup>20</sup>.

Las mejoras de las prestaciones por IT concedidas por las empresas no se computarán en la base de cotización [art. 147.2.d) LGSS].

El Tribunal Supremo ha resuelto que el principio de equiparación contenido en el art. 11.1 de la Ley 14/1994 determina que las personas trabajadoras cedidas por una ETT tienen derecho, en las situaciones de IT, a la mejora voluntaria establecida en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria para la que han prestado servicios en el marco de un contrato de puesta a disposición<sup>21</sup>.

11 STS 3 octubre 1997 (Rº 4674/1996).

12 SSTS 19 julio 1988, 13 febrero 1997 (Rº 1301/1996) y 8 abril 1997 (Rº 2146/1996).

13 SSTS 19 mayo 1998 (Rº 3797/1997) y 14 febrero 2000 (Rº 181/1999).

14 STS 26 abril 2007 (Rº 1373/2006).

15 SSTS 29 enero 2024 (Rº 3467/2021), 23 febrero 2024 (Rº 487/2022), 8 mayo 2024 (Rº 374/2022), 5 febrero 2025 (Rº 4445/2022), 6 febrero 2025 (Rº 5047/2022) y 16 julio 2025 (Rº 2336/2024).

16 STS 11 abril 1995.

17 SSTS 22 julio 1992 (Rº 1451/1991) y 17 mayo 1993 (Rº 2011/1992).

18 STS 20 junio 2007 (Rº 964/2006).

19 STS 8 abril 1995 (Rº 2769/1994).

20 STS 10 julio 1995 (Rº 2739/1994), 22 julio 2002 (Rº 1276/2001) y 24 septiembre 2002 (Rº 3436/2001).

21 STS 27 mayo 2025 (Rº 673/2023).

## II. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO CLAVE PARA LA GESTIÓN DEL ABSENTISMO

el absentismo laboral se ha convertido en uno de los temas más debatidos en las últimas décadas, por su impacto en la productividad y el creciente gasto que representa para las empresas, las mutuas y la Seguridad Social.

Según el último informe trimestral sobre absentismo laboral de Randstad Research, el nivel de absentismo en España alcanzó el 7% de las horas pactadas en el segundo trimestre de 2025, lo que equivale a 1.558.809 personas que cada día no acudieron a su puesto de trabajo, de las cuales 1.224.778 se encontraban en baja médica, mayoritariamente por enfermedad común. El absentismo por IT se ha duplicado desde 2013 y mantiene una tendencia al alza ininterrumpida desde 2019.

Este aumento del absentismo no puede imputarse a una sola causa, ya que responde a una combinación de factores estructurales, sanitarios y organizativos, entre ellos: la mala calidad del empleo, la desmotivación de las personas trabajadoras, las dificultades para conciliar la vida laboral, personal y familiar, el envejecimiento de la población laboral, o las largas listas de espera en la sanidad pública. Sin dudar de la necesidad de controlar la cobertura formal de las bajas por enfermedad, para evitar abusos, no debería criminalizarse a las personas trabajadoras ni poner bajo sospecha el criterio médico, pues hay ausencias indispensables para la preservación y recuperación de la salud<sup>22</sup>.

El absentismo es un concepto controvertido, pues lo que para unos representa un incumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, para otros no es sino la consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho (permisos retribuidos, baja por IT). En este sentido, resulta obligado diferenciar, dentro de la categoría general de absentismo, dos tipos o clases: el absentismo justificado, que deriva de ausencias al puesto de trabajo por circunstancias que poseen una cobertura legal o convencional, y el absentismo injustificado, comprensivo de las ausencias al trabajo sin un motivo válido o suficientemente justificado. Uno y otro no pueden merecer la misma valoración ni recibir el mismo tratamiento. Y si bien no puede desconocerse que siempre han existido y existirán situaciones de fraude, también es justo señalar que la mayor parte de las ausencias al puesto de trabajo cuentan con un motivo que las legitima.

Si aceptamos que son múltiples las circunstancias y situaciones que se encuadran en el concepto de absentismo, ha de convenirse igualmente que a la hora de buscar soluciones las medidas han de ser necesariamente diferentes e implementarse en distintos ámbitos, algunos de los cuales no podrán ser gestionados directamente por las empresas ni por los agentes sociales, por depender su implementación de decisiones institucionales.

22 Igartua Miró, María Teresa (2025): «El absentismo laboral: prevención y control», *Documentación Laboral*, 134, 66.

Aun así, la negociación colectiva ha sido, y es en la actualidad, un mecanismo habitual para regular cuestiones relativas al absentismo, aunque con diferentes realidades justificadas por diferentes motivos<sup>23</sup>. El diálogo social ha prestado atención a esta materia, tratando de incentivar su regulación a través de los convenios colectivos por medio de sus recomendaciones<sup>24</sup>.

Así, el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007<sup>25</sup> manifestó su preocupación por el absentismo injustificado que conlleva «una pérdida de productividad e incide de manera negativa en los costes laborales, perjudicando con ello la competitividad de las empresas y la posibilidad de mejorar los niveles de empleo y renta de los trabajadores». También señalaba que «cualquier solución requiere de un acertado diagnóstico compartido, así como el desarrollo de metodologías sencillas y adecuadas a la realidad». A tal efecto, los convenios colectivos deberían identificar las causas del absentismo y sus efectos, cuantificar su dimensión, así como analizar la situación y su evolución en cada ámbito; establecer criterios para la reducción del absentismo injustificado, definir mecanismos de seguimiento y de información a los representantes de los trabajadores y, en su caso, medidas correctoras y de control, posibilitando planes concretos a nivel de empresa de acuerdo con sus circunstancias, y la difusión de información sobre la situación existente y las medidas adoptadas.

En segundo lugar, en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para los años 2015, 2016 y 2017 (III AENC)<sup>26</sup>, se insta a que en el ámbito de los convenios colectivos se impulsen medidas para mejorar la gestión y control de la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (ITCC), así como incluir criterios dirigidos a reducir los índices de absentismo en la empresa, racionalizando el establecimiento de complementos de la prestación pública por ITCC, vinculándolo al fin anteriormente citado. Asimismo, en términos similares a los recogidos en el AENC 2007, se establece que los convenios colectivos deberían analizar las causas del absentismo injustificado y establecer criterios para reducirlo, definir mecanismos de seguimiento y evaluación con la representación de los trabajadores y, en su caso, medidas correctoras y de control.

Finalmente, en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2023-2025)<sup>27</sup> no se trata el absentismo desde un punto de vista general, y solo se incorpora

23 García Ninet, Juan Ignacio (2016): «El absentismo y su escaso intento de control en la negociación colectiva española 2014-2016», en VV.AA., *La incapacidad temporal en el trabajo: régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo*, Barcelona, Atelier, 108.

24 García Viña, Jordi (2025): *El absentismo laboral y su gestión por medio de la negociación colectiva. Con especial incidencia en la incapacidad temporal y en la enfermedad mental*, Madrid, Aranzadi La Ley, 149.

25 Suscrito en Madrid, el 6 de febrero de 2007, entre las organizaciones CEOE, CEPYME, UGT y CCOO.

26 Publicado en el BOE el 20 de junio de 2025, suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT.

27 V AENC, suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT con fecha 10 de mayo de 2023 y publicado en el BOE de 31 de mayo de 2023.

un Capítulo VII con el título «Incapacidad temporal derivada de contingencias comunes», donde se exhorta a la negociación colectiva a:

«Establecer procedimientos y ámbitos paritarios de análisis de la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el estudio de las causas, la incidencia y duración de los procesos.

*Fijar líneas de actuación que como consecuencia reduzcan el número de procesos y su duración, así como el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones.*

*Igualmente, las Organizaciones firmantes de este Acuerdo consideramos que el aprovechamiento de los recursos de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social contribuye al objetivo de mejorar los tiempos de espera, la atención sanitaria de las personas trabajadoras y la recuperación de su salud, así como a reducir la lista de espera en el Sistema público.*

*Al objeto de cumplir esta finalidad, las Organizaciones signatarias instamos a las administraciones con competencias en la materia a desarrollar convenios con dichas Mutuas, encaminados a realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores en procesos de IT por contingencias comunes de origen traumatólgico. Todo ello se llevará a cabo con respeto de las garantías de intimidad, sigilo, confidencialidad, consentimiento informado y coordinación con el profesional sanitario del Sistema público de salud.*

*Asimismo, instamos a que se activen ámbitos tripartitos nacionales y autonómicos para:*

*Analizar la incapacidad temporal por contingencias comunes, que incluya el seguimiento de las causas, la incidencia y duración de los procesos.*

*Estudiar el impacto que la respuesta del Sistema Nacional de Salud, en cada uno de los ámbitos, tiene en los procesos de IT.*

*Establecer líneas de actuación dirigidas a proteger la salud de las personas trabajadoras y así reducir el número de procesos y su duración, incluido el seguimiento y evaluación de dichas actuaciones.»*

Desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, según fuentes oficiales<sup>28</sup>, el 30,19% de los convenios firmados en 2024 incluían cláusulas salariales relacionadas directa o indirectamente con el absentismo.

Si se amplía el concepto de absentismo a todas aquellas cláusulas reguladas en los convenios colectivos, especialmente respecto a los denominados complementos a las prestaciones sociales, se pueden observar los siguientes datos:

28 Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo. Datos 2024.

<b>Complementos retributivos en temas de prestación social 2024</b>		
	Convenios de empresa	Convenios supraempresariales
Complementos retributivos sobre algún tipo de prestación social	87,74%	85,31%
Complemento a la enfermedad común	77,50%	74,06%
Complemento al accidente de trabajo y enfermedad profesional	81,14%	85,00%
Otras	22,22%	21,25%

De estos complementos, el más frecuente en la negociación colectiva es el referido a la prestación de incapacidad temporal.

En cuanto a la serie de datos de años anteriores, respecto a las cláusulas contenidas en los convenios colectivos que establecen complementos económicos referidos a contingencias comunes o profesionales, la evolución demuestra que los porcentajes se mantienen de manera similar, siendo mayor la cobertura, tanto en número de convenios como de trabajadores afectados, en los casos de accidentes de trabajo y/o enfermedad profesional<sup>29</sup>. Esto probablemente obedezca a la mayor conexión de las contingencias profesionales con el ámbito del trabajo y a la mayor dificultad para la perpetración de fraudes, lo que proporciona una mayor confianza en orden a su reconocimiento.

### **III. EL COMPLEMENTO ECONÓMICO DE LA PRESTACIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

#### **1. Introducción**

Según lo dispuesto en el art. 171 de la LGSS, la prestación por incapacidad temporal (IT) consistirá en un subsidio equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora. Tanto dicho porcentaje (60% o 75%) como el importe de la base reguladora dependen del origen común o profesional de la contingencia causante.

Esta prestación básica puede ser complementada por la empresa hasta alcanzar el total importe o un porcentaje de la retribución que la persona trabajadora percibía en

29 García Viña, Jordi y Barceló Fernández, Jesús (2024): «Mejoras voluntarias de Seguridad Social de la prestación de incapacidad temporal en la negociación colectiva», en Monereo Pérez, José Luis y Moreno Romero, Francisca (dirs. y coords.): *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Tomo I. Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza*, Murcia, Laborum, 511.

activo, durante todo el período de IT o hasta una duración predeterminada. Habitualmente es la negociación colectiva la que constituye y concreta los términos del reconocimiento y disfrute de esta mejora voluntaria, si bien nada impide su establecimiento por contrato de trabajo, acuerdo de empresa o por concesión unilateral de esta.

En la complementación de las prestaciones de Seguridad Social, y particularmente del subsidio por IT, confluyen no solo razones pecuniarias sino también socio-laborales, de manera que cabe cuestionarse, en primer término, la conveniencia o no de reconocer esos complementos (criticados en algunos círculos por entender que contribuyen a fomentar el absentismo laboral); las contingencias, en su caso, que se complementan; así como las condiciones, duración y características de la mejora prestacional de la IT<sup>30</sup>.

Para realizar un diagnóstico certero sobre la dimensión de este fenómeno y explicar en qué medida la regulación convencional de las mejoras voluntarias de las prestaciones de IT puede contribuir, o lo está haciendo ya, a controlar y reducir el absentismo, en este estudio se ha optado por consultar una muestra amplia de convenios colectivos, que abarca la totalidad de los convenios colectivos, de sector y de empresa, publicados en el BOE entre el 1 de enero de 2022 y el 30 de septiembre de 2025. No obstante, por imperativo de la limitación de espacio a la que debe sujetarse esta contribución, las citas que se hacen de los convenios no revisten carácter exhaustivo sino ejemplificativo.

## 2. Contingencias cubiertas por el complemento

Como es sobradamente conocido, la situación de IT protegida por el sistema de Seguridad Social puede tener su origen en una contingencia profesional (accidente de trabajo, enfermedad profesional) o en una contingencia común (accidente no laboral, enfermedad común).

Son frecuentes las mejoras complementarias de convenios colectivos que se refieren a las mismas contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social, consistentes en que se perciba por las personas trabajadoras la diferencia existente entre la prestación económica por IT de la Seguridad Social y el cien por cien de la retribución que obtenían antes de la baja médica<sup>31</sup>.

El análisis de las cláusulas convencionales permite concluir que la mayoría de los convenios colectivos contempla mejoras voluntarias de la prestación por IT, cualquiera que sea la contingencia causante<sup>32</sup>, si bien encontramos algunos acuerdos

30 Lafuente Suárez, José Luis (2021): *Los complementos a las prestaciones económicas de incapacidad temporal y el control del absentismo*, Albacete, Bomarzo, 19.

31 Pazos Pérez, Alexandre (2023): «Capítulo 4. Mejoras de IT y de IP», en Cabeza Pereiro, Jaime (coord.): *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 156.

32 Entre muchos, CC sectorial estatal de marcas de restauración moderna (BOE 8 diciembre 2022), art. 24; CC estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (BOE

que limitan el disfrute del complemento a los supuestos de accidente de trabajo y enfermedad profesional<sup>33</sup>, o, en caso de enfermedad común, únicamente activan el derecho al complemento cuando la persona trabajadora precisa hospitalización<sup>34</sup>, o cuando se trate de una enfermedad grave<sup>35</sup>, aunque no requiera hospitalización<sup>36</sup>. En algún convenio solo se contempla el abono del complemento de la prestación en caso de «enfermedad»<sup>37</sup>, si bien no parece que la voluntad de los sujetos negociadores haya sido la de excluir la mejora voluntaria en caso de accidente.

Es habitual que los convenios colectivos dispensen un trato más favorable a las contingencias profesionales que a las comunes (superior importe, mayor duración...). En el caso de las contingencias comunes, es frecuente mejorar el complemento durante los períodos de hospitalización<sup>38</sup>.

La jurisprudencia ha precisado que cuando el convenio colectivo prevé complementar la prestación en caso de accidente de trabajo u hospitalización (sin determinar la contingencia), se entiende que la hospitalización abarca todo tipo de contingencias<sup>39</sup>.

Ahora bien, no siempre será necesario que la persona trabajadora tenga derecho a recibir la prestación de la Seguridad Social para devengar el complemento o la mejora establecida en el convenio colectivo. Puede ocurrir que no tenga derecho al subsidio, p. ej., por no haber cotizado al menos 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, siendo este una enfermedad común. Si el convenio colectivo establece, por ejemplo, que el trabajador tendrá derecho al 100% de la base de cotización durante la baja médica, sin ninguna otra precisión, no sería exigible el

6 agosto 2025), art. 39 ; Convenio Colectivo de Siniifo Instalaciones de Comunicaciones, S.L. (BOE 11 abril 2022), art. 23; CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 28 febrero 2024), art. 69; CC de Babé y Cía. SL (BOE 1 febrero 2024), art. 21; CC sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 1 junio 2024), art. 31; CC de Alvatel Telecom, SA (BOE 6 abril 2024), art.41; CC interprovincial para GTS Transportation Spain, SAU, 2024-2025 (BOE 27 mayo 2025), art. 30; VIII CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE 2 agosto 2025), art. 40; CC estatal de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 19 agosto 2025), art. 28;

33 CC estatal para las industrias de curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (BOE 22 marzo 2023), art. 56; V CC del Grupo Rodilla (BOE 7 diciembre 2023), art. 28; CC estatal para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (BOE 22 octubre 2024), art. 30.

34 XVII CC estatal de la ONCE y su personal (BOE 8 diciembre 2022), art. 80; CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 13 octubre 2023), art. 8.6; VII CC general del sector de la construcción (BOE 23 septiembre 2023), art. 70; IX CC estatal del corcho (BOE 7 septiembre 2023), art. 57; CC nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines (BOE 26 enero 2023), art. 50; CC estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE 13 octubre 2023), art. 8.6.

35 III CC de Eltec It Services, SLU (BOE 7 marzo 2024), art. 40; CC estatal de estaciones de servicio (BOE 10 marzo 2023), art. 59.

36 XXV CC estatal de oficinas de farmacia (BOE 28 diciembre 2022), art. 47; CC estatal de estaciones de servicio (BOE 10 marzo 2023), art.59.

37 XXV CC del sector de la banca (BOE 1 enero 2025), art. 43.

38 P. ej., en el II CC de Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 24 mayo 2023), art. 40.

39 STS 30 abril 2012 (Rº 67/2010).

devengo de la prestación de Seguridad Social para obtener dicha mejora. De hecho, algún convenio contempla expresamente esta situación, rebajando la cuantía del complemento<sup>40</sup>.

### 3. Alcance de la mejora

Examinadas las diferentes cláusulas convencionales complementarias de prestaciones de IT, se observa una gran variedad en las expresiones utilizadas por los convenios colectivos para concretar el contenido de la mejora voluntaria, y más específicamente para determinar la magnitud sobre la que opera el complemento que debe satisfacer la empresa. En otras palabras, la cuestión es llegar a determinar correctamente la definición y la cuantía a percibir por la persona trabajadora en situación de IT, que vendrá dada por la adición a la prestación económica de Seguridad Social del suplemento directamente abonado por la empresa, de manera que la enfermedad o el accidente no supongan una disminución de los ingresos habituales del trabajador o, al menos, lo sean en la cuantía y con los límites que las partes social y económica interviniéntes en la negociación concreten y pacten en el texto del convenio<sup>41</sup>.

En algunos convenios se complementa la prestación establecida por la Seguridad Social hasta alcanzar el salario que hubiera correspondido al trabajador en alta. Las expresiones utilizadas son muy diversas: «salario»<sup>42</sup>, «salario real»<sup>43</sup>, «sueldo real»<sup>44</sup>, «salario base de grupo»<sup>45</sup>, «salario base personal»<sup>46</sup>, «salario ordinario»<sup>47</sup>, «salario de convenio»<sup>48</sup>, «salario fijo»<sup>49</sup> ..., con significados muy diversos, que condicionan el alcance real de la mejora pactada y constituyen fuente de abundantes conflictos interpretativos<sup>50</sup>.

40 CC de empresas de mediación de seguros privados (BOE 15 noviembre 2023), art. 64: «Si el personal afectado no tuviera derecho a la prestación económica por incapacidad temporal la empresa abonará el 50% de la retribución antes señalada».

41 Lafuente Suárez, José Luis (2021): *Los complementos a las prestaciones económicas de incapacidad temporal...*, cit., 28 y 29.

42 VIII CC colectivo estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y prefabricados (BOE 28 febrero 2024), art. 69; CC del grupo Generali España (BOE 18 noviembre 2022), art. 32.

43 CC de la industria metalúrgica y de fabricación de envases metálicos (BOE 29 agosto 2025), art. 28; CC de restauración colectiva (BOE 14 diciembre 2022), art. 37; XXIII CC de contratas ferroviarias (BOE 28 junio 2022), art. 54, en el sector de desinfección.

44 CC de Repsol Butano, SA (BOE 7 abril 2023), art. 78.

45 CC del sector de grandes almacenes (BOE 9 junio 2023), art. 50.

46 VIII CC sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 1 junio 2024), art. 31.

47 CC de la industria azucarera (BOE 21 marzo 2022), art. 35.

48 CC de restauración colectiva (BOE 14 diciembre 2022), art. 37, que utiliza el término salario de convenio para la segunda y ulteriores bajas por enfermedad común y accidente no laboral, mientras que se complementará hasta el 100% del salario real en la primera baja por contingencia común y en cualquier baja por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

49 CC de Siemens Energy, SDA (BOE 27 mayo 2024), art. 24.

50 Por ejemplo, va mucha diferencia entre complementar el 100 por 100 del salario real del trabajador a complementar tan solo el 100 por 100 de su salario base (excluidos complementos salariales).

En otras cláusulas convencionales se dispone que se complementará la prestación hasta llegar al importe de: la «retribución fija»<sup>51</sup>, la «retribución real»<sup>52</sup>, las «percepciones fijas»<sup>53</sup>, o la «retribución total»<sup>54</sup>, lo que hace surgir la duda acerca de qué se entiende por retribución y si en dicho concepto se integran solo las percepciones salariales o también las extrasalariales (pluses, indemnizaciones o suplidos). La cuestión es más clara cuando el convenio establece que se complementará el salario total, exceptuando pluses como el de transporte, el plus de distancia o la ayuda de comida<sup>55</sup>.

Un tercer grupo es el de aquellas cláusulas convencionales que complementan la prestación económica para permitir a la persona trabajadora alcanzar la cuantía de la base de cotización del mes anterior al inicio de la IT<sup>56</sup> o la de la base reguladora de la prestación<sup>57</sup>.

Encontramos un cuarto grupo de cláusulas en los convenios que enumeran exhaustivamente los conceptos a complementar<sup>58</sup>.

51 XXV CC de Nokia Spain, SA (BOE de 16 diciembre 2022), art. 40; CC de Telefónica Cybersecurity & Cloud Tech, SL (BOE 8 noviembre 2023), art. 27.

52 CC para las cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2024-2026 (BOE 6 junio 2024), art. 65.

53 CC de Ediciones Reunidas, SAU (BOE 5 diciembre 2023), art. 49.

54 XXIII CC nacional de autoescuelas (BOE 4 abril 2022), art. 38; XXV CC estatal de oficinas de farmacia (BOE 28 diciembre 2022), art. 47; CC de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE 7 junio 2024), art. 35.

55 CC de empresas vinculadas Bolsas y Mercados Españoles (BOE 27 agosto 2024), art. 52.

56 CC de Alvatel Telecom, SA (BOE 6 abril 2024), art. 41; III CC estatal del sector de fabricante de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 28 febrero 2024), art. 60, excluyéndose de la base de cotización la parte de las horas extraordinarias y el prorratao de las pagas extraordinarias, que se percibirán íntegras en la fecha de su devengo; CC estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE 14 diciembre 2022), art. 51; CC de acción e intervención social 2022-2024 (BOE 28 octubre 2022), art. 52; CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE 28 abril 2022), art. 38; CC estatal del sector de Agencias de Viajes 8BOE 2 septiembre 2023), art. 48

57 VII CC de industrias de ferralla 2023-2024 (BOE 16 febrero 2024), art. 64.

58 Ejemplos de lo anterior son: el III CC de Eltec It Services, SLU (BOE 7 marzo 2024), art. 40, donde se dispone que «la Empresa complementará desde el primer día de la prestación económica por accidente de trabajo, enfermedad profesional o enfermedad grave hasta el 100% de la suma de los conceptos: Salario base, plus de convenio, Complemento aplicación base, Complemento Personal y Complemento de antigüedad»; el IV CC de Cash Converters, S.L., y sociedades vinculadas (BOE 26 diciembre 2022), art. 49, donde se considera salario a efectos del complemento por IT «las retribuciones de salario base de grupo, pagas extraordinarias y cualquier complemento *ad personam*»; el CC de General Óptica, SA (BOE 22 febrero 2023), art. 36, donde se estable, para las situaciones de IT derivada de enfermedad común o accidente no laboral, que «la empresa completará, en su caso, las percepciones por prestación de la Seguridad Social, hasta alcanzar el 100% de la retribución de los siguientes conceptos: salario base, complemento salarial personal, incentivo a cuenta, complemento tienda e incentivos consolidados y que la persona trabajadora tenga acreditados en ese momento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del presente convenio»; o el CC de Uniprex, SAU (BOE 30 octubre 2023), art. 24, que para el caso de enfermedad o accidente dispone el abono de una cantidad que, sumada a la prestación de la Seguridad Social, resulte equivalente al 100% de la cantidad constituida por su «salario funcional (base y compl. *Ad personam* del artículo 35.7) y al 95% de sus complementos desde el primer día»; el IV CC de tripulantes de cabina de pasajeros de Air Europa Líneas Aéreas, SAU (BOE 16 febrero 2024), art. 7.1, establece que a partir del primer día y mientras dure la situación

El Tribunal Supremo ha resuelto que cuando el convenio colectivo regula que se percibirá durante la situación de baja por IT el salario real, significa que en el año en el que la persona trabajadora ha permanecido durante un cierto tiempo en situación de incapacidad temporal, ha de percibir el salario y las pagas extraordinarias en la misma cuantía que si no hubiera estado en dicha situación<sup>59</sup>; o que cuando el convenio utiliza la expresión «todos los emolumentos», solo puede referirse a la totalidad de las percepciones de carácter salarial que perciba el trabajador<sup>60</sup>.

En todo caso, el salario a complementar dependerá de lo que se especifique en el concreto convenio colectivo o pacto que lo regule. De este modo, la redacción del convenio en punto al complemento a cargo de la empresa de una determinada prestación se convierte en el eje de referencia en la norma que determina en cada caso el nacimiento y regulación de la mejora complementaria de seguridad social<sup>61</sup>. En el caso de que no se especifiquen los conceptos a complementar, la jurisprudencia ha entendido que se incluyen aquellos que tienen un carácter de retribución normal y se abonan en las doce mensualidades<sup>62</sup>, y se excluyen aquellos otros que responden a una naturaleza funcional, variable y no periódica, o que compensan un trabajo que se realiza en condiciones especiales (trabajo nocturno, trabajo en festivos, horas extraordinarias, etc.) salvo que se haya establecido lo contrario<sup>63</sup>, o aquellos que tienen una naturaleza indemnizatoria y no salarial<sup>64</sup>.

Varios convenios colectivos establecen un límite al importe del complemento, de modo y manera que una vez sumado al subsidio económico de la Seguridad Social la cantidad resultante no supere la retribución que la persona trabajadora percibía antes de la baja<sup>65</sup>, o, en algún caso, la base máxima de cotización vigente en cada momento<sup>66</sup>.

Una cuestión que los convenios colectivos no siempre tratan adecuadamente es la relativa a si el complemento de la prestación de IT incluye las gratificaciones extraordinarias. En algunos convenios se prevé que la suspensión del contrato por IT no supondrá reducción económica de las gratificaciones extraordinarias<sup>67</sup>.

Cabe señalar que la base reguladora del subsidio económico incorpora *ex lege* el prorrato de pagas extraordinarias, por lo que el pago de la prestación de Seguridad

de IT, AEA «garantiza a los TCP el complemento preciso para que, unido a las prestaciones que abone la Seguridad Social se obtenga el 100% de las retribuciones fijas garantizadas, dietas por destaque, residencia y destino, complementos «ad personam» en su caso, pagas extraordinarias».

59 STS de 21 julio 2009 (Rº 1078/2008).

60 STS de 21 diciembre 2022 (Rº 1437/2019).

61 STS de 21 de octubre de 2009 (Rº 200/2008), entre muchas otras.

62 STS de 31 mayo 2006 (Rº 62/2005).

63 STS de 15 mayo 2004 (Rº 16/2003).

64 STS de 14 septiembre 2021 (Rº 2/2020).

65 CC de Mapfre Grupo Asegurador (BOE 12 septiembre 2022), art. 33; XXV CC del sector de la banca (BOE 1 enero 2025), art. 43.

66 III CC de Eltec It Services, SLU (BOE 7 marzo 2024), art. 40.

67 CC de ámbito estatal de jardinería 2021-2024 (BOE 13 julio 2022), art. 36; CC estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE 14 diciembre 2022), art. 51.

Social ya supone para el trabajador percibir el 60% o el 75% de las referidas pagas. En consecuencia, como no se trata de que la persona trabajadora devengue en situación de IT una cantidad económica superior a la que obtendría de haber permanecido en situación de activo, lo lógico es concluir que el complemento con cargo a la empresa integrará como mucho la diferencia hasta alcanzar el 100% del salario real, incluidas las gratificaciones extraordinarias<sup>68</sup>.

En la STS de 2 de marzo de 2016 (Rº 153/2015) se interpretó que, según el convenio de aplicación, debía considerarse que, dentro de los conceptos que integran el complemento de IT, no se contemplaba la parte proporcional de las pagas extraordinarias, ya que el convenio especificaba literalmente los conceptos que integraban el salario a complementar entre los que no se encontraban dichas gratificaciones.

Algunos convenios colectivos conceden las mejoras voluntarias de la prestación hasta el 100 por 100 de la retribución, de la base cotización o de la base reguladora<sup>69</sup>, mientras que otros muchos establecen diferencias porcentuales dependiendo de la contingencia causante de la baja por IT, de su duración y/o del número de bajas en el año. Así, es habitual reservar los mayores porcentajes y el devengo desde el primer día de la baja para los casos de accidente de trabajo, enfermedad profesional y hospitalización<sup>70</sup>, mientras que la mejora de la prestación por contingencia común se contempla con un menor porcentaje durante los primeros días de percepción de la prestación, que se va incrementando progresivamente a medida que se prolongue su duración (con la evidente finalidad de combatir el absentismo de corta duración)<sup>71</sup>. También se reduce el porcentaje de complemento en las segundas y ulteriores bajas médicas por enfermedad común dentro del año natural<sup>72</sup>. En algún supuesto se limita al importe de la base reguladora a complementar<sup>73</sup>.

Resulta excepcional la previsión de que, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, si el personal no tiene cumplido un periodo de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, la empresa vendrá obligada a satisfacer la retribución básica hasta que sea cubierto dicho periodo de carencia<sup>74</sup>.

68 En este sentido, STS de 21 jukio 2009 8Rº 1078/2008).

69 CC de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 29 agosto 2025), art. 28; CC del sector de la banca (BOE 1 enero 2025), art. 43, entre otros.

70 CC para los establecimientos financieros de crédito (BOE 28 diciembre 2022), art. 41; CC de Uniprex, SAU (BOE 30 octubre 2023), art. 24.

71 CC estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE 14 diciembre 2022), art. 51; XXIII CC de contratas ferroviarias (BOE 28 junio 2022), art. 54; III CC de ámbito estatal del sector de contact center (BOE 9 junio 2023), art. 70; II CC de Repsol Lubricantes y Especialidades, SA (BOE 24 mayo 2023), art. 40; XI CC nacional para las industrias de pastas alimenticias (BOE 21 marzo 2023), art. 30, entre otros.

72 VII CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE 28 abril 2022), art. 38.

73 CC de Babé y Cía, SL (BOE 1 febrero 2024), art. 21.

74 V CC de empresas de centros de jardinería (BOE 16 febrero 2023), art. 31.

A las prestaciones por IT causadas por el contagio, periodos de aislamiento o restricción en las salidas del municipio donde tengan el domicilio como consecuencia del virus COVID-19, que tienen la consideración excepcional de situación asimilada a accidente de trabajo, exclusivamente a efectos de la prestación económica por IT del sistema de Seguridad Social<sup>75</sup>, no les son aplicables a las mejoras voluntarias en los convenios colectivos por no considerarse situaciones asimiladas a accidente de trabajo a estos efectos<sup>76</sup>, salvo que se pruebe que el contagio de la enfermedad ha tenido por causa exclusiva la realización del trabajo en los términos que señala el art. 156 del texto refundido de la LGSS.

Debido al elevado gasto que puede suponer para la empresa, no es extraño encontrar en los convenios colectivos cláusulas que vinculan la obligación de abonar el complemento a la no superación de un determinado nivel de absentismo por contingencias comunes registrado por toda la plantilla<sup>77</sup>.

Algunos convenios supeditan el disfrute del complemento a la justificación de la situación de IT con la presentación del correspondiente parte de baja médica y los sucesivos partes de confirmación<sup>78</sup>, condición esta que podría considerarse inexigible una vez que a partir del 1 de abril de 2023 la persona trabajadora está dispensada de presentar dichos partes en la empresa, por ser la entidad gestora la que los tramita electrónicamente.

#### 4. Duración de la mejora

Hay convenios colectivos que mejoran la prestación por IT desde el primer día de la baja<sup>79</sup>, lo cual, en caso de situaciones de IT derivadas de accidente de trabajo o

75 Art. 5º del RD-Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública (BOE 11 marzo 2020).

76 SSTS de 20 enero 2022 (Rº 269/2021) y 15 noviembre 2022 (Rº 109/2022).

77 Es el caso, entre otros, del XVII CC de la Organización Nacional de Ciegos y su personal (BOE 8 diciembre 2022), art. 80, donde se establece que el índice anual de absentismo debe ser inferior o igual al 10%; en el caso del CC de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 29 julio 2022), art. 58, para las situaciones de IT a causa de accidente no laboral o enfermedad común, el abono del complemento se supedita a que el índice de absentismo por incapacidad, derivada de enfermedad y accidente, sea cual fuere su causa, no supere el 5% a nivel de centro de trabajo; en el CC de acción e intervención social 2022-2024 (BOE 28 octubre 2022), art. 52, en el caso de que la IT por enfermedad común alcance un 10% del total de los trabajadores de la plantilla de cada centro de trabajo, el complemento de los trabajadores de ese centro de trabajo por esta prestación podrá ser reducido a aquellos trabajadores o trabajadoras con bajas inferiores a 15 días; en el CC general de la industria química (BOE 17 febrero 2025), art. 36, la persona trabajadora dejará de percibir el complemento de IT cuando la cifra individual de absentismo excediera del 3% de la jornada/hora a trabajar durante el periodo de 3 meses naturales; en el VII CC colectivo de industrias de ferralla (BOE 16 febrero 2024), art. 64, el complemento se abona mientras que el índice de absentismo sea igual o inferior al 2%, tomando el índice del propio mes, a condición de que el mismo sea publicado por la empresa.

78 Ej: CC de acción e intervención social 2022-2024 (BOE 28 octubre 2022), art. 54; CC de Telefónica Cybersecurity & Cloud Tech, SL (BOE 8 noviembre 2023), art. 27.

79 Entre otros: CC de sector estatal de marcas de restauración moderna (BOE 8 diciembre 2022), art. 24; CC de acción e intervención social 2022-2024 (BOE 28 octubre 2022), art. 52; CC de ámbito estatal

enfermedad profesional, resulta confuso porque la legislación de seguridad establece para estos casos que la empresa asumirá el abono del salario íntegro el primer día de la baja y que la prestación se abonará a partir del segundo día. En otros convenios se dispone el abono del complemento a partir del día segundo<sup>80</sup>, tercero<sup>81</sup> o cuarto<sup>82</sup> de la baja, si bien hay algunos convenios que cubren la ausencia de subsidio durante los primeros tres días de baja por contingencias comunes<sup>83</sup>. Otros convenios activan el derecho al complemento a partir del decimosexto día de baja<sup>84</sup>, o desde el vigésimo primer día de la baja<sup>85</sup>, etc., dejando fuera del complemento las enfermedades comunes de corta duración y los períodos en los que es la empresa la obligada a financiar el subsidio (entre el 4º y el 15º día de la baja en contingencias comunes).

Es habitual que se limite la duración del abono del complemento a un máximo de días<sup>86</sup>, semanas<sup>87</sup> o meses (3 meses<sup>88</sup>, 6 meses<sup>89</sup>, 12 meses<sup>90</sup>, 18 meses<sup>91</sup>...).

En algunos convenios se reduce el número de días objeto de complementación a partir de la segunda baja médica<sup>92</sup>, salvo que se trate de una enfermedad grave o precisada de hospitalización<sup>93</sup>, o se establece un número máximo de días por año natural cuando sean diversos los procesos de IT del trabajador o la tra-

del sector de contact center (BOE 9 junio 2023), art. 70; II CC de Repsol Lubricantes y Especialidades (BOE 24 mayo 2023), art. 40; CC de Petróleos del Norte, SA (Petronor), art. 51.

80 CC de la industria del calzado (BOE 10 abril 2023), art. 49, en situaciones de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

81 CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 17 junio 2022), art. 32.

82 CC de Avatel Telecom, SA (BOE 6 abril 2024), art. 41.

83 CC para las cajas y entidades financieras de ahorro para el periodo 2024-2026 (BOE 6 junio 2024), art. 65; CC del sector de grandes almacenes (BOE 9 junio 2023), art. 50, pero solo para el primer proceso de IT; CC de la industria del calzado (BOE 10 abril 2023), art. 49, pero solo el 50% del salario diario los tres primeros días de baja por enfermedad.

84 VII CC de industrias de ferralla 2023-2024 (BOE 16 febrero 2024), art. 64; XXIII CC de contratas ferroviarias (BOE 28 junio 2022), art. 54.

85 CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 28 febrero 2024), art. 69.

86 CC de Air Nostrum Engineering and Maintenance Operations, SLU (BOE 14 mayo 2024), art. 43.

87 CC para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas para los años 2023, 2024 y 2025 (BOE 3 mayo 2024), art. 48.

88 XXIII CC nacional de autoescuelas (BOE 4 abril 2022), art. 38; VIII CC estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos (BOE 18 abril 2024), art. 40.

89 CC de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos (BOE 29 agosto 2025), art. 28; XXV CC estatal de oficinas de farmacia (BOE 28 diciembre 2022), art. 47.

90 CC de sector estatal de marcas de restauración moderna (BOE 8 diciembre 2022), art. 24; CC sectorial estatal de tiendas de conveniencia (BOE 1 junio 2024), art. 31; CC de Eltec It Services, SLU (BOE 7 marzo 2024), art. 40, 12 meses o la extinción de la relación laboral (lo que ocurra antes); CC de restauración colectiva (BOE 14 diciembre 2022), art. 37.

91 CC estatal del sector de fabricantes de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados (BOE 28 febrero 2024), art. 69; VII CC del grupo Generali España (BOE 18 noviembre 2022), art. 32; CC de la industria azucarera (BOE 21 marzo 2022), art. 35; V CC del Grupo Rodilla (BOE 7 diciembre 2023), art. 28.

92 CC estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (BOE 6 agosto 2025), art. 39.

93 IV CC de Cash Converters, SL, y sociedades vinculadas (BOE 26 diciembre 2022), art. 49.

jadora<sup>94</sup>. En otros se vincula el derecho al complemento en supuesto de enfermedad común a que la persona trabajadora tenga una antigüedad en la empresa de al menos seis meses a la fecha del hecho causante<sup>95</sup>, pero se ha localizado algún acuerdo en el que el requisito de permanencia previa en la empresa alcanza el año de duración<sup>96</sup>. La penalización a las bajas de corta duración está presente en la regulación convencional que, en caso de IT por enfermedad común, únicamente retrotrae su abono desde el primer día de baja cuando esta supera los siete días<sup>97</sup>.

Son mayoría los convenios colectivos que establecen que el derecho al complemento se mantendrá mientras perdure la situación de IT, incluida la situación de prórroga de la IT<sup>98</sup>, pero otros acotan que los complementos únicamente se abonarán mientras el contrato de trabajo esté en vigor<sup>99</sup>. En algún caso se ha acordado que, en el supuesto excepcional de que la Seguridad Social suspendiera o extinguiera la prestación, las empresas no vendrán obligadas a abonar el complemento, pero si dicha prestación se retoma con posterioridad, con carácter retroactivo, las empresas tendrán que abonar dicho complemento con el mismo carácter retroactivo<sup>100</sup>. Con clara proyección restrictiva, en algún texto convencional el reconocimiento de la mejora se limita al tiempo transcurrido desde la finalización de la situación de IT y la fecha en la que se resuelva sobre el reconocimiento de la incapacidad permanente solicitado por la persona trabajadora<sup>101</sup>.

A la vista de la redacción contenida en el convenio colectivo, el Tribunal Supremo ha resuelto que el complemento de IT establecido en el convenio, con cargo a la empresa, de forma amplia, debe abonarse hasta la finalización del proceso de IT, aunque la relación laboral del trabajador accidentado se hubiera extinguido con anterioridad<sup>102</sup>.

## 5. Interrupción del derecho a la mejora voluntaria

Algunos convenios colectivos establecen que se suspenderá o se perderá el derecho a la mejora voluntaria de la prestación de IT, no complementándose cantidad

94 IV CC de la Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona «La Caixa» (BOE de 7 junio 2024), art. 35.

95 CC de General Óptica, SA (BOE 22 febrero 2023), art. 36.

96 VIII CC de la asociación Aldeas Infantiles SOS España (BOE 28 septiembre 2023), art. 32.

97 CC de Carburos Vía Augusta Logistics, SL (BOE 3 mayo 2024), art. 52.

98 CC de Telefónica de España, SAU; Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones, SAU 8BOE 28 febrero 2024), art. 184; CC estatal del sector de Agencias de Viajes (BOE 2 septiembre 2023), art. 48.

99 VII CC del grupo Generali España (BOE 18 noviembre 2022), art. 32; CC de Ediciones Reunidas (BOE 5 diciembre 2023), art. 49; CC de empresas de mediación de seguros privados (BOEW 15 noviembre 2023), art. 64.

100 XXV CC del sector de la banca (BOE 1 enero 2025), art. 43.

101 CC del Grupo Axa (BOE 21 diciembre 2023), art. 39.

102 STS 10 noviembre 2010 (Rº 3693/2009).

alguna, si se niegan a someterse a una revisión médica a cargo de los servicios médicos de la empresa o de la entidad que la empresa designe<sup>103</sup>.

Este derecho de vigilancia y control de la actividad laboral se encuentra regulado en el art. 20.4 del ET, en el que se establece que el empresario podrá 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. La negativa o incomparecencia de la persona trabajadora a dichos reconocimientos, sin causa justificada, podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones, como es el caso de las mejoras voluntarias directas de la prestación de IT<sup>104</sup>.

## 6. Revisión de la cuantía de las mejoras voluntarias

Algunos convenios colectivos prevén que, si durante la vigencia del convenio colectivo, por una norma de rango superior, se incrementaran los porcentajes de la prestación de IT establecidos en las normas de Seguridad Social, las empresas podrán disminuir en la misma proporción sus prestaciones<sup>105</sup>.

Asimismo, algunos convenios regulan la obligación de regularizar y abonar, con una liquidación complementaria, las diferencias como consecuencia del abono de salarios con carácter retroactivo o por gratificaciones que no pudieron ser objeto de cuantificación en su momento y asignando la parte correspondiente de los salarios de forma complementaria a cada base de cotización<sup>106</sup>.

## IV. VALORACIÓN FINAL

Desde que el Real Decreto-ley 5/1992 (posterior Ley 28/1992) modificó el régimen jurídico de la prestación económica de la IT derivada de enfermedad común, haciendo recaer sobre la empresa el coste de su financiación entre los días cuarto y decimoquinto de la baja, la lógica del reconocimiento de complementos al subsidio por IT en la negociación colectiva ha cambiado su enfoque, no hasta el punto de eliminar este tipo de mejoras de Seguridad Social del texto de los convenios, pero sí adoptando una orientación mucho más restrictiva que se manifiesta en el establecimiento de una notable variedad de limitaciones y condiciones a su reconocimiento y contenido.

103 Como establece el III CC de Volkswagen Group España Distribución (BOE 28 septiembre 2023), art. 38; o el VII CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE 28 abril 2022), art. 38.

104 García Viña, Jordi y Barceló Fernández, Jesús (2024): «Mejoras voluntarias de Seguridad Social de la prestación de incapacidad temporal en la negociación colectiva», *cit.*, p. 518.

105 VII CC de Supermercados Grupo Eroski (BOE 28 abril 2022), art. 38; V CC del Grupo Vips (BOE 8 marzo 2022), art. 33; VII CC sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 1 junio 2024), art. 31.

106 XXIII CC de contratas ferroviarias (BOE 28 junio 2022), art. 54.

La instrumentalización de los complementos económicos en situaciones de IT como herramienta para combatir el absentismo se observa en las cláusulas convencionales que reservan su abono a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, o en aquellas otras que incluyen en su cobertura a las contingencias comunes pero excluyen de estas la enfermedad común, privilegian las situaciones de hospitalización, limitan el número de bajas médicas con derecho a complemento, penalizan las bajas de corta duración, topan el número de días cubierto por la mejora o establecen otras medidas de control, como el sometimiento a revisiones médicas ordenadas por la empresa para devengar el complemento.

Asimismo, se puede observar cómo los convenios colectivos se refieren a la relación entre absentismo y complementos de prestaciones de IT a cargo de las empresas de una forma mucho más rotunda, de modo que la superación de un determinado porcentaje de absentismo supone una causa de exclusión del complemento de IT o de limitación de su cuantía y/o extensión temporal. Resulta incuestionable trazar la conexión del absentismo con las condiciones de acceso y económicas de la prestación por IT, con clara incidencia de las mejoras voluntarias pactadas con frecuencia vinculadas al índice de absentismo, cuyo aumento puede llevar incluso a una reducción de parte del complemento. En definitiva, parece que quienes sufren menos quebranto económico en su compensación en los períodos de IT son más propensos a ausentarse con esta cobertura formal o, al menos, a prolongar su ausencia del trabajo de forma indebida o injustificadamente<sup>107</sup>.

De ahí que en ciertos ámbitos (próximos al asesoramiento empresarial) se promueva la sustitución de estos complementos, que solo benefician a las personas trabajadoras que se encuentran en situación de IT, por primas o incentivos económicos que premian la asistencia regular al trabajo, con el consiguiente impacto positivo en la productividad. En todo caso, la eliminación o limitación de este tipo de mejora, tradicional en nuestra negociación colectiva, es decisión que incumbe adoptar a los interlocutores sociales, valorando para ello las circunstancias presentes en cada sector o empresa.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Gala Durán, Carolina (1999): *El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad social*, Barcelona, J.M. Bosch.

García Ninet, Juan Ignacio (2016): «El absentismo y su escaso intento de control en la negociación colectiva española 2014-2016», en VV.AA., *La incapacidad temporal en el trabajo: régimen jurídico laboral y su configuración desde el punto de vista del absentismo*, Barcelona, Atelier, 73-114.

107 Igartua Miró, María Teresa (2025), *cit.*, p. 70.

García Viña, Jordi (2025): *El absentismo laboral y su gestión por medio de la negociación colectiva. Con especial incidencia en la incapacidad temporal y en la enfermedad mental*, Madrid, Aranzadi La Ley.

García Viña, Jordi y Barceló Fernández, Jesús (2024): «Mejoras voluntarias de Seguridad Social de la prestación de incapacidad temporal en la negociación colectiva», en Monereo Pérez, José Luis y Moreno Romero, Francisca (dirs. y coords.): *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social. Tomo I. Libro homenaje al profesor Tortuero Plaza*, Murcia, Laborum, 505-522.

Igartua Miró, María Teresa (2025): «El absentismo laboral: prevención y control», *Documentación Laboral*, 134, 63-85.

Lafuente Suárez, José Luis (2021): *Los complementos a las prestaciones económicas de incapacidad temporal y el control del absentismo*, Albacete, Bomarzo.

Pazos Pérez, Alexandre (2023): «Capítulo 4. Mejoras de IT y de IP», en Cabeza Pereiro, Jaime (coord.): *Mejoras voluntarias en materia de protección social en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 143-177.

Ramos Quintana, Margarita Isabel (1994): «Mejoras voluntarias de la Seguridad Social: la mejora directa de prestaciones», *Derecho y Salud*, Vol. 2, Enero-Diciembre 1994, 31-38.

Roqueta Buj, Remedios (2010): *Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Los planes/fondos de pensiones y los contratos de seguro*, Valencia, tirant lo blanch.

Valdés Dal-Ré, Fernando (2000): «Mejoras voluntarias de la Seguridad Social y negociación colectiva concesiva: los términos de un debate», *Relaciones Laborales*, 1, 37-50.



# Las cláusulas frente al absentismo en la negociación colectiva tras la Ley 15/2022: interpretación en los tribunales y margen de maniobra a estos efectos

Emilio de Castro Marín

Profesor Contratado Doctor (acreditado a TU)  
Universidad Complutense de Madrid

## Clauses on absenteeism in collective bargaining following Law 15/2022: interpretation in the courts and room for manoeuvre in this regard

### **SUMARIO:**

1. UN RECORRIDO POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATAL EN EL AÑO 2025. 1.1. Aproximación al concepto de absentismo en la negociación colectiva. 1.1.1. Algunas definiciones de absentismo en convenios colectivos. 1.1.2. Ausencias computables y ausencias no computables. 1.2. Medidas económicas para combatir el absentismo en convenios. 1.2.1. Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social en situación de incapacidad temporal. 1.2.2. Incentivos salariales y absentismo. 1.2.2.1. Complementos de productividad y absentismo. 1.2.2.2. Pluses de asistencia y puntualidad. 2. LA INTERPRETACIÓN EN LOS TRIBUNALES EN RELACIÓN CON COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS Y ABSENTISMO. 3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: ¿EXISTE MARGEN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE INCENTIVOS CONTRA EL ABSENTISMO EN CONVENIOS O EN POLÍTICAS EMPRESARIALES?

**RESUMEN:** El absentismo, o, mejor dicho, los altos niveles de absentismo, se encuentra a buen seguro entre una de las cuestiones que más preocupan en el ámbito de nuestras relaciones laborales. En este sentido, la tasa de absentismo ha alcanzado el 6,7 por 100 de las horas pactadas en 2024, mientras que en el primer trimestre de 2025 ha ascendido al 7,5 por 100, lo que constituye un nuevo máximo histórico<sup>1</sup>. En este contexto, tradicionalmente, en los convenios colectivos, o, más

1 XIV Informe Adecco sobre Empresa Saludable y Gestión del Absentismo, 26 junio 2025, <https://www.adeccoinstitute.es/informes/xiv-informe-adecco-sobre-empresa-saludable-y-gestion-del-absentismo/>

allá, en políticas empresariales, resultaba habitual la implementación de determinados incentivos económicos al objeto de premiar o, en su caso, penalizar a los trabajadores en función de determinadas ausencias al trabajo. Complementos de muy diferente naturaleza pero que, en esencia, respondían todos ellos a la finalidad legítima de combatir el absentismo según había interpretado la jurisprudencia europea e interna, tanto a nivel ordinario, como en sede constitucional. Pues bien, tras la promulgación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, irrumpió en este debate la consideración del cómputo de determinadas ausencias al puesto de trabajo por incapacidad temporal, o por el ejercicio de derechos de conciliación, como supuestos de discriminación, en un giro de 180 grados en la lectura de nuestros tribunales cuyos efectos no podemos soslayar. En este trabajo, previa fotografía de la negociación colectiva en el año 2025 en esta materia, analizamos las resoluciones dictadas en sede judicial antes y después de la promulgación de la Ley 15/2022 para, en último término, proceder a responder a la decisiva cuestión de si, tras esta nueva lectura, existe margen para continuar con la implementación de este tipo de cláusulas.

**Palabras clave:** incentivos contra el absentismo, cómputo de ausencias por IT, permisos de conciliación, igualdad de trato y no discriminación

**ABSTRACT:** Absenteeism, or rather, high levels of absenteeism, is undoubtedly among the most pressing concerns in the realm of labor relations. In this regard, the absenteeism rate reached 6.7 percent of agreed working hours in 2024, while in the first quarter of 2025 it rose to 7.5 percent, a new all-time high. In this context, it was traditionally common in collective bargaining agreements, or even in company policies, to implement certain financial incentives to reward or, where appropriate, penalize workers based on specific absences from work. These incentives varied greatly in nature, but essentially all served the legitimate purpose of combating absenteeism, as interpreted by European and domestic case law, both at the ordinary and constitutional levels. Following the enactment of Law 15/2022 of July 12, the Comprehensive Law for Equal Treatment and Non-Discrimination, the consideration of counting certain absences from work due to temporary incapacity or the exercise of work-life balance rights as instances of discrimination has entered this debate. This represents a complete reversal in the interpretation of our courts, the effects of which we cannot ignore. In this paper, after providing an overview of collective bargaining in this area in 2025, we analyze the court rulings issued before and after the enactment of Law 15/2022 in order to ultimately answer the crucial question of whether, after this new interpretation, there is still room to continue implementing these types of clauses.

**Keywords:** incentives against absenteeism, calculation of absences due to sick leave, work-life balance leave, equal treatment and non-discrimination.

## 1. UN RECORRIDO POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATAL EN EL AÑO 2025

Según los datos que se desprenden de la "Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo" elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, de un total de

1.391 convenios colectivos firmados en el año 2024, en 420 de ellos se incluyeron lo que se denomina por el Ministerio como “Medidas relacionadas con el absentismo”, lo que supone que este tipo de medidas se pactaron en el 30,19 por 100 de los convenios colectivos. Si nos detenemos en las cifras desglosadas por ámbito funcional, observamos que este tipo de medidas se incluyen más en los convenios de ámbito de empresarial, en concreto, en 355 convenios, lo que supone el 33,15, frente a 65 convenios de ámbito superior a la empresa en los que se incluyeron este tipo de medidas, lo que supone el 20,31 por 100 del total. Esta diferencia, a nuestro juicio, ya nos muestra una de las disfunciones del sistema, en línea con la sorprendente omisión sobre esta cuestión en el vigente V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023, 2024 y 2025<sup>2</sup>. Omisión más preocupante aun cuando comprobamos que, en el Capítulo VII del Acuerdo, titulado –Incapacidad temporal por contingencias comunes–, las partes manifiestan expresamente su preocupación por los indicadores de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, previsiones que sí se contenían en la práctica totalidad de los anteriores acuerdos interprofesionales<sup>3</sup>. Si profundizamos algo más en los datos desagregados derivados de esta “Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo” en relación con lo que se denomina como “complementos de prestaciones sociales”, en concreto, complementos de incapacidad temporal, comprobamos cómo, en un total de 1.067 convenios colectivos, en el 76,71 por 100 del total se incluyeron complementos a la enfermedad común, mientras que en un total de 1.141 convenios se incluyeron complementos al accidente de trabajo y enfermedad profesional, lo que significa el 82,03 por 100. Por ámbito funcional, en convenios de empresa, en 830 y 869 convenios, respectivamente, lo que en términos porcentuales supone el 77,50 por 100 y el 81,14 por 100. En unidades de negociación supra empresarial, respectivamente, 237 y 272 convenios colectivos incluyen estas mejoras, los que supone el 74,06 y el 85 por 100 del total<sup>4</sup>.

Descendiendo al análisis concreto de los convenios colectivos, disponemos de muy completos y exhaustivos estudios sobre la realidad concreta y detallada de las cláusulas de absentismo negociadas en los convenios, el más reciente, comprensivo del período 2022, 2023 y 2024<sup>5</sup>. Estudio que, a su vez, debe complementarse con trabajos

2 V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023, 2024 y 2025 (BOE nº 129, de 31 de mayo de 2023).

3 IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020 (BOE nº 173, de 18 de julio de 2018), con su Anexo IV –Absentismo– y creación de observatorio al efecto; III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE nº 147, de 20 de junio de 2015), Capítulo V, apartado 6 –Absentismo–; I Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012 (BOE nº 46, de 22 de febrero de 2010), y las referencias al absentismo en su disposición adicional única; o apartado tercero del Capítulo V, dedicado al absentismo injustificado. Tan sólo en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (BOE nº 31, de 6 de febrero de 2012) no se efectuó referencia alguna a la cuestión del absentismo en el contexto de aquella grave crisis económica.

4 [https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones\\_trabajo\\_relac\\_laborales/CCT/welcome.htm#](https://www.mites.gob.es/es/estadisticas/condiciones_trabajo_relac_laborales/CCT/welcome.htm#).

5 García Viña, J. (2025): *El absentismo laboral y su gestión por medio de la negociación colectiva. Con especial incidencia en la incapacidad temporal y en la salud mental*, 1<sup>a</sup> edición, ARANZADI LA LEY S.A.U.

sobre esta cuestión en años anteriores<sup>6</sup>. En este contexto, en el presente trabajo nos proponemos avanzar en esa tarea de reflejar la realidad de la negociación colectiva en materia de absentismo analizando los convenios colectivos publicados en el BOE en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de octubre de 2025 por ser la fecha de cierre aproximada de este trabajo. Sistemáticamente, comenzaremos por efectuar una aproximación al concepto de absentismo en esos convenios colectivos, incluyendo algunas definiciones y, sobre todo, las ausencias computables o no a estos efectos, para continuar refiriendo convenios colectivos en los que se establezcan algún tipo de medidas económicas para combatir el absentismo, diferenciando entre mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social en situación de incapacidad temporal e incentivos salariales con reflejo en el absentismo, para terminar con una más somera referencia por razones evidentes de espacio al establecimiento de medidas no económicas para combatir el absentismo y a algunas cláusulas de seguimiento y participación de los representantes de los trabajadores en esta materia.

## **1.1. Aproximación al concepto de absentismo en la negociación colectiva**

### **1.1.1. Algunas definiciones de absentismo en convenios colectivos**

Varios son los convenios analizados que contienen una definición de lo que las partes negociadoras consideran como absentismo a estos efectos. En alguno de ellos, partiendo de la declaración genérica acerca de la importancia que para el negocio tiene el hecho de que las horas de presencia teórica coincidan lo más posible con las horas de presencia efectiva, así como del compromiso del grupo de empresas como del comité intercentros para proceder al estudio y puesta en práctica de medidas que reduzcan el absentismo y mejoren la productividad, se define al absentismo como la diferencia entre el tiempo de trabajo efectivo pactado y el realizado, más en concreto, y en un sentido ciertamente amplio, *"las ausencias del trabajo de una persona trabajadora durante parte o toda la jornada laboral que se suponía debía asistir, independientemente de la causa por la cual se produzca"*<sup>7</sup>. Es esta una definición que se contiene en idénticos términos en algún otro de los convenios colectivos de empresa analizados<sup>8</sup>.

6 Blázquez Agudo, E.M<sup>a</sup>. (2015): "El control del absentismo a través de la negociación colectiva", en AAVV, *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir. Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina), Thomson Reuters, editorial Aranzadi SA, págs. 373 a 401. Aragón Gómez, C. (2015): "Cláusulas de vanguardia en la negociación colectiva de empresa con respecto a las mejoras voluntarias de los subsidios de la Seguridad Social", en AAVV, *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir. Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina), Thomson Reuters, editorial Aranzadi SA, pág. 501 a 525. Nieto Rojas, P. (2016): "La incidencia de los complementos salariales en la reducción del absentismo. Su recepción en la negociación colectiva", Revista de información laboral págs. 181-198.

7 Art. 44 del II Convenio colectivo del Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA. (BOE nº 69, de 21 de marzo de 2025).

8 Art. 39 del Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA. (BOE nº 92, de 16 de abril de 2025).

Acotando el concepto a las situaciones de incapacidad temporal, en algún otro convenio colectivo se define el absentismo como la falta de trabajo por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral y enfermedades graves<sup>9</sup>. En esta línea, calificándolo como “absentismo médico”, se define en los siguientes términos: “*Se entienden por absentismo médico todas las ausencias de trabajadores debidas a procesos de Incapacidad Transitoria por Enfermedad Común o Accidente no laboral, Enfermedad Profesional o Accidente Laboral y Permisos Médicos*”. Así, asumiendo las partes el grave perjuicio a la competitividad y a las posibilidades de presente y futuro de la empresa derivado de un elevado absentismo médico, a los efectos de su redacción y de la evitación de los posibles fraudes, se previene que “*la Empresa procurará implantar un Sistema de Gestión de Prevención de Riesgos Laborales y de Vigilancia de la Salud donde se recojan, plasmen e implementen todas las iniciativas al respecto*”<sup>10</sup>. En el mismo sentido, en el convenio colectivo de otra de las empresas del grupo<sup>11</sup>.

Tomando como referencia la definición que realiza la Organización Internacional del Trabajo sobre absentismo laboral, se considera absentismo a “*la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir*”. En todo caso, a diferencia de la regulación prevista en el convenio referido anteriormente, partiendo de esta definición, las partes negociadoras del convenio diferencian claramente entre el absentismo laboral inevitable, el de las personas trabajadoras que enferman o aquél que sucede por causas sobrevenidas recogidas legalmente que justifican la ausencia del trabajador, y aquél otro que se considera que pudiera ser evitable, fijando como objetivos los de reducir tanto la duración de las ausencias como el de evitar las ausencias falsas o fraudulentas: para los negociadores del convenio, aquéllas que repercuten de peor manera en la productividad y que afectan negativamente en el resto de compañeros<sup>12</sup>.

De manera mucho más genérica, se previene que “*Tendrá la consideración de absentismo la no presencia de la persona trabajadora en su puesto de trabajo*.”<sup>13</sup>, definición previa declaración de su negativa incidencia en la productividad y en la economía de la empresa y de la necesaria implementación de unas adecuadas condiciones de seguridad, higiene y ambiente de trabajo, en orden a una efectiva protección de la salud física y mental de los trabajadores.

En un enfoque menos restrictivo, y previo reconocimiento de la incidencia negativa en los costes laborales y en la productividad y competitividad de la empresa, se

9 Art. 82 del III Convenio colectivo del Grupo ASV. (BOE nº 131, de 31 de mayo de 2025).

10 Art. 35 del Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al Cliente). (BOE nº 198, de 18 de agosto de 2025).

11 Art. 35 del Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, zona 3, Tarragona, Gerona y Palma de Mallorca). (BOE nº 208, de 29 de agosto de 2025).

12 Art. 24 del XVII Convenio colectivo de Empresa de Transformación Agraria, SA (TRAGSA). (BOE nº 200, de 20 de agosto de 2025).

13 Convenio colectivo de Finanzauto, SAU, para el período 2025-2027. (BOE nº 219, de 11 de septiembre de 2025).

previene que las ausencias al trabajo no permitidas en el convenio tendrán la consideración de absentismo, aplicándose a las mismas los descuentos correspondientes a las retribuciones pactadas en la proporción que corresponda tomando como valor de referencia la retribución anual acreditada dividida por la jornada anual pactada. Igual tratamiento recibirán las ausencias por enfermedad sin justificante médico de hasta 2 días de duración<sup>14</sup>.

A partir de estas definiciones, muy dispares como podemos observar, menos son los convenios en lo que se efectúa alguna referencia a lo que se denomina como índices de absentismo. En este sentido, en algún caso, se previene expresamente que este índice vendrá determinado por el número de horas de ausencia en el periodo, teniendo en cuenta las exclusiones del propio convenio colectivo, dividido por el total de horas de trabajo disponibles en ese mismo periodo, multiplicando el resultado obtenido por 100<sup>15</sup>. O, en otro sentido, número de días de enfermedad común o accidente no laboral más número de días por enfermedad grave dividido entre número de días cotizados en el periodo y multiplicado por 100<sup>16</sup>. En diferente sentido, en algún convenio se previene que el absentismo se calculará cada mes como la diferencia entre las horas de presencia teórica y las horas de presencia efectiva, con las excepciones de las ausencias no computables a estos efectos referidas en el propio convenio colectivo<sup>17</sup>.

Precisamente esta referencia a las exclusiones del propio convenio colectivo nos da pie a analizar la cuestión mucho más interesante a los efectos de nuestro trabajo de las ausencias que pueden considerarse como computables o como no computables a estos efectos de la consideración como absentismo.

### **1.1.2. Ausencias computables y ausencias no computables**

Varios son los convenios colectivos en los que expresamente se previenen las situaciones de ausencia que se excluyen para el computo de los correspondientes niveles de absentismo. En este sentido, y con una redacción ciertamente profusa, al cuantificar y catalogar las causas de absentismo, se determina que no serán computables a efectos de tal cuantificación las siguientes ausencias, previa y debidamente justificadas: matrimonio, nacimiento de hijo, accidente, enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, incluido el familiar consanguíneo de la pareja de hecho, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella, fallecimiento

14 Art. 35 del Convenio colectivo de Nordex Energy Spain, SAU. (BOE nº 219, de 11 de septiembre de 2025).

15 Art. 36.3 del XXI Convenio colectivo general de la industria química. (BOE nº 41, de 17 de febrero de 2025).

16 Art. 82 del III Convenio colectivo del Grupo ASV. (BOE nº 131, de 31 de mayo de 2025).

17 Art. 44 del II Convenio colectivo del Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA. (BOE nº 69, de 21 de marzo de 2025).

del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, traslado de domicilio habitual, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público y personal, realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente, las ausencias por lactancia de un hijo menor de nueve meses, las ausencias derivadas de hospitalización, las ausencias debidas a accidente laboral, las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo de accidente cuando así se decrete por la autoridad laboral o lo decida la propia empresa, sea o no a instancia de los representantes de las personas trabajadoras, los permisos por nacimiento y cuidado del menor, los supuestos de suspensión de contrato de trabajo por causas legalmente establecidas, excepto la incapacidad temporal, la asistencia a consultas médicas o psicológicas de la trabajadora víctima de violencia de género. A estos efectos la condición de víctima de violencia de género deberá estar acreditada, bien por los servicios sociales de atención o servicios de salud, bien judicialmente, y ser conocida de forma fehaciente por la dirección de la empresa.<sup>18</sup> Como podemos observar, a los efectos del presente trabajo, las ausencias por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes computan como absentismo.

En una relación de situaciones menos exhaustiva, se previene que no computarán en ningún caso a efectos del absentismo las siguientes ausencias: tiempo de vacaciones, horas sindicales legalmente establecidas, permisos por nacimiento y cuidado del menor, formación y la excedencia<sup>19</sup>.

Con referencia expresa, a las horas sindicales legalmente establecidas y a las licencias retribuidas, pero sin mencionar la formación<sup>20</sup>.

Como novedad de interés, más allá de establecer el catálogo de situaciones que no serán computables a los efectos del objetivo global de absentismo, —a saber, excedencias, la realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos (Comités de Empresa, Comités de Seguridad, Salud Laboral y Medioambiente y Secciones Sindicales), las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad en caso de riesgo laboral grave e inminente, cuando se decrete por la Autoridad Laboral o lo decida la Dirección, sea o no a instancia de los Representantes de las Personas Trabajadoras, ejercicio de cargo público representativo, privación de libertad de la persona trabajadora, mientras no exista sentencia condenatoria, fuerza mayor temporal, causas económicas o tecnológicas que impidan la prestación y aceptación del trabajo, ejercicio del derecho de huelga, cierre legal de la Empresa o el uso de la flexibilidad contemplada en el artículo 10 del propio convenio colectivo—, se previene expresamente que se considerarán en cualquier caso como factores o causas a analizar a los efectos de consecución del objetivo global

18 Art. 36 del XXI Convenio colectivo general de la industria química. (BOE nº 41, de 17 de febrero de 2025).

19 Art. 44 del II Convenio colectivo del Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA. (BOE nº 69, de 21 de marzo de 2025).

20 Convenio colectivo de Alstom Transporte, SA. (BOE nº 92, de 16 de abril de 2025).

de absentismo los siguientes: faltas (suspensiones de empleo y sueldo), permisos, retrasos e incapacidad Temporal<sup>21</sup>.

En otra redacción, como causas no computables a efectos de cuantificación del absentismo, las ausencias que ajustándose en duración y que sean previa y debidamente justificadas a lo establecido legalmente, debidas a las situaciones de matrimonio, enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, traslado de domicilio habitual, por el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber de carácter público y personal, realización de funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente, por lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses, las ausencias derivadas de hospitalización, las ausencias debidas a accidente laboral, las ausencias ocasionadas por la suspensión de la actividad, en caso de riesgo de accidente, cuando así se decrete por la autoridad o lo decida el propio empresario, sea o no a instancia de los representantes legales de los trabajadores y, por último, los supuestos de suspensión de contrato de trabajo por causas legalmente establecidas<sup>22</sup>.

Con un enfoque diferente, en determinado convenio colectivo, previa previsión de un permiso de tres días de ausencia retribuidos y no recuperables, cuya retribución se determina que será equivalente a la actividad normal, expresamente se previene que estas ausencias no se tendrán en cuenta a efectos de determinar el índice de absentismo para el cálculo y percepción de la Paga de convenio<sup>23</sup>.

## **1.2. Medidas económicas para combatir el absentismo en convenios**

### **1.2.1. Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social en situación de incapacidad temporal**

Resulta habitual que en los convenios colectivos se pacten complementos a la acción protectora de la Seguridad Social en los supuestos de incapacidad temporal, mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social en ocasiones condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos de asistencia de los trabajadores a su puesto de trabajo. También es habitual que en la regulación convencional se diferencie entre las mejoras en situaciones de incapacidad derivadas de contingencias comunes y las derivadas de contingencias profesionales, ostentando estas segundas un trato claramente privilegiado respecto de las primeras, trato diferente seguramente sustentado en la posible existencia de fraudes en las bajas por enfermedad común o accidente no laboral<sup>24</sup>.

21 Art. 57 del VII Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU; Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA. (BOE nº 119, de 17 de mayo de 2025).

22 Art. 112 del Convenio colectivo de Finanzauto, SAU, para el período 2025-2027. (BOE nº 219, de 11 de septiembre de 2025).

23 Art. 36 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, años 2024 a 2026. (BOE nº 243, de 9 de octubre de 2025).

24 Aragón Gómez, C. (2015): "Cláusulas de vanguardia en la negociación colectiva de empresa con respecto a las mejoras voluntarias de los subsidios de la Seguridad Social", en AAVV, *Cláusulas de van-*

Dos son las perspectivas desde las que se suelen abordar este tipo de complementos, que debemos apuntar desde el comienzo que ostentan naturaleza extra salarial, toda vez que su percepción no lo es en contraprestación a la actividad laboral. En ocasiones, las mejoras se configuran en los convenios colectivos como una penalización, se deniega cuando existe un índice de absentismo muy alto, en otras, como un premio, se concede sólo cuando se demuestre un bajo nivel de absentismo<sup>25</sup>. Analizamos la regulación en una muestra de convenios colectivos publicados en el año 2025 en el BOE.

En el convenio colectivo de la Empresa Siemens Mobility, en el supuesto de pago por incapacidad temporal en caso de enfermedad o accidente de trabajo se fija con carácter general como garantía el 100 por 100 del salario bruto vigente, sin inclusión de variables, abonándose desde el primer día la diferencia entre el salario bruto vigente y la prestación de la Seguridad Social o de la Mutualidad siempre que ésta sea inferior al primero y en tanto que los afectados/as estén en situación de alta en la empresa. En el salario bruto se deben incluir todos los pluses consolidados que lo componen. Sin embargo, en el caso de la Fábrica de Cornellá, en el supuesto de enfermedad común, se abonará el salario individual vigente más la prima que hubieran generado en promedio durante los seis últimos meses desde el primer día hasta el decimoquinto día, y la diferencia entre la suma de ambos conceptos y la prestación de la Seguridad Social a partir del decimosexto día hasta el alta, todo ello condicionado a que el absentismo global de la fábrica en el semestre anterior del año natural no hubiera superado el 5 por 100. Si esta condición no se cumpliera, este complemento se calcularía sólo en base al salario vigente, sin prima<sup>26</sup>.

En el caso del convenio colectivo de la Exide Technologies, SLU, se determina que la Empresa complementará a las personas trabajadoras en situación de incapacidad temporal por enfermedad o accidente común hasta el cien por cien de la base reguladora de cotización por contingencias comunes a la Seguridad Social por un máximo de 18 meses, excluyendo de la mejora los importes correspondientes a las percepciones salariales de cuantía variable como el plus de nocturnidad, el de trabajo en festivo, permanencia en el descanso, incentivos de las redes comerciales y reciclado de baterías, horas extraordinarias y resto de pluses variables. No obstante, en función del absentismo colectivo mensual, por debajo o por encima del 4 por 100, se complementará la prestación en los aludidos términos hasta el 100 por 100 o hasta el 80 por 100 de la base de cotización. Adicionalmente, y en relación con el primer requisito de encontrarse por debajo del 4 por 100 en el absentismo colectivo, para el cobro del complemento se considerarán el número de procesos individuales de incapacidad

25 *guardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir. Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina), Thomson Reuters, editorial Aranzadi SA, pág. 504.

26 Blázquez Agudo, E.M.<sup>a</sup>. (2015): "El control del absentismo a través de la negociación colectiva", en AAVV, *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir. Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina), Thomson Reuters, editorial Aranzadi SA, págs. 387 y ss.

26 Art. 26 del III Convenio colectivo de Siemens Mobility, SLU. (BOE nº 7, de 8 de enero de 2025).

temporal por enfermedad común o accidente no laboral que la persona trabajadora en cuestión hubiera sufrido en un periodo de referencia de 180 días inmediatamente anteriores al comienzo de la IT, quedando la mejora de la siguiente manera: primer proceso de enfermedad común o accidente no laboral, el 100 por 100 de la base reguladora, segundo proceso, el 90 por 100 de la base reguladora, tercer proceso y siguientes, el 80 por 100 de la base reguladora<sup>27</sup>.

En el caso del convenio de Grupo Endesa, se determina que, en las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, y durante el período comprendido desde el primer día a partir de la baja hasta el séptimo, ambos inclusive, de permanencia en tal situación, se complementará a la persona afectada la prestación económica de la Seguridad Social hasta percibir el 92,5 por 100 del salario real (SR) y, desde el octavo día en adelante, el 100 por 100. El complemento alcanzará hasta el 100 por 100 en los supuestos de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, así como en los casos de nacimiento y cuidado de hijo y riesgo durante el embarazo y la lactancia. En todo caso, en un enfoque más como incentivo que como penalización, se previene expresamente que, en función del porcentaje de absentismo por enfermedad común de cada año, la empresa complementará la prestación de la seguridad social para las situaciones de incapacidad por enfermedad común y accidente no laboral en los siguientes términos: a) Si el índice de absentismo del año anterior es igual o inferior al 3 por 100, se percibirá desde el primer día de la baja el 100 por 100 del salario real; b) Si el índice de absentismo del año anterior es superior al 3 por 100, se percibirá durante el período comprendido entre el primer y el séptimo día de la baja, ambos inclusive, un 92,5 por 100 del salario real y desde el octavo día en adelante el 100 por 100 del mismo<sup>28</sup>.

En el convenio colectivo del Grupo Cofely, complementando como mejora convenio hasta el 100 por 100 del salario bruto mensual pactado con la persona trabajadora (esto es, salario base, complemento convenio colectivo y mejora voluntaria empresa) en las situaciones de incapacidad transitoria, por enfermedad común o accidente de trabajo, durante la vigencia relación laboral y por un máximo de 545 días, en lo que se denomina como "Acuerdo de armonización de condiciones"<sup>29</sup>.

Con una regulación ciertamente exhaustiva, y previa declaración de intenciones en el sentido del compromiso de parte empresarial y social para trabajar conjuntamente para reducir el absentismo laboral, reconociendo que la salud, el bienestar y los derechos de las personas trabajadoras son fundamentales para el buen funcionamiento de la organización, se establece el abono al trabajador de un complemento salarial (salario fijo, complemento personal y prima de producción) de

27 Art. 81 del VIII Convenio colectivo de Exide Technologies, SLU. (BOE nº 25, de 29 de enero de 2025).

28 Art. 74 del VI Convenio colectivo marco del Grupo Endesa. (BOE nº 41, de 17 de febrero de 2025).

29 Art. 60 del II Convenio colectivo del Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA. (BOE nº 69, de 21 de marzo de 2025).

acuerdo con la siguiente escala de absentismo: hasta el 4 por 100 de absentismo, para el caso de enfermedad, del día 4 al 20, el 85 por 100; del 21 en adelante, el 100 por 100; para el caso de accidente laboral, el 100 por 100 desde el primer día; del 4,01 por 100 al 5 por 100 de absentismo, en el caso de enfermedad, del día 4 al 20, el 80 por 100 del complemento, del 21 en adelante, el 85 por 100; para el caso de accidente laboral el 100 por 100 desde el primer día. Expresamente se previene que los índices de absentismo se refieren a la media de absentismo, derivado de enfermedad más accidente, de los doce meses anteriores al producirse la baja del trabajador por estas causas. Y, en todo caso, que la limitación económica derivada del valor del índice de absentismo no será de aplicación a la situación de incapacidad temporal a partir del tercer mes<sup>30</sup>.

Con un complemento desde el primer día de la baja y hasta el 15, ambos inclusive, en los casos de enfermedad común y accidente no laboral, por importe del salario base más el plus de antigüedad, y desde el día 16 en adelante o desde el primero en contingencia profesional, complemento salario base, más plus de antigüedad, de nocturnidad, de turno y de línea de vuelo, pero con suspensión cautelar del complemento en las situaciones de enfermedad común y accidente no laboral cuando el índice de absentismo: i) supere el umbral de absentismo de referencia según el colectivo de que se trate, del 3.93 por 100 para el colectivo blue collar o del 2.50 por 100, para el de white collar, en función del colectivo al que pertenezca la persona trabajadora afectada, y ii) se produzcan situaciones de absentismo recurrente de la persona trabajadora según determinada metodología (Bradford)<sup>31</sup>.

En cierto convenio, mejora voluntaria durante la situación de incapacidad temporal debida a accidente de trabajo y a enfermedad profesional hasta el 100 por 100 del salario habitual. En el supuesto de contingencias comunes, complemento durante un máximo de 90 días o dos procesos dentro de cada año natural siempre que el índice de absentismo fuera igual o inferior al 3 por 100, tomando como referencia el índice del año anterior: en el primer proceso de IT, complemento hasta el 100 por 100 del salario habitual; en el segundo proceso de IT, hasta alcanzar el 85 por 100 del salario habitual; en el tercer y sucesivos procesos de IT, no habría complemento, percibiendo la persona trabajadora únicamente el subsidio que le correspondiera de conformidad con la normativa de la Seguridad Social. Como salario habitual, se considera el promedio de las bases de cotización de los tres meses anteriores aplicables a la contingencia de la que derive la baja, contados desde la fecha en la que se produzca dicha situación de incapacidad temporal<sup>32</sup>.

En el caso de que la tasa de absentismo general en la empresa se sitúe por debajo del porcentaje del 8 por 100 en 2025, del 7 por 100 en 2026, del 6,5 por 100

30 Art. 42 del Convenio colectivo de Saint-Gobain PAM España, SA. (BOE nº 117, de 15 de mayo de 2025).

31 Art. 27 del VII Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU; Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA. (BOE nº 119, de 17 de mayo de 2025).

32 Art. 82 del III Convenio colectivo del Grupo ASV. (BOE nº 131, de 31 de mayo de 2025).

en 2027, y del 6 por 100 en 2028 y siguientes, el complemento de incapacidad temporal para procesos por enfermedad común o accidente no laboral incluirá los tres primeros días de ausencia de todos los procesos que se produzcan durante dicho semestre. A efectos de determinar la tasa de absentismo general en la empresa se tendrá en cuenta la totalidad de la plantilla de la empresa sujeta a este convenio colectivo y se computarán tanto las ausencias injustificadas como las derivadas de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales. Si el absentismo resultara igual o superior, la empresa pagará el complemento de incapacidad temporal por los tres primeros días de un primer y único periodo de incapacidad temporal en que hubiera ocurrido la persona trabajadora durante el ejercicio de que se trate<sup>33</sup>.

Complementando la prestación de la Seguridad Social o Mutua de Accidentes hasta el 100 por 100 del salario fijo de la persona trabajadora, con mejora adicional para el colectivo de instalaciones y mantenimiento, mejora siempre condicionada a que el absentismo por los conceptos de enfermedad y accidente sea inferior al 3 por 100, y abonándose siempre en las enfermedades de duración superior a seis meses<sup>34</sup>.

En otro supuesto, complemento de las prestaciones a las que obligatoriamente tuviera derecho la persona trabajadora hasta el 100 por 100 de la retribución sujeta a cotización y desde el primer día en la primera baja por incapacidad temporal del año. A partir de ésta, segunda baja y consecutivas, se determina que la empresa no abonará cantidad alguna en los tres primeros días aun con justificante médico. A partir del cuarto día y siguientes la empresa complementará hasta el 100 por 100 y hasta un máximo de 18 meses las prestaciones sujetas a cotización a las que obligatoriamente tuviera derecho la persona trabajadora<sup>35</sup>.

Con una regulación ciertamente exhaustiva<sup>36</sup>, complemento hasta un 75 por 100 del salario medio (salario base, complemento personal en su caso y determinadas primas u otras en función del grupo profesional) de los doce meses anteriores durante los tres primeros días de baja por enfermedad común o accidente no laboral. Dicho porcentaje se verá incrementado hasta el 90 por 100 desde el cuarto día de baja hasta el decimosexto, 95 por 100 a partir del decimoséptimo día. Además, como supuesto de interés, se establece la posibilidad de percibir un 5 por 100 más de complemento si se da la circunstancia de no haber tenido ningún proceso de baja por enfermedad o accidente, en ambos casos comunes o laborales, en los tres años inmediatamente anteriores a contar desde el día de inicio del proceso IT. No obstante, los porcentajes

33 DA 7<sup>a</sup> del VI Convenio Colectivo del grupo Distribuidora Internacional de Alimentación, SA, y Día Retail España, SAU. (BOE nº 186, de 4 de agosto de 2025).

34 Art. 36 del Convenio colectivo del grupo Al Air Liquide España, SA, y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU. (BOE nº 188, de 6 de agosto de 2025).

35 Art. 39 del convenio colectivo estatal para el comercio de distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos. (BOE nº 188, de 6 de agosto de 2025).

36 Art. 35 del convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al Cliente). (BOE nº 198, de 18 de agosto de 2025).

serán del 50 por 100 durante los tres primeros días de baja, del 75 por 100 desde el cuarto día de baja hasta el decimosexto y del 80 por 100 desde el decimoséptimo día de baja en adelante, cuando el absentismo individual anual del trabajador durante el año anterior al inicio del proceso de baja sea superior al 3,5 por 100, no aplicando esta penalización para el colectivo de trabajadores de sesenta años o más. En los casos de incapacidad transitoria por accidente de trabajo o enfermedad profesional, la empresa complementará hasta el 100 por 100 del salario medio. Se previene también en convenio la retirada del complemento en los supuestos de no atención a requerimientos de la Mutua para el seguimiento de la baja y en el de no aviso telefónico de la baja el mismo día de la falta. También se previenen algunas posibilidades de "repesca" del complemento en el supuesto de que el absentismo del trabajador a año vencido no superara determinados límites<sup>37</sup>.

También como complemento de las prestaciones de Seguridad Social, en los casos de incapacidad temporal por contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional) o por contingencias comunes (accidente no laboral o enfermedad común), se acuerda en convenio que la persona trabajadora percibirá un complemento de las prestaciones de la Seguridad Social, a cargo de la Empresa, hasta el 100 por 100 de su salario fijo. En todo caso, en artículo al margen, se previene expresamente que la empresa se reserva la facultad de comprobar la veracidad de las bajas condicionando el mantenimiento de los complementos de la prestación económica por IT al consentimiento de la persona trabajadora para la realización de la revisión médica<sup>38</sup>.

En los supuestos de incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral, complemento de la prestación reglamentaria de la Seguridad Social hasta el 100 por 100 de los haberes fijos diarios brutos de la persona trabajadora (salario convenio, antigüedad, complemento ex categoría, complemento doble turno almacén central y plus de disponibilidad y jornada flexible, y complemento de puesto), hasta que se extinga la prestación reglamentaria de la Seguridad Social por incapacidad temporal o se cause baja en la Empresa. Expresamente se previene en el convenio que podrá suspenderse el abono del complemento, dando conocimiento previo de esta medida al comité de empresa, cuando existan indicios de enfermedad fingida o prolongación de la situación de baja por incumplimiento de las prescripciones médicas. En el caso de incapacidad temporal debida a accidente laboral o enfermedad profesional, abono del complemento desde el primer día. Mejora igualmente en el convenio para los supuestos de enfermedades sin baja, por un período no superior a tres días que fuesen justificados con parte de asistencias médica, ya sea éste de la Seguridad Social o de un profesional médico particular, abonándose el 100 por 100 de la retribución total de la persona trabajadora siempre que en los cinco meses naturales inmediatamente anteriores al que

37 Art. 35 del convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA (Servicio BSH al cliente, zona 3, Tarragona, Gerona y Palma de Mallorca). (BOE nº 208, de 29 de agosto de 2025).

38 Arts. 48 y 35, respectivamente, del Convenio colectivo de Nordex Energy Spain, SAU. (BOE nº 219, de 11 de septiembre de 2025).

se refieren las ausencias de enfermedad, no se hubiesen registrado ya más de tres días de ausencia por este mismo concepto<sup>39</sup>.

En otra regulación, se establece que la compañía complementará el 100 por 100 del salario real (salario base + complemento de convenio + complemento personal + complemento de mejora + antigüedad) con el objetivo de mantener su poder adquisitivo en situaciones de incapacidad temporal. No obstante, se menciona que, dado el elevado coste económico de esta medida, se hace necesario establecer unos criterios que limiten su aplicación en situaciones en las que el nivel de absentismo sea anormalmente elevado. En este sentido, se acuerda que, si el índice de absentismo se mantiene en una cifra igual o inferior al 5 por 100, se mantendrá durante todo el año el compromiso de complemento del 100 por 100 del salario real, mientras que, si el índice de absentismo superara el 5 por 100, se facultará a la compañía para la supresión del complemento, abonando exclusivamente las cantidades que, en virtud de las disposiciones vigentes, resultaran obligatorias<sup>40</sup>.

### **1.2.2. Incentivos salariales y absentismo**

Dentro del catálogo de medidas económicas para combatir el absentismo negociadas en convenios colectivos, podemos encontrarnos con dos grandes categorías de cláusulas que, de manera directa o indirecta, y desde una diferente naturaleza, sirven a este objetivo. Por un lado, complementos de productividad, pluses, primas o incentivos, cualquiera que sea su denominación, en los que el absentismo juega su papel, pero más bien de manera refleja; por otro, los más clásicos pluses de asistencia o de puntualidad, en los que simplemente se premia la asistencia al trabajo. Al margen de que también es posible encontrar en algún convenio colectivo otro tipo incentivo no económico vinculado al absentismo, por ejemplo, treinta y un días naturales de vacaciones anuales en lugar de treinta para las personas que no tengan ningún día de absentismo en el año en curso<sup>41</sup>.

Como vamos a tener ocasión de referir en epígrafe posterior, desde la promulgación de la Ley 15/2022 se ha abierto un intenso debate en sede judicial en relación con el posible desajuste de algunas de estas cláusulas convencionales desde la perspectiva constitucional, al configurarse como supuestos de ausencias computables a efectos de su devengo a determinadas situaciones de IT, o por el ejercicio de derechos de conciliación, lo que conlleva que nuestros tribunales concluyan mayoritariamente hasta la fecha a favor de la existencia de una vulneración del derecho del art. 14 CE desde la perspectiva de la no discriminación por razón de enfermedad o de género. Analizamos unos y otros por separado.

39 Arts. 112 y 114 del Convenio colectivo de Finanzauto, SAU, para el período 2025-2027. (BOE nº 219, de 11 de septiembre de 2025).

40 Art. 41 del Convenio colectivo de Nippon Gases España, SLU. (BOE nº 236 de 1 de octubre de 2025).

41 Art. 24 del Convenio colectivo del grupo Cashdiplo (Cashdiplo, SLU, y Diplo Arenas, SLU) (BOE nº 25 de 29 de enero de 2025).

### 1.2.2.1. Complementos de productividad y absentismo

Diferenciando entre el denominado “plus de absentismo” y “prima de absentismo”, en el II convenio colectivo del Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA., para el primero de los supuestos se establece que, el personal que posea a final de año un índice de absentismo inferior o igual al 2 por 100 y no perciba bonus por objetivos, como compensación, durante el año siguiente, recibirá un 1 por 100 sobre su salario base durante los años de vigencia del convenio. Además, en concepto de “prima de absentismo”, las partes acuerdan el establecimiento de una prima de absentismo, extraordinaria y no consolidable, que será abonable en el mes de febrero del año 2028 a aquellas personas trabajadoras que hubieran percibido el plus de absentismo durante cada uno de los años 2025, 2026 y 2027. Esta prima de absentismo, que será adicional al plus de absentismo, se corresponderá con un importe equivalente al 0,5 por 100 del salario base anual y el complemento convenio colectivo percibido por cada persona trabajadora<sup>42</sup>.

Con diferente denominación y naturaleza, pero incluyendo entre los parámetros para su objetivación el del nivel de absentismo, el denominado “Complemento variable individual” en concepto de retribución variable. Expresamente se previene que el complemento variable se calculará atendiendo al nivel de desempeño y cumplimiento de las funciones profesionales de cada persona trabajadora en el año evaluado, pero teniendo en cuenta elementos tales como cumplimiento de objetivos, rendimiento, productividad, iniciativa, sugerencias sobre mejora de procedimientos, actitud ante el trabajo y los/las compañeros/as, disposición con respecto de las necesidades de la empresa, conducta, nivel de absentismo, etc. No se concreta nada más al respecto de qué se entenderá como nivel de absentismo a estos efectos<sup>43</sup>.

Con un muy complejo sistema de devengo de lo que se denomina en el convenio como “Prima de productividad”, complemento que se configura como de cantidad y calidad de trabajo, y con objeto de reducir el absentismo, entre los muchos parámetros objetivables para el abono del complemento a los efectos del cálculo expresamente se refiere lo que se denomina como “concepto de asistencia”, definido como la presencia en el puesto de trabajo (vacaciones y licencias retribuidas se consideran como jornadas trabajadas). A partir de determinados parámetros, en el convenio se pacta un abono mensual por productividad, que se cobrará mensualmente por doce meses, un abono mensual por presencia individual, que se cobrará mensualmente por doce meses, y un abono anual por el cálculo de la prima del rendimiento industrial, que se cobrará el mes de junio siguiente al cierre del ejercicio<sup>44</sup>.

42 Art. 44 del II convenio colectivo del Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA. (BOE nº 69, de 21 de marzo de 2025).

43 Art. 24 del V Convenio colectivo de Axión Infraestructuras de Telecomunicaciones, SAU. (BOE nº 80, de 2 de abril de 2025).

44 Art. 63 del convenio colectivo de Alstom Transporte, SA. (BOE nº 92, de 16 de abril de 2025).

Resulta interesante mencionar la regulación que se contiene en el convenio colectivo de Altadis, SAU, e Imperial Tobacco, SLU., convenio en el que las partes deciden proceder a la supresión del incentivo por asistencia al trabajo y a la paga de productividad, En este sentido, y a los efectos que nos interesan, se refiere cómo, históricamente, el “Incentivo por asistencia al trabajo” retribuía la asistencia efectiva al trabajo y la permanencia en el mismo durante la jornada normal ordinaria, así como cumplir con el deber de puntualidad, tanto a la entrada como a la salida del trabajo, elementos expresivos de una concepción tradicional de prestación laboral en un determinado centro de trabajo, y dentro de un concreto horario. Sin embargo, por los motivos que se apuntan para cada uno de los colectivos de trabajadores personal de oficinas, de ventas y de fábrica, las partes negociadoras del convenio entienden que carece de sentido mantener un incentivo por algo que ya no es, en la manera en lo que lo era antes, esencial. A estos efectos, medidas de flexibilidad horaria, como las de la jornada flexible, el teletrabajo, la acumulación de la reducción de jornada por guarda legal en un único día, la acumulación del periodo de lactancia, la consideración como permiso retribuido del tiempo destinado a acudir a consulta médica o la eliminación de la penalización por la incorporación tardía al turno, conllevan a juicio de las partes negociadoras que el incentivo de asistencia haya perdido su razón de ser en la actualidad. No obstante, la supresión y modificación de estos complementos en el convenio 2025 se realizará mediante la eliminación del plus de asistencia y paga de productividad pero con la simultánea creación del denominado complemento salarial único<sup>45</sup>.

Bajo la denominación “Mejora absentismo”, se incorpora a partir del convenio 2025 un complemento cuyo devengo será anual para el personal de la plantilla con el objetivo de reducir el grado de absentismo existente y como medida incentivadora, complemento al que tendrá derecho el personal de la plantilla que en la anualidad en curso no se ausente de su puesto de trabajo. El importe del complemento, 226 euros para el año 2025 según tablas, y que se devengará durante el mes de abril, tomando como periodo de referencia los doce meses íntegros anteriores, resultando beneficiarias del mismo las personas trabajadoras cuyo tiempo de servicio acumulado en el momento del devengo alcance los doce meses íntegros anteriores. Expresamente, se consideran ausencias a los efectos del complemento, excluyendo el devengo del mismo, cualquier ausencia al trabajo, incluido el retraso en la hora de entrada o salida anticipada, siempre que no se encuentre comprendida dentro de la siguiente lista que se considerará exhaustiva y cerrada a todos los efectos: baja por AT y EP; descanso por nacimiento y cuidado del menor; horas sindicales; hospitalización de hijo/a o ascendientes de la persona trabajadora siempre que estén a su cargo; fallecimiento de familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; matrimonio o acta de pareja de hecho debidamente registrada de conformidad con la ley de parejas de hecho<sup>46</sup>.

45 Anexo 6 del Convenio colectivo de Altadis, SAU, e Imperial Tobacco, SLU. (BOE nº 158, de 2 de julio de 2025).

46 Art. 19 del Convenio colectivo de F. Faiges, SL. (BOE nº 163, de 8 de julio de 2025).

Bajo la denominación de “Incentivo de cumplimiento de jornada”, se pacta en convenio un complemento de percepción mensual y que, según los propios negociadores, tiene por objetivo fomentar la reducción del absentismo laboral, abonándose a cada persona trabajadora siempre que no tenga más de una ausencia al mes. No obstante, en el caso de que en el periodo de un trimestre natural no se superaran tres ausencias, se abonaría el complemento de aquellos meses correspondientes al periodo en los que se hubiera superado el límite de una ausencia mensual. No se considerarán ausencias a efectos de este complemento, las debidas a IT, los permisos por nacimiento, las vacaciones, los permisos retribuidos recogidos en el propio convenio, las ausencias motivadas por crédito horario, así como hasta dos horas por visitas médicas en el mes natural, que podrán regularizarse dentro del trimestre si no se superan 6 horas de ausencia en dicho periodo<sup>47</sup>.

Si bien no se configura como un complemento retributivo en sentido estricto, pero sí como uno de los criterios para efectuar la denominada “Evaluación del desempeño”, expresamente se refiere en el convenio el de no haber tenido un nivel de absentismo individualmente considerado superior al 4 por 100 por causa de licencias no retribuidas, faltas no justificadas, a excepción de los supuestos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la excedencia forzosa, y por nacimiento y cuidado del menor, que computarán como tiempo de servicio activo<sup>48</sup>.

Sin mayor especificación, en algún convenio se previene la posibilidad de establecimiento de los que se denomina por las partes negociadoras como “Primas de producción”, con carácter complementario de los conceptos retributivos estipulados en el convenio colectivo, como un sistema de retribución de trabajo por incentivo a criterio de la dirección en función de tiempos, cantidad y calidad del trabajo, facturación, objetivos económicos y beneficios a conseguir, previa comunicación a los representantes de los trabajadores. En todo caso, en el propio convenio se refiere como uno de los criterios o factores influyentes en la productividad el del absentismo, con lo cual, implícitamente, se entiende que se debería tener en cuenta a estos efectos<sup>49</sup>.

Con la catalogación de “Plus de no Absentismo (PNA)”, en determinado convenio sectorial se previene que, las empresas encuadradas en los anexos II, III, IV, V, VII y VIII del mismo, abonarán, mensualmente, por este concepto, un 4,4 por 100 sobre el salario para actividad normal, incrementado con la antigüedad. Las empresas encuadradas en el anexo VI, Ramo de Agua, aplicarán un 6,4 por 100 y las del anexo IX, Confección, un 3 por 100, excepto en la provincia de Barcelona que será de un 6 por 100, sobre los mismos conceptos. Expresamente, se determina que el plus se abo-

47 Art. 154 del II Convenio Colectivo del Grupo AENA. (BOE nº 182, de 30 de julio de 2025).

48 Art. 16 del Convenio colectivo de Azul Handling Spain Limited, sucursal en España. (BOE nº 185, de 2 de agosto de 2025).

49 Art. 162, en relación con art. 107, del convenio colectivo de Finanzauto, SAU, para el periodo 2025-2027. (BOE nº 219, de 11 de septiembre de 2025).

nará en las gratificaciones extraordinarias, así como que se tendrá en cuenta para el cálculo de la retribución de la hora extraordinaria<sup>50</sup>.

Como "complemento variable", se regula este incentivo no consolidable que se calcula atendiendo al nivel de desempeño y cumplimiento de las funciones profesionales de cada persona trabajadora en el año evaluado, teniendo en cuenta elementos tales como el cumplimiento de objetivos, rendimiento, productividad, iniciativa, sugerencias sobre mejora de procedimientos, actitud ante el trabajo y los/las compañeros/as, disposición con respecto de las necesidades de la empresa, conducta, nivel de absentismo, etc. A los efectos que más nos interesan, se determinada en el propio texto que el porcentaje que se establece en el anexo compensación para cada subgrupo de la retribución fija anual bruta del año evaluado será proporcional al tiempo trabajado en el año. De este modo, se considerará cada suspensión temporal superior a un mes de forma continuada como tiempo no trabajado, excepto en los supuestos de riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, lactancia, I.T., y todas aquellas otras ausencias que tengan como objetivo medidas de conciliación de la vida familiar y laboral<sup>51</sup>.

#### 1.2.2.2. Pluses de asistencia y puntualidad

No existe una posición común en la doctrina al respecto de la virtualidad práctica de este tipo de pluses a los efectos de combatir el absentismo, complementos que simplemente premian al trabajador por cumplir con una obligación básica. Para algún sector doctrinal, el reconocimiento de estas retribuciones cumple un papel eficaz en el control del absentismo fraudulento<sup>52</sup>. En otra lectura, no resulta tan sencillo afirmar que su inclusión suponga una reducción directa de las tasas de absentismo por un doble motivo, primero, porque la escasa cuantía de este tipo de complementos no supone un incentivo fuerte para corregir estos comportamientos, en segundo lugar, porque dependiendo de cómo hayan sido diseñados, podrán tener efectos incentivadores en la productividad o simplemente quedar vinculados a la presencia en el puesto de trabajo, aunque desconectados de la eficiencia de este tiempo<sup>53</sup>. Sea como fuere, al menos en el análisis que hemos podido efectuar en los convenios colectivos publicados hasta la fecha en el BOE durante el año 2025, la realidad es que parece que se encuentran en franco retroceso, en línea con esa aludida omisión al respecto del absentismo en el V AENC 2023, 2024, 2025.

50 Art. 61 del convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección, años 2024 a 2026. (BOE nº 243, de 9 de octubre de 2025).

51 Art. 21 del II Convenio colectivo de Axent Infraestructuras de Telecomunicaciones, SA. (BOE nº 256 de 24 de octubre de 2025).

52 Blázquez Agudo, E.M. (2015): "El control del absentismo a través de la negociación colectiva", en AAVV, *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir. Ignacio García-Perrote Escartín, Jesús R. Mercader Uguina), Thomson Reuters, editorial Aranzadi SA, págs. 395 y ss.

53 Nieto Rojas, P. (2016): "La incidencia de los complementos salariales en la reducción del absentismo. Su recepción en la negociación colectiva", Revista de información laboral, nº. 5, año 2016, págs. 181-198.

Sin regular como tal el plus, pero con referencia expresa en el convenio a la obligación de abono del promedio de determinados complementos en vacaciones tras conflicto instado en la Audiencia Nacional, entre ellos, el plus de asistencia, en lo que parece más una garantía de derechos adquiridos que una regulación *ex profeso* del plus<sup>54</sup>. En esta línea de garantía de derecho adquirido, inclusión del plus de asistencia y puntualidad en el nuevo “complemento convenio colectivo”<sup>55</sup>.

Como plus de asistencia puro y duro, se previene el abono de un importe de 3.660,73 euros anuales distribuido en doce pagas, de 305,06 euros cada una, devengándose por asistencia efectiva al trabajo. Expresamente se determina que, si por causa injustificada no se asistiese al trabajo, se descontará un importe de 14,81 euros por día efectivo de inasistencia. Nada se determina al respecto de ausencias computables o no a estos efectos<sup>56</sup>.

Configurado como un plus que se percibirá en enero a año vencido tras cómputo de las faltas, y en cuantía de 10 días de salario base mensual más antigüedad, en el convenio colectivo estatal de restauración colectiva se efectúan dos referencias a este tipo de pluses. Para la Provincia de Málaga, “plus de asistencia”, que exige para su percibo en su integridad al 100 por 100 que el número de faltas injustificadas y/o bajas por IT sea inferior o igual a 8 días al año, en caso de más de 9 faltas al año, devengo del 50 por 100 del plus, no percibiéndose en el supuesto de 10 o más días de faltas al año. A estos efectos, se excluyen las faltas debidas a baja maternal, ingreso hospitalario, accidente laboral y permisos retribuidos. En el caso de Ciudad Real, en concepto de plus asistencia y permanencia, 98,65 euros, abonados por once meses al año, no devengándose en vacaciones<sup>57</sup>.

Entre las denominadas como retribuciones variables, en cierto convenio se establece un “plus de asistencia” por importe de 20,41 euros, siempre que durante el mes natural no se hubieran producido faltas de asistencia al trabajo, cualquiera que fuera la naturaleza y número de días de la misma. No obstante, no se considerarán faltas de asistencia a estos efectos a las vacaciones, tiempo de recuperación y días libres. Asimismo, no tendrán consideración de faltas de asistencia aquellas derivadas de obligaciones y deberes de carácter público ineludible, los días por contraer matrimonio el propio trabajador, los días correspondientes al fallecimiento de familiares de primer grado y el accidente laboral<sup>58</sup>.

54 Art. 47, apartado 16, del Convenio colectivo del grupo Aviapartner Ground Handling. (BOE nº 41, de 17 de febrero de 2025).

55 Art. 28 del II Convenio colectivo del Grupo Cofely-Cofely España, SA/Engie Servicios Energéticos, SA. (BOE nº 69, de 21 de marzo de 2025).

56 Acuerdo sobre la revisión y las tablas salariales definitivas para el año 2025 del VII Convenio colectivo de Recuperación de Materiales Diversos, SA. (BOE nº 81, de 3 de abril de 2025), art. 24 del convenio.

57 Convenio colectivo estatal de restauración colectiva (BOE nº 148, de 20 de junio de 2025).

58 Acuerdo de modificación del XVIII Convenio colectivo de Iberia LAE, SA, Operadora SU y sus tripulantes de cabina de pasajeros. (BOE nº 190, de 8 de agosto de 2025), en relación con art. 98 del convenio.

En otro ejemplo de supresión del antiguo plus de asistencia y puntualidad, cuyo importe se integró en el denominado salario de nivel, y a fin de evitar un aumento del absentismo que pudiera derivarse de dicha integración, se determina en el convenio que las empresas procederán a la deducción del tiempo no trabajado en proporción a la retribución y jornada anual, deducida la retribución correspondiente a las vacaciones. En la regulación del convenio se previene que la deducción no se aplicará a las personas que asistan puntualmente al trabajo todos los días de la semana, que cuando se produzca una falta de puntualidad o asistencia al trabajo en el transcurso de una semana se aplicará la deducción semanal contemplada en la tabla anexa, o que la deducción se aplicará en el mes tantas veces como puedan reiterarse las faltas de puntualidad y asistencia, con el límite de una vez por semana y con independencia de las consecuencias disciplinarias que la reiteración pudiera conllevar. Excluyéndose del cómputo de las ausencias a las siguientes situaciones, cumplimiento de funciones de carácter sindical en los cargos representativos, permisos por causa de muerte de padres, cónyuge, hijos, hermanos, abuelos y nietos, períodos reglamentarios de vacaciones, suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de menor en supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiple o de hijo o menor con discapacidad, o intervención quirúrgica de los familiares referidos anteriormente, citaciones judiciales o gubernamentales o para asistir a examen para estudios oficiales, incluso el obligatorio, para obtener el permiso de conducción y para la obtención o renovación del documento nacional de identidad, así como durante los días trabajados en la semana en que se produzca la baja o alta originados por causa del accidente laboral, enfermedad común o accidente no laboral. Excepcionalmente, se previene en el texto que no computará a estos efectos la primera falta injustificada de puntualidad en el mes<sup>59</sup>.

También como un supuesto de complemento por asistencia “clásico”, se establece en el convenio colectivo que se abonará mensualmente la cantidad de 31,63 euros brutos con el fin de premiar la asistencia al trabajo. Mencionar que en este convenio se incluye un capítulo específico en materia de absentismo, con una exhaustiva regulación en lo que se refiere a las causas no computables y a las computables a efectos de cuantificación del absentismo, siendo computable la enfermedad (salvo las ausencias derivadas de hospitalización)<sup>60</sup>.

También bajo la denominación de “plus de asistencia”, que se devengará por jornada de trabajo fijándose su cuantía con carácter general en 4,5 euros brutos al día para 2025 salvo condición más beneficiosa ya devengada, con las excepciones de los días de no asistencia al trabajo por falta, enfermedad, accidente, permiso o cualquier otra causa, así como en los días de vacaciones. Como curiosidad en la regulación, expresamente se previene su no devengo en teletrabajo<sup>61</sup>.

59 Art. 22 del Convenio colectivo de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. (BOE nº 208, de 29 de agosto de 2025).

60 Art. 160 del Convenio colectivo de Finanzauto, SAU, para el periodo 2025-2027, en relación con la regulación contenida en los arts. 109 a 116.

61 Art. 36.I y 36.II del Convenio colectivo de Nippon Gases España, SLU. (BOE nº 236, de 1 de octubre de 2025).

Terminamos aquí el repaso de cláusulas relacionadas con el absentismo negociadas en los convenios colectivos publicados en el BOE en este año 2025. No sin antes apuntar que, en la práctica negocial analizada, y más allá de las referencias en los apartados dedicados a los derechos de información y consulta de los representantes legales, resulta habitual que, en algunos de ellos, se pacten comisiones específicas de trabajo para el análisis de la problemática del absentismo bajo diferentes denominaciones, comisiones de información, interpretación, seguimiento<sup>62</sup>, comisión técnica<sup>63</sup>, comisiones delegadas específicas dentro del comité<sup>64</sup>, o incluso compromisos de elaboración de protocolos en esta materia<sup>65</sup>. Evidentes razones de espacio nos impiden detenernos en su regulación.

## **2. LA INTERPRETACIÓN EN LOS TRIBUNALES EN RELACIÓN CON COMPLEMENTOS RETRIBUTIVOS Y ABSENTISMO**

A lo largo de los últimos años han sido frecuentes los conflictos colectivos planteados en sede judicial en relación con determinados complementos retributivos en los que el absentismo jugaba un papel protagonista a los efectos del devengo de los mismos, esencialmente, conflictos en cláusulas de absentismo "híbridas", aquéllas que combinan presencia y rendimiento, pero también con algunos pronunciamientos judiciales en conflictos al hilo de "cláusulas puras"<sup>66</sup>. Incluso, recientemente, alguna resolución judicial en la que se anula determinada regulación de una mejora de la acción protectora de la Seguridad Social en situaciones de IT derivadas de contingencias comunes. Como común denominador, en todos ellos subyacía una tensión entre el objetivo legítimo empresarial de fomentar la productividad de los trabajadores por la vía de combatir el absentismo, y el ajuste o no de estos incentivos a la legalidad vigente, esencialmente, desde la perspectiva del necesario respeto del derecho a la no discriminación por razón de enfermedad y por motivos de conciliación.

En este escenario, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>67</sup>, una lectura más o menos uniforme en nuestros juzgados y tribunales, parecía admitir la legalidad de este tipo de cláusulas desde la perspectiva legítima de la defensa de la productividad y de la lucha contra

62 Art. 30 del Acuerdo Marco del grupo Ferroglobe en España. (BOE nº 1, de 1 de enero de 2025).

63 Disposición adicional octava del XVI Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. (BOE nº 86, de 9 de abril de 2025).

64 Art. 85 del Convenio colectivo de Finanzauto, SAU, para el período 2025-2027. (BOE nº 219, de 11 de septiembre de 2025).

65 Disposición transitoria tercera del VII Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU; Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA. (BOE nº 119, de 17 de mayo de 2025).

66 Gimeno Díaz de Atauri, P. (2024): "La enfermedad como factor de discriminación. ¿El fin de los complementos de absentismo?", en *El Foro de Labos. Toda la actualidad laboral y social. Blog jurídico mantenido por académicos, abogados y profesionales del derecho*, 16 de abril de 2024, <https://www.elforodelabos.es/2024/04/la-enfermedad-como-factor-de-discriminacion-el-fin-de-los-complementos-de-absentismo/>.

67 Ley 15/2022, de 12 de julio, BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

el absentismo. Doctrina esta en línea, por un lado, con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional a propósito de la legalidad desde la perspectiva constitucional de práctica empresarial consistente en computar como absentismo a los efectos del devengo de determinada prima estipulada en convenio a las ausencias de los trabajadores como consecuencia del ejercicio del derecho de huelga, criterio extensivo *obiter dicta* a los supuestos de enfermedad o accidente, con la conclusión contraria en el supuesto de las ausencias del trabajador como consecuencia del ejercicio del derecho al sufragio activo en elecciones políticas<sup>68</sup>, pero también de conformidad con el criterio sentado en la jurisprudencia europea, que en su momento concluyó que la lucha contra el absentismo constituye una finalidad legítima si los medios aplicados por la normativa nacional para la consecución de esta finalidad son adecuados y no van más allá de lo necesario para alcanzarla<sup>69</sup>, criterio éste acogido en la jurisprudencia constitucional<sup>70</sup> y ordinaria<sup>71</sup> a propósito del denominado despido por absentismo.

Y ello con independencia de que su fuente de regulación se encontrara en los convenios colectivos o en políticas de empresa implementadas unilateralmente. En todo caso, los problemas se plantean cuando, para la consecución de esos incentivos, se computan como ausencias a los efectos de su no devengo a determinadas faltas de los trabajadores a su puesto de trabajo como consecuencia de bajas por IT o por el disfrute de permisos de conciliación, retribuidos o no retribuidos. Ausencias que, bien podían impedir directamente el acceso a los pluses o incentivos, como absentismo impeditivo, o limitar su consecución, como absentismo condicionante.

En este contexto, como un ejemplo de lo que hasta ese momento parecía admitirse en nuestros tribunales, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional va a declarar ajustada a derecho cierta práctica empresarial que impedía el devengo de determinado incentivo en el supuesto de que el trabajador hubiera superado un determinado porcentaje de ausencias justificadas por IT, práctica por el contrario declarada contraria a derecho en el caso del cómputo de los permisos retribuidos por motivos de conciliación establecidos legal y convencionalmente<sup>72</sup>. En el supuesto analizado, en un sector como el del contact center, donde este tipo de incentivos tradicionalmente han jugado un papel protagonista, en la normativa interna empresarial se establecía que, cuando el absentismo por este motivo fuera superior al 8 por 100, los trabajadores no percibirían cantidad alguna en concepto de incentivo, aunque hubieran alcanzado los objetivos,

68 STC 189/1993, 14 junio 1993: "El incentivo paccionado, antes bien, constituye un instrumento di-susitorio de las ausencias laborales, que no grava especialmente la pérdida del tiempo empleado por el trabajador en la huelga. El número de ausencias por huelga se diluye en el cómputo global de ausencias como una causa más sin que tenga una especial repercusión. Tanto integran el índice de absentismo las bajas intermitentes por enfermedad o accidente como las ausencias debidas a huelga, lucrando de igual modo el porcentaje mínimo de absentismo a efectos de devengar el incentivo controvertido".

69 STJUE 18 enero 2018 (asunto C-270/16, Ruiz Conejero y Ferrovial Servicios Auxiliares SA).

70 STC 40/2019, 27 marzo 2019.

71 STS 2 noviembre 2022 (Rº 3208/2021).

72 SAN 8 junio 2016 (Procedimiento 131/2016).

percibiendo el 75 por 100 cuando su absentismo se situara entre el 5 y el 8 por 100. Esto es, se implementaba en la política empresarial lo que denominamos como un absentismo impeditivo por razón de IT. Aun así, el objetivo legítimo de la reducción de los niveles de absentismo amparaba a juicio de la Sala un plan de incentivos en el que se promovían medidas para su reducción, sin que dicha actuación constituyera una lesión del derecho a la salud de los trabajadores puesto que nada les impedía darse de baja cuando lo necesitaran, debiendo tener presente en todo caso que, en la base reguladora de la prestación, se incluiría el incentivo percibido en el mes precedente. Para reforzar su conclusión, el Tribunal concluyó que la situación contraria podría conducir a resultados absurdos, por ejemplo, que los trabajadores que hubieran permanecido en IT todo el mes percibieran el incentivo, resultando en todo caso razonable y proporcionado el umbral determinado para reducir o suprimir el incentivo.

A propósito de la impugnación de determinado acuerdo alcanzado entre empresa y los representantes de los trabajadores en el contexto de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo por el que se renegociaba el sistema de incentivos. Si examinamos con detalle los antecedentes de hecho del caso, comprobamos cómo, en aquél contexto, inserto en un procedimiento de flexibilidad interna, las partes negociadoras pactaron expresamente en el Anexo I del acuerdo determinada cláusula, denominada "Devengo del incentivo secciones", a tenor de la cual el incentivo no se devengaría *"Durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada (v.gr. periodos de impugnación de altas médicas, etc.), ni será tornado en consideración en ningún caso a efectos de complementar las prestaciones de la Seguridad Social que correspondan"*, así como tampoco, *"Durante las ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa, salvo durante las vacaciones, las horas sindicales y los permisos por tiempo inferior a la jornada diaria del trabajador."* Impugnado el acuerdo en sede judicial por determinado sindicato, solicitando que se declarara la nulidad de ambas excepciones al devengo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en lo que se refiere a la imposibilidad de devengo durante los periodos de incapacidad temporal, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada, textualmente, va a declarar que *"En lo que se refiere a las primeras ("Incapacidad temporal de los trabajadores; maternidad, paternidad...; riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses"), previstas como causa de suspensión del contrato de trabajo en los apartados c ), d ) y e) del referido art. 45 E.T, el no devengo del incentivo por el periodo de tiempo en que concurren dichas situaciones resulta perfectamente ajustado a derecho con arreglo a lo dispuesto en el art. 45.2 E.T que dispone que :"La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo", luego si no hay efectiva prestación de servicios, durante dicho periodo no existe el derecho al percibo de retribución alguna durante los mismos"*. A mayor abundamiento, al resultar situaciones protegidas en el TRLGSS, con derecho a prestación económica del sistema que compensa la pérdida de rentas derivadas del trabajo ocasionadas por la concurrencia de tal causa de suspensión del contrato, ningún reproche puede hacérsele a la cláusula a estos efectos a

juicio de la Sala, argumento que se traslada para el supuesto de las exclusiones en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia. En este último sentido, la Sala mantiene que *“el no devengo del incentivo durante las mismas no supone una discriminación por razón de sexo, proscrita por los arts. 14 CE, 17 E.T y 8 de la LO 3/2007 de la ley 3/2.007 de igualdad entre mujeres y hombres, puesto que no se acredita trato desfavorable por razón del embarazo o maternidad, ya que como ha explicado la empresa en el acto de la vista, dicho trato desfavorable se enerva por la dinámica conjunta del devengo y percepción del objetivo y de las prestaciones de seguridad social, ya que las prestaciones económicas de seguridad social correspondiente a dichas situaciones se calculan sobre el 100 por 100 de la base reguladora tenida en cuenta para la prestación de IT –arts. 179.1, 185.1, 187.3 y 189 de la LGSS–, esto es de la base de cotización en ese momento que tenga cada trabajador, lo que incluirá tanto el salario base como los complementos salariales, de conformidad con el art. 147.1 de la LGSS”*, por lo que se desestima la solicitud de nulidad del acuerdo en este punto. No va a resolver el Tribunal en el mismo sentido en el supuesto de la impugnación del acuerdo en lo referente a la exclusión del devengo del incentivo durante las ausencias del puesto de trabajo cualquiera que fuera su causa, excepto vacaciones, horas sindicales y permisos por tiempo inferior a la jornada ordinaria, concluyendo que la exclusión durante el ejercicio de los permisos retribuidos del art. 37.3 ET por motivos de conciliación no resulta legítima, al no resultar admisible penalizar ni directa ni indirectamente el ejercicio por parte de los trabajadores de derechos que se encuentren vinculados a las situaciones de embarazo, parto o lactancia (art. 8 de la LOLS), o al cumplimiento de deberes parentales o al ejercicio de derechos de conciliación de la vida profesional con la personal y laboral, conclusión extensible en relación a la acumulación de horas por lactancia superiores a un día, debiendo garantizarse la retribución íntegra, declarando la Sala la nulidad del segundo de los párrafos del apartado 4 del pacto impugnado<sup>73</sup>.

En este punto, interesa llamar la atención del lector sobre una cuestión que, a nuestro entender, resulta determinante en este debate. Si comparamos las dos resoluciones analizadas, podemos comprobar sin mayor dificultad como las ausencias al puesto de trabajo por motivo de baja por IT juegan un papel total y absolutamente diferente en cada uno de los supuestos analizados. Así, mientras que en el escenario de la sentencia de 8 de junio de 2016 la superación de un determinado porcentaje de absentismo por IT “cerraba el paso” al devengo del incentivo, en la resolución de 20 de marzo de 2018 el acuerdo especifica simplemente el no devengo del incentivo en suspensiones del contrato por incapacidad temporal, suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, paternidad, lactancia o situación asimilada.

En todo caso, antes de continuar con el recorrido por las resoluciones judiciales tras la promulgación de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, nos detenemos en el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en

73 SAN 20 marzo 2018 (Procedimiento 8/2028).

la resolución del recurso de casación planteado contra la sentencia de la Audiencia Nacional referida en el párrafo anterior, toda vez que, en ella, el Alto Tribunal, va a incidir en una cuestión importante en relación con los permisos retribuidos del art. 37.3 y 37.4 del ET, diferenciando entre lo que cataloga como permisos neutros o no a estos efectos. En esta teoría, el Tribunal Supremo concluye de partida que la negociación colectiva es un instrumento perfectamente válido para la determinación de las ausencias que podrían dar lugar a la exclusión del devengo de un plus de estas características, con el importante matiz en el sentido de que la expresión "ausencias del puesto de trabajo, cualquiera que sea su causa" no tuviera un alcance tan amplio como para excluir del sistema de incentivos a las trabajadoras y trabajadores que se encuentren en situaciones especialmente protegidas vinculadas al ejercicio de cualquier derecho fundamental. De este modo, partiendo de la prohibición de situaciones de discriminación directa o indirecta de conformidad con la regulación contenida en la LO 3/2007, el Alto Tribunal va a concluir que, en relación con los permisos del art. 37.3 ET, no resulta posible aplicar un tratamiento jurídico unitario para todos y cada uno de los distintos tipos de permisos que contempla, al resultar muy heterogéneos, de muy distinta naturaleza, que obedecen a causas y razones muy diversas, y que no siempre encierran un impacto sobre la efectividad del derecho a la igualdad y no discriminación. A partir de aquí, va a interpretar que, en relación con el permiso de lactancia del menor de nueve meses del art. 37.4 ET y la posibilidad de acumulación por jornadas completas, la literalidad del acuerdo impugnado en el caso de autos entraría en colisión con aquel derecho fundamental, en la medida que impediría alcanzar la finalidad de efectiva igualdad de mujeres y hombres por la vía de penalizar el ejercicio de la corresponsabilidad parental como instrumento de consecución de dicho principio. En relación con los permisos del art. 37.3 ET, la Sala señala que el punto de partida no puede ser otro que el dispuesto en el art. 26 ET, que deja en manos de la negociación colectiva la configuración de la estructura salarial. Dicho esto, como hemos apuntado líneas arriba, esa posibilidad no es ilimitada, pues encuentra una excepción en aquellos supuestos en los que la exclusión del complemento, en determinadas clases de licencias y permisos, pudiera suponer una merma de la efectividad del principio de igualdad de mujeres y hombres. A partir de afirmación, el Tribunal Supremo nos ofrece una clasificación de sumo interés a estos efectos. Así, el permiso de quince días naturales en caso de matrimonio ex art. 37.3 a) ET, se califica como objetivamente neutro en términos de circunstancias de género, pues afecta por igual a hombres y mujeres, y no hay por lo tanto razón para considerar que la exclusión del complemento de incentivos por productividad durante tales ausencias pudiere generar ninguna clase de discriminación directa o indirecta de las mujeres respecto a los hombres. Por el contrario, en los permisos del art. 37.3 b) ET, la Sala concluye que sí que es de apreciar la concurrencia de circunstancias de género de las que se deriva una discriminación indirecta, que debe ser corregida, salvo en el caso del fallecimiento de un pariente, supuesto éste en el que el impacto de género es neutro y no hay motivos para considerar la eventual concurrencia de una discriminación. Al respecto del permiso por traslado del domicilio habitual del art. 37.3 c) ET, concluye que debe considerarse igualmente como neutro a estos efectos, lo

mismo que el tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal del permiso del art. 37.3 d) ET. En el caso de ausencias sindicales, los motivos para su no exclusión parecen obvios. En el supuesto de los permisos del art. 37.3 f) ET, ausencias por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, nos encontramos a juicio de la Sala ante una evidente situación de discriminación directa de las mujeres trabajadoras, mismo criterio para las ausencias para asistir a las preceptivas sesiones de información y preparación o realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento<sup>74</sup>.

No obstante, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, los tribunales van a cambiar el criterio, al menos en lo que se refiere al cómputo de las ausencias por bajas por IT para el devengo de los incentivos, en un giro interpretativo que se percibe claramente en las resoluciones de la Audiencia Nacional dictadas, con alguna excepción, a partir de la fecha de entrada en vigor de aquella norma.

Como primera resolución aplicando la nueva lectura, declaración por el Tribunal de la nulidad de pleno derecho de determinado plan de incentivos, también en el sector de contact center, en el que se computaban las ausencias por IT para el devengo del complemento al modo de absentismo impeditivo, esto es, no se generaba derecho al plus si se superaban ciertos límites. A juicio del Tribunal, y aún consciente de su anterior criterio, tras la promulgación de la ley 15/2022, el trato desigual conferido a los trabajadores que por encontrarse en IT hubieran superado los índices de absentismo exigidos en el plan, constituía un supuesto de discriminación directa por razón de enfermedad. En el caso analizado, se enjuiciaba la impugnación de determinadas cláusulas de un plan de incentivos en el que, en términos muy similares al analizado en la resolución anterior, se penalizaba el absentismo injustificado, pero también las ausencias justificadas, con excepción hecha de los supuestos de horas dedicadas a lactancia, maternidad, crédito sindical y vacaciones. A mayor abundamiento, la Sala va a declarar que, en el escenario de ausencias por permisos no retribuidos para acompañar a consultas médicas a menores de 9 años o a mayores de 65 años previo aviso y justificación, el cómputo de estas ausencias como supuestos de absentismo a los efectos del devengo del incentivo constituía un supuesto de discriminación indirecta y de discriminación por asociación para el colectivo de mujeres trabajadoras de la empresa, en la medida en que mayoritariamente eran las mujeres quienes solicitaban esos permisos, declarando su nulidad<sup>75</sup>. A partir de esta resolución, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional va a confirmar el giro interpretativo en posteriores resoluciones.

Así, en el conocido como asunto “Verallia I”, se trataba de enjuiciar determinado “Incentivo de mejora” pactado en el convenio colectivo cuyo cobro se ponderaba teniendo en cuenta el número de ausencias individuales de cada trabajador, excluyén-

74 STS 3 diciembre 2019 (Recurso 141/2018).

75 SAN 19 junio 2023 (Procedimiento 114/2023).

dose del cómputo a los efectos del absentismo tan solo a las ausencias del trabajador por vacaciones, por diferencias horarias, y por licencias sindicales. Específicamente, en la regulación convencional se preveía que, en caso de menos de 8 horas de ausencia en el mes, el trabajador obtendría el 100 por 100 de la cuantía que correspondiera al centro de trabajo, en el caso de 8 o más horas de ausencia al mes y menos de 16 horas, el trabajador obtendría el 70 por 100 de la cuantía que correspondiera al centro de trabajo, en el caso de 16 o más horas y menos de 24 horas, el 30 por 100 de la cuantía que correspondiera al centro de trabajo, por último, en el caso de 24 o más horas de ausencia al mes, el 0 por 100 de la cuantía que correspondiera al centro de trabajo. Por tanto, no se trataba de un absentismo impeditorio absoluto en sentido estricto a estos efectos, pero sí de un absentismo impeditorio a partir de determinado umbral de ausencias condicionado a la no superación de determinados límites. Con estos antecedentes fácticos, una vez planteada por los sindicatos demanda en sede judicial en procedimiento de impugnación del convenio colectivo, la Sala va a declarar la nulidad del precepto en lo que se refería a las ausencias por IT, al concluir que el trato peyorativo a todo trabajador que cursara una baja por IT en el mes de referencia por un periodo superior a 8 horas, constituía un supuesto de discriminación directa por enfermedad o estado de salud proscrita por el art. 2.3 de la Ley 15/2022, toda vez que el trabajador vería minorada la cantidad a percibir en concepto de incentivo de mejora en una cuantía superior a la que le correspondería en función de los días efectivamente trabajados si no existiera ese ajuste. A mayor abundamiento, en el caso de la exclusión de determinados permisos vinculados con la conciliación de la vida personal y familiar a los efectos de calcular las horas de ausencia, la Sala va a concluir a favor de la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, al resultar un hecho objetivo que dichos derechos de conciliación son ejercidos mayoritariamente por mujeres, sin que existiera a su juicio una justificación objetiva y razonable para enervar esta conclusión. Por último, en el escenario de cómputo de las ausencias en los supuestos de los permisos por enfermedad de familiares y de los permisos por acompañamiento a menores a consultas médicas, el Tribunal va a concluir a favor de la existencia de una discriminación por asociación por razón de enfermedad<sup>76</sup>. A pesar de que esta resolución fue revocada por el Tribunal Supremo en lo que se refería a la declaración de nulidad del art. 49 del convenio colectivo, al concluir el Alto Tribunal que “*A juicio de esta Sala, la regulación del incentivo de mejora no es nula cuando tiene en cuenta las ausencias al trabajo que no están justificadas o se deben a factores no discriminatorios: ajenas a la discriminación por razón de enfermedad, a la discriminación por razón de sexo o a la discriminación por asociación*”, regla de “interpretación conforme” que impediría aplicar aquellos incisos de la cláusula convencional litigiosa que considera que conducirían a resultados discriminatorios<sup>77</sup>, la realidad es que, más allá, y a los efectos de nuestro trabajo, la sentencia del Supremo

76 SAN 22 enero 2024 (Procedimiento 280/2023).

77 Matorras Díaz-Caneja, A.: “Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en El punto de mira. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 486, pág. 185.

confirma el criterio de instancia en relación con las discriminaciones por el cómputo de ausencias por IT y por el disfrute de permisos retribuidos o no retribuidos por motivos de conciliación<sup>78</sup>. Criterio reiterado por la Audiencia Nacional en “Verallia II”<sup>79</sup>.

En esta misma línea interpretativa, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional va a proceder a declarar la nulidad de determinadas cláusulas en un plan de incentivos en el que se suprimía o reducía el incentivo a percibir por haberse encontrado el trabajador en situación de baja médica, indisposición o reposo médico, constatando la existencia de una discriminación por razón enfermedad. Textualmente, se refiere en la fundamentación jurídica de la sentencia que “*Las tres situaciones recogidas como “absentismo no recuperable” constituyen a juicio de esta Sala una discriminación directa por razón de salud o enfermedad, penalizando la percepción del incentivo al considerar como “no recuperables” las ausencias debidas por bajas médicas, indisposiciones puntuales y reposos médicos, situaciones todas ellas vinculadas con una situación de salud desfavorable para el trabajador, ajena en todo punto a su voluntad, y de la que se desprende una evidente penalización, frente a otros trabajadores que no incurren en dichas situaciones, incidiendo en la percepción del objetivo*”<sup>80</sup>. Misma conclusión alcanzada en el supuesto de impugnación en relación con el modo de cálculo de la retribución variable en determinada empresa tras su decisión de considerar como no productivas aquellas jornadas en las que la persona trabajadora no hubiera podido prestar servicios por encontrarse en situación de incapacidad temporal o por haber utilizado los permisos retribuidos reconocidos por el artículo 37.3 b), e) y f) del ET<sup>81</sup>.

Muy similar la conclusión y fundamentación en resoluciones coetáneas en la doctrina de suplicación. Como botón de muestra, en conflicto planteado en el supuesto de incentivo empresarial en el que se computaban como ausencias a los efectos del absentismo a las ausencias por permisos no retribuidos por motivos de conciliación regulados en el art. 29 del convenio sectorial de contact center, así como a las ausencias por bajas por IT en determinadas escalas (entre el 5 por 100 y el 7 por 100, minoración del 25 por 100 del incentivo, entre el 7 por 100 y el 9 por 100, minoración del 50 por 100 del incentivo, entre el 9 por 100 y el 10 por 100, minoración del 75 por 100 del incentivo, más del 10 por 100, no percibo del incentivo), incluso con la posibilidad de recuperación de esos incentivos vía regularización en los dos meses siguientes en caso de no tener absentismo por IT a estos efectos. Pues bien, al igual que en las resoluciones analizadas en el seno de la Audiencia Nacional, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia va a declarar contraria a derecho y por tanto nula o anulable la práctica o regla empresarial consistente en penalizar con la perdida o minoración de los incentivos el absentismo cuando las ausencias estuvieran justificadas por quienes tuvieran a su cargo hijos o hijas menores de nueve años, o ascendientes mayores de sesenta y cinco años, por el tiempo necesario para acom-

78 STS 20 enero 2025 (Recurso 99/2024).

79 SAN 30 mayo 2025 (Recurso 98/2025).

80 SAN 13 febrero 2024 (Procedimiento 306/2023).

81 SAN 7 octubre 2024 (Procedimiento 201/2024).

pañarles a las consultas médicas oportunas, previo aviso y justificación, declarando el derecho de las personas trabajadoras afectadas a percibir los incentivos sin pérdida o minoración alguna derivada de dicha práctica o regla declarada contraria a derecho, concluyendo igualmente como contrarias a derecho por discriminatorias por razón de enfermedad y sexo las prácticas empresariales en los planes de incentivos consistentes en computar como absentismo los períodos de incapacidad temporal, incapacidad temporal relacionada con el embarazo e incapacidad temporal por riesgo durante el embarazo, sentando el criterio a favor del derecho de las personas trabajadoras afectadas a percibir los incentivos sin pérdida o minoración alguna derivada de dicha práctica o regla declarada contraria a derecho<sup>82</sup>.

En esta línea interpretativa más restrictiva, pero en este caso específicamente al hilo de un plus de asistencia y puntualidad “puro”, esto es, condicionado a la mera asistencia al puesto de trabajo y no a la productividad, en procedimiento de impugnación del art. 18 del convenio colectivo de trabajo para empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (transporte sanitario) de la Comunidad Autónoma de Cataluña, en cuya regulación se acordó por la partes negociadoras la exclusión del derecho a percibir el complemento de asistencia y puntualidad a los trabajadores que hubieran estado en situación de incapacidad temporal (baja por enfermedad) a partir del tercer día, inclusive. Pues bien, como decimos, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña va a concluir en la misma línea al interpretar que la mencionada exclusión implica un trato discriminatorio por razón de enfermedad en comparación a los trabajadores que, bien no han tenido situaciones de baja, o bien, las han tenido como derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional o riesgo durante el embarazo, y que sí perciben el complemento, constituyendo este trato diferente para el Tribunal de Cataluña una discriminación directa por razón de enfermedad que no obedece a criterios objetivos<sup>83</sup>.

Como podemos comprobar, al margen de algunas consideraciones que efectuaremos en el epígrafe posterior, la realidad es que resulta incuestionable que la entrada en vigor en julio de 2022 de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha supuesto un antes y un después en la interpretación de cierto tipo de cláusulas de absentismo. En este contexto, en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se van a dictar dos importantes sentencias, la primera, a la altura de enero de 2023, después, en julio de 2025, resoluciones en las que, a los efectos de nuestro trabajo, nuestro Alto Tribunal va a sentar el criterio en el sentido de que no procede reducir el importe de los incentivos en función del tiempo en el que un trabajador hubiera podido estar en situación de incapacidad temporal en el período de referencia para su devengo.

En concreto, si analizamos la primera de las resoluciones, en un supuesto de retribución variable de un trabajador por cumplimiento de objetivos en un plan de empresa

82 TSJ Galicia 29 junio 2023 (Recurso 1639/2023).

83 TSJ Cataluña 3 diciembre 2024 (Recurso 22/2024).

y que había permanecido de baja por IT en el año de referencia del 1 de enero al 1 de junio y del 8 de noviembre al 31 de diciembre, con una consecución de objetivos del 83 por 100 según comunicación interna al efecto según se desprende en autos, su empresario, Fundación FECYT, procede a abonarle el porcentaje de objetivos en proporción al tiempo efectivo trabajado en el año de referencia, excluyendo por tanto del devengo los períodos en los que había permanecido el trabajador de baja por IT. Interpuesta demanda por el trabajador en sede judicial, la pretensión actora es desestimada en sendas sentencias dictadas, primero, por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, después, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Disconforme el trabajador con el fallo, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando el actor como sentencia de contraste una de las resoluciones del Alto Tribunal en la saga "ADIF/Renfe Operadora"<sup>84</sup>. En estos términos, la Sala IV del supremo va a resolver el debate planteado revocando las sentencias de instancia y sentando el criterio en el sentido de que no pueden descontarse los días correspondientes al periodo de incapacidad temporal en la retribución variable previsita por el convenio y desarrollada unilateralmente por la empresa, debiendo abonarse al trabajador el 83 por 100 de consecución de objetivos. En este sentido, se declara en la sentencia que el tiempo que el trabajador permaneció en IT durante el año natural a que corresponde el bonus en cuestión no puede comportar la minoración de su base salarial. No obstante, a modo de *obiter dicta*, la Sala efectúa la siguiente afirmación, "*No se trata de conclusión aplicable en todo caso, pero sí en aquellos planes de remuneración variable o por objetivos que posean características similares a los de las empresas recién mencionadas. Ni la empleadora puede, de forma unilateral, establecer condicionantes ajenos a los previstos en el convenio colectivos, ni la mera declaración empresarial de que la suspensión por IT comporta minoración del incentivo puede considerarse, por sí misma, la causa que justifica esa consecuencia*"<sup>85</sup>.

Más recientemente, en la segunda de las resoluciones, a la altura de julio de 2025, el Tribunal Supremo va a incidir en el criterio en el sentido de la imposibilidad del descuento de los días correspondientes al periodo de incapacidad temporal en la retribución variable en un supuesto de incentivo por ventas en la Empresa ZARA SA en el que determinada trabajadora, en el período de referencia para el devengo del incentivo, había permanecido de baja por IT durante un período de 50 días. A diferencia del caso anterior, aquí la sentencia de instancia de los Juzgados de Málaga sí que había dado la razón a la trabajadora, habiendo sido revocada en sede de suplicación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga. Interpuesto por la parte actora recurso de casación para la unificación de doctrina, con aportación como sentencia de contraste de la sentencia del Tribunal Supremo de enero 2023 en el asunto FECYT, la Sala IV va a reiterar su criterio en el sentido de que no procede re-

84 STS 5 octubre 2010 (Rº 243/2009), en criterio reiterado en STS 10 noviembre 2010 (Rº 222/2009), STS 7 diciembre 2011 (Rº 219/2011), STS 6 noviembre 2012 (Rº 3940/2011), STS 16 noviembre 2015 (Rº 353/2014), STS 5 mayo 2016 (Rº 3538/2014) y STS 4 octubre 2016 (Rº 6872015).

85 STS 25 enero 2023 (Rº 4265/2019).

ducir el importe de los incentivos en función del tiempo en el que la trabajadora estuvo en situación de incapacidad temporal en el período de referencia para su devengo: *"En suma, el tiempo que la trabajadora permaneció en IT durante el año natural a que corresponde el bonus en cuestión no puede comportar la minoración del importe de sus incentivos ya que se trata, de igual modo que en la de contraste, de una decisión unilateral de la empresa sin base alguna que permita justificar la misma"*<sup>86</sup>.

En todo caso, los conflictos en esta materia siguen planteándose, con criterios a veces no coincidentes, buena prueba de ello varias recientes resoluciones de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional a las que nos referimos a continuación.

Así, en determinada sentencia a la altura de septiembre de 2024, en demanda en materia de impugnación de convenio colectivo planteada por el Sindicato CIG contra la Empresa Mercadona SA y los Sindicatos Unión General de Trabajadores, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana y Confederación Sindical ELA, suplicando se dictase sentencia declarando, a los efectos que nos interesan, la nulidad del artículo 31 c), la Sala va a desestimar la demanda al entender que la exclusión del periodo de IT por enfermedad común superior a treinta días como tiempo de trabajo a los efectos del devengo del complemento denominado "Prima general por objetivos y permanencia" resulta conforme a derecho. Varios son los razonamientos del Tribunal para alcanzar esta conclusión: primero, el hecho de que dicho periodo no deba computarse como de trabajo efectivo no comporta que el trabajador que incurra en dicha situación no perciba el incentivo, sino que el mismo se percibirá proporcionalmente; en segundo término, resulta justificado que el convenio no compute periodos de tiempo elevados en situación de IT, en los que el trabajador no puede llevar a cabo cometido alguno ni cumplir los estándares de comportamiento fijados por la empresa; en tercer lugar, ninguna discriminación sufre el trabajador al amparo de la Ley 15/2022 desde el momento en que, ante una situación suspensiva, únicamente no computa como periodo trabajado aquél en el que proceso de IT por enfermedad común excede de treinta días<sup>87</sup>.

En un supuesto de devengo de variable proporcional al tiempo trabajado, en un supuesto de conflicto colectivo en el que desde la parte sindical se solicitaba que se declarara el derecho de los empleados de la Entidad CAIXABANK SA a que no les fuera reducido o minorado el importe en concepto de bonus anual por el hecho de que los trabajadores hubieran permanecido de baja médica en un período de 90 o más días, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional va a insistir en su criterio en el sentido de que no resulta discriminatorio ni vulnera la Ley 15/2022 calcular de manera proporcional el bonus excluyendo a los efectos del devengo esos períodos de suspensión del contrato de trabajo superiores a 90 días naturales dentro del periodo de devengo. En el supuesto enjuiciado, se trataba de un incentivo por la consecución de objetivos colectivos relacionados con la evolución del negocio, refiriendo la Sala

86 STS 16 julio 2025 (Rº 4616/2023).

87 SAN 16 septiembre 2024 (Procedimiento 199/2024).

en su fundamentación jurídica que no resultaba aplicable la lectura en la saga "ADIF/Renfe Operadora" al haber aportado la Empresa demandada en la documental determinada información sobre el Plan en lo que se refería a las reglas del cálculo, documento en el que expresamente se establecía que "*En el caso de existir periodos de suspensión del contrato de trabajo superiores a 90 días naturales dentro del periodo de devengo, no se devengará remuneración variable. En estos casos, el bonus se calculará proporcionalmente, excluyendo estos días*". Siendo así, se concluye que nada impide apreciar que el Plan de Bonus publicado premie la dedicación extraordinaria o el rendimiento superior al habitual del trabajador y los resultados obtenidos en el ejercicio de su actividad, sin que se considere una penalización desproporcionada para el trabajador que se ha visto obligado a permanecer en situación de IT por más de 90 días, no infringiéndose por tanto lo establecido en la Ley 15/2022<sup>88</sup>.

Aplicando de nuevo el criterio de proporcionalidad en el devengo, se desestima por la misma Sala demanda de conflicto colectivo interpuesta por CCOO, UTG y CSIF contra la empresa ALTADIS SA, al entender este Tribunal que no resulta discriminatorio por razón de enfermedad abonar un incentivo de ventas, complemento de cantidad y calidad, en proporción a los días trabajados en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes inferiores a treinta días. Para llegar a esta conclusión, la Sala apuntala su conclusión en las siguientes circunstancias según los hechos probados en sentencia. En primer término, se trataba de un incentivo individual, complemento de calidad y cantidad de trabajo ligado a objetivos individuales de cada trabajador. En segundo lugar, y según se desprende de la regulación convencional del denominado "Complemento incentivo de ventas", cuando un trabajador del área comercial entraba en situación de incapacidad temporal, la empresa procedía a realizar ajustes tanto en los objetivos como en el abono del incentivo. Por último, en la configuración del plan, resultaba incluso posible para el trabajador recuperar incentivos no devengados en determinados períodos en las condiciones descritas en la regulación del mismo. Con estos antecedentes, desde la perspectiva de que la Empresa ajusta los objetivos a los días trabajados y, por tanto, sí los abona, pero en proporción a los días trabajados, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional concluye que, en aplicación de su propia doctrina, esta práctica empresarial no constituye una discriminación proscrita por los artículos 2.1, 4.1 y 6.1.a) de la Ley 15/2022, textualmente, "*En la presente controversia estamos en presencia de un complemento de calidad y cantidad de trabajo que se anuda a objetivos individuales, no colectivos; objetivos que se ajustan a los días trabajados en los supuestos de incapacidad temporal por contingencias comunes, es decir, se cobra el incentivo si se alcanzan los objetivos recalculados; y se abonan en proporción a los días trabajados*"<sup>89</sup>.

Muy recientemente, desde otra perspectiva, volvemos a la dinámica de absentismo impeditivo condicionado, la misma Sala va a concluir que el excluir del cómputo

88 SAN 3 junio 2025 (Procedimiento 127/2025).

89 SAN 6 octubre 2025 (Procedimiento 207/2025).

de servicios prestados a la situación de incapacidad temporal a efectos de contabilizar el mínimo de días requerido para cobrar la prima excepcional en la Empresa Michelín, condicionada a una serie de requisitos, supone una discriminación por razón de enfermedad prohibida por el art. 2 de la Ley 15/2022. Para llegar a esta conclusión, se refiere en sentencia que se trataba de una prima de calidad de trabajo, identificada dicha calidad en el hecho de que el colectivo de trabajadores hubiera prestado servicios durante el año con una significativa adaptación de condiciones de trabajo, remunerando por tanto la circunstancia de que las jornadas a realizar se activaran o desactivaran en función de la demanda del mercado que se mostró singularmente variable en el año 2023. Por tanto, la Sala concluye que no se trataba de un complemento ligado a la duración o cantidad de jornada, lo que se deduce del hecho de que se cuantificara en una cantidad fija para todo el colectivo con independencia de si se había sufrido un mayor o menor número de activaciones o desactivaciones de jornada, obteniéndose siempre que se cumpliera con el resto de requisitos. Con estos antecedentes, la Sala considera que no existía justificación suficiente que avalara la exclusión de los períodos de incapacidad temporal del cómputo de servicios prestados porque la prima se abona, según afirma la propia demandada, por adaptarse a la activación o desactivación de jornadas y esa cualidad la cumplen igual quienes dentro del colectivo de personal horario/taller durante el año 2023 tuvieron una situación de incapacidad temporal, porque durante el tiempo en que estuvieron de alta también sufrieron esa adaptación, además de que esa adaptabilidad se ligaba a la asistencia al trabajo al menos 250 días durante el período de devengo<sup>90</sup>.

Cambiando el paso en lo que se refiere a la tipología del complemento de absentismo, y en la línea ya apuntada a la altura del mes de diciembre de 2024 en la Sala de suplicación de Cataluña a propósito de plus de asistencia y de puntualidad "puro"<sup>91</sup>, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional va a concluir a favor de la declaración de nulidad por existencia de discriminación por razón de enfermedad en el supuesto de un plus de asistencia al trabajo de carácter mensual, en cuya regulación en convenio colectivo se establecía que se percibiría siempre que durante el mes no se hubieran producido faltas de asistencia al trabajo cualquiera que fuera la naturaleza y número de días de la misma, exceptuándose no obstante a estos efectos a las situaciones de IT por accidente laboral, las vacaciones, los descansos semanales, librazas de festivos, las compensaciones de jornada y los días libres compensatorios de horas extraordinarias, lo mismo que las ausencias derivadas de obligaciones y deberes de carácter público ineludible, los días para contraer matrimonio el propio trabajador, los días correspondientes al fallecimiento de familiares de primer grado y las desprogramaciones de descansos. Incluso, en la propia regulación convencional se preveían unos supuestos de "recuperación" del plus en los casos de bajas por IT ininterrumpidas en determinadas situaciones. Con todo y con ello, la Sala que la aplicación del

90 SAN 20 octubre 2025 (Procedimiento 217/2025).

91 TSJ Cataluña 3 diciembre 2024 (Recurso 22/2024).

artículo del convenio en cuestión resulta discriminatoria por razón de enfermedad a tenor de lo establecido en el art. 2 de la Ley 15/2022<sup>92</sup>.

Como colofón a este recorrido por la doctrina más reciente en nuestros juzgados y tribunales en lo que denominamos de manera genérica como cláusulas para combatir el absentismo, ya en convenios o acuerdos, ya como consecuencia de prácticas empresariales, nos referimos a una reciente resolución de la Audiencia Nacional en la que, salvo error u omisión por nuestra parte, se va a resolver por vez primera sobre la posible discriminación en el supuesto de una mejora voluntaria de la acción protectora de la IT ex art. 238 del TRLGSS, completando así el tránsito por el enjuiciamiento en sede judicial de las diferentes posibles cláusulas de absentismo al menos desde una perspectiva teórica. En el caso analizado en autos, en determinada Empresa perteneciente al sector de grandes almacenes, y en la que se aplica el convenio colectivo del sector<sup>93</sup>, que en su art. 50 ya prevé una mejora voluntaria de la acción protectora de la IT, se suscribe a la altura del año 2002 un acuerdo de empresa por el que, a su vez, se mejora la regulación convencional vigente en aquél momento. En el año 2018, en el contexto de un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, el acuerdo de 2002, aún vigente, se complementa con otro por el que, a grosso modo, exclusivamente en el caso de centros de trabajo con un índice superior al 3,5 por 100 de absentismo, se decide neutralizar la mejora de IT según el acuerdo de 2002 para asemejarla a la del convenio colectivo sectorial vigente. De este modo, en lugar del complemento hasta el 100 por 100 del salario en los supuestos de IT desde el primer día hasta el período de 12 meses, complemento del 100 por 100 del salario base a partir del 12 mes de baja según acuerdo de 2002, se pacta un nuevo régimen para la mejora de la IT que, al modo de la regulación prevista en el convenio sectorial estatal<sup>94</sup>, establece lo siguiente: a) Durante los tres primeros días, los trabajadores no percibirán retribución ni complemento alguno con independencia del número de días que alcancen los períodos de enfermedad o el número de procesos que se produzcan. Como excepción, si en el transcurso del año no se inicia por el trabajador ningún otro proceso de incapacidad temporal por enfermedad común o por accidente no laboral, la empresa abonará, terminado el año, el 100 por 100 del salario base de grupo correspondiente a los tres primeros días de ese primer y único proceso; b) a partir del cuarto día, los trabajadores percibirán un com-

92 SAN 23 de octubre 2025 (Procedimiento 254/2025).

93 Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE núm. 137, de 9 de junio de 2023).

94 Art. 50: *"Las personas trabajadoras desde el primer proceso que se inicie dentro del año natural de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral debidamente acreditadas, no percibirán retribución ni complemento alguno durante los tres primeros días, con independencia del número de días que alcancen los períodos de enfermedad o el número de procesos que se produzcan. No obstante, si en el transcurso del año no se inicia por la persona trabajadora ningún otro proceso de incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, las empresas abonarán, terminado el año, el 100 % del salario base de Grupo, o del que se viniera percibiendo en tal situación en la empresa correspondiente a los tres primeros días de ese primer y único proceso. No computarán a todos los efectos los días que coincidan con internamiento hospitalario, ni las bajas por incapacidad temporal que estén motivadas por la aplicación de tratamientos de radioterapia o quimioterapia relacionados con el tratamiento del cáncer, ni por los tratamientos de diálisis."*

plemento sobre la prestación de Seguridad Social hasta alcanzar al 100 por 100 del salario base de grupo, con, a su vez, dos excepciones de posible mejora: primera, si en el transcurso del año fiscal anterior el trabajador no hubiera incurrido en ningún absentismo (ya sea derivado de incapacidad temporal o en caso de ausencia por enfermedad o accidente que no haya sido calificada como incapacidad temporal, salvo lo indicado en el párrafo siguiente), la empresa complementará exclusivamente el primer proceso de incapacidad temporal desde el primer día hasta el 100 por 100 del salario conforme a lo establecido en el pacto de empresa suscrito el 26 de febrero de 2002, segunda, no computarán a estos efectos los días que coincidan con internamiento hospitalario, ni las bajas por incapacidad temporal que estén motivadas por la aplicación de tratamientos de radioterapia o quimioterapia relacionados con el tratamiento del cáncer, ni por los tratamientos de diálisis. Interpuesta demanda de conflicto colectivo por tres sindicatos instando la declaración de nulidad de la cláusula del pacto de 2018 al entender que suponía una discriminación por razón de enfermedad tras Ley 15/2022, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional va a estimar la primera pretensión declarando la nulidad de determinados apartados del punto 2 del acuerdo de 31 de mayo de 2018, en concreto, los que se referían a la mejora de IT tanto durante los tres primeros días de baja como a partir del cuarto. Literalmente, la Sala va a argumentar que "*la regulación contenida en el acuerdo de 2018 introduce un trato desfavorable ante las situaciones de IT en un doble componente o grado: en primer lugar, al remunerar el complemento de IT, caso de concurrir una única baja en el año natural, tomando en consideración el 100 por 100 del salario de grupo, que no el 100 por 100 del salario como ocurría en el pacto anterior; y al penalizar la IT de carácter recurrente, complementando exclusivamente el primer proceso de IT en el año natural como en el caso de se haya causado una baja en el año fiscal anterior, produciéndose en este caso una discriminación ya no por razón de IT sino por condición de salud*"<sup>95</sup>.

### **3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL: ¿EXISTE MARGEN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE INCENTIVOS CONTRA EL ABSENTISMO EN CONVENIOS O EN POLÍTICAS EMPRESARIALES?**

Tras el giro interpretativo experimentado en nuestros tribunales a partir de junio 2023 con la promulgación y entrada en vigor de la Ley 15/2022, ya se apuntaba que la inclusión expresa de la mera enfermedad como causa de discriminación en el art. 2 de la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación obligaba a replantearse si seguía siendo viable tomar en consideración las ausencias justificadas para perjudicar (o al menos dejar de beneficiar) los intereses económicos de las personas trabajadoras a través de complementos de presencia o absentismo<sup>96</sup>. En todo caso,

95 SAN 1 julio 2025 (Procedimiento 113/2015).

96 Gimeno Díaz de Atauri, P. (2024): "La enfermedad como factor de discriminación. ¿El fin de los complementos de absentismo?", en *El Foro de Labos. Toda la actualidad laboral y social. Blog jurídico*

encontrándonos ante una nueva causa de discriminación de naturaleza legal, que no constitucional, la lectura lógica inicial de la norma invitaba a concluir a favor de una interpretación en la que pudieran defenderse ciertos espacios para la implementación de este tipo de cláusulas en la negociación colectiva de conformidad con el tenor literal de la Ley 15/2022, a estos efectos, art. 2.2 de la Ley<sup>97</sup>, en relación con art. 4.2 de la misma<sup>98</sup>. Máxime, en el contexto de una jurisprudencia europea e interna en la que se defendía la lucha contra el absentismo como un objetivo legítimo empresarial. Así es como se interpretó en un primer momento desde autorizado sector doctrinal, concluyéndose que, con sustento en la previsión del apartado 2 del art. 4 de la Ley 15/2022, “*La discusión debe trasladarse, por tanto, a la aplicación del canon de proporcionalidad a la medida diferenciadora. Y, en este terreno, no cabe una extensión inmediata de la reconstrucción que se ha elaborado cuando el absentismo conduce a la pérdida del empleo en atención a la diferente magnitud del efecto que se apareja a las ausencias*”, quedando espacio para la previsión de efectos superiores a los proporcionales en caso de ausencias por enfermedad, no pudiendo olvidarse que la prohibición de discriminación sólo impide las diferencias de trato que no puedan justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla<sup>99</sup>. No obstante, las dudas no eran pocas, concluyéndose en el sentido de que parecía arriesgado seguir incluyendo cláusulas que minoraran el abono de incentivos en función de los índices de asistencia, por cuanto daban un trato peor basado en el hecho de padecer una enfermedad y era fácil encontrar a juicio del autor el término de comparación para el juicio de igualdad entre dos trabajadores de la misma plantilla. Al menos en el caso de las cláusulas “híbridas”, pues en las “puras” podría defenderse la defensa de la productividad al modo de la lectura en su momento efectuada en el seno del Tribunal Constitucional en relación con las ausencias por huelga<sup>100</sup>. Creo que los pronósticos se quedaron cortos a estos efectos.

*mantenido por académicos, abogados y profesionales del derecho, 16 de abril de 2024, <https://www.elforodelabos.es/2024/04/la-enfermedad-como-factor-de-discriminacion-el-fin-de-los-complementos-de-absentismo/>.*

- 97 Arts. 2.2 de la Ley 15/2022: “*2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, y de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 4 de esta ley, podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es lograr un propósito legítimo...*”.
- 98 Art. 4.2 de la Ley 15/2022: “*2. No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla*”.
- 99 Goerlich Peset, J. M<sup>a</sup> (2024): “*Ausencias por enfermedad y retribución: ¿en qué quedamos?*”, en *El Foro de Labos. Toda la actualidad laboral y social. Blog jurídico* mantenido por académicos, abogados y profesionales del derecho, 24 de octubre de 2024, <https://www.elforodelabos.es/2024/10/ausencias-por-enfermedad-y-retribucion-en-que-quedamos/>.
- 100 Gimeno Díaz de Atauri, P. (2024): “*La enfermedad como factor de discriminación. ¿El fin de los complementos de absentismo?*”, en *El Foro de Labos. Toda la actualidad laboral y social. Blog jurídico* mantenido por académicos, abogados y profesionales del derecho, 16 de abril de 2024, <https://www.elforodelabos.es/2024/04/la-enfermedad-como-factor-de-discriminacion-el-fin-de-los-complementos-de-absentismo/>.

En este contexto, tras el pronunciamiento del Supremo en el asunto “Verallia I” a la altura de enero de 2025, incluso quienes inicialmente defendieron ciertos espacios, se vieron obligados a concluir en el sentido de que, seguramente, se estaba cerrando la puerta de manera definitiva a este tipo de medidas en la lucha contra el absentismo. Y ello así por mucho de que el autor no se mostrara conforme con el argumento, pues “*no deja de ser sorprendente que, en relación con el tratamiento retributivo de las ausencias justificadas, la protección de la enfermedad y del perímetro exterior de las facultades de conciliación de la vida laboral y familiar se lleva más lejos de lo que se ha llevado ningún derecho fundamental*”. En este sentido, el autor refería que “*es muy discutible que las ausencias que se consideran en estos pronunciamientos queden protegidas de forma automática por la prohibición constitucional de discriminación*”, al margen de afirmar con acierto que “*creo que no se ha hecho ningún análisis de la cuestión desde la perspectiva de la proporcionalidad, a la que tantas veces se ha referido la jurisprudencia y que es canon interpretativo expresamente recogido en la citada ley 15/2022 (art. 4.2)*”<sup>101</sup>.

En esta lectura igualmente crítica con la interpretación restrictiva, con el siguiente paso hacia la “*omniequivalencia retributiva*” de las situaciones de inactividad o desvinculación temporal respecto a las situaciones de actividad laboral efectiva, incluso con sus efectos de agravio, se concluyó que “*a la vista de la posición adoptada por el TS, a los incentivos ligados de manera expresa e intensa a la presencialidad y participación efectiva solo les resta utilidad para funcionar como herramienta frente al absentismo injustificado en cualquiera de sus formas (ausencias totales o parciales); para lo cual ya dispone la empresa de una herramienta complementaria que podría ser mucho más eficaz: el poder disciplinario*”. Muy interesante, determinada afirmación en la que la autora refiere a estos efectos que “*retribuir es recompensar; mientras que no retribuir como una mejora o mejorar con un importe inferior no es penalizar; es solamente no remunerar o no remunerar en la misma medida*”<sup>102</sup>.

Con estos antecedentes, y antes de contestar al interrogante planteado, creemos necesario incidir en determinadas consideraciones desde una perspectiva más teórica a los efectos de poder fundamentar nuestra conclusión.

Así, como cuestión clave, siguiendo a autorizada doctrina, no se discute que la CE no permita reconocer nuevas causas de discriminación, como se ha hecho en la Ley 15/2022 en relación con la enfermedad; pero, aún en este escenario, la jurisprudencia

101 Goerlich Peset, J. M<sup>a</sup> (2025): “Tratamiento retributivo del absentismo: ¿la última entrada? A propósito de la STS 40/2025, 20 enero”, en *El Foro de Labos. Toda la actualidad laboral y social. Blog jurídico mantenido por académicos, abogados y profesionales del derecho*, 20 de febrero de 2025, <https://www.elforodelabos.es/2025/02/tratamiento-retributivo-del-absentismo-la-ultima-entrada-a-propósito-de-la-sts-40-2025-20-enero/>.

102 Matorras Díaz-Caneja, A. (2025): “Absentismo y remuneración: los incentivos antiabsentismo en El punto de mira. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 40/2025, de 20 de enero”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 486, 182-190.

constitucional exige que esas nuevas causas sean "análogas" a las previstas en el art. 14 CE, en el sentido de que las mismas se refieran a diferenciaciones históricamente muy arraigadas, esto es, que el criterio de diferenciación utilizado tenga un carácter estigmatizante o una naturaleza particularmente odiosa que lo convierte en elemento de segregación. Y, en este contexto, pueden existir diferencias de trato relacionadas con la enfermedad que no sean estigmatizantes<sup>103</sup>, es la propia exposición de motivos como bien refiere la autora la que alude a ese carácter excluyente<sup>104</sup>. En este sentido, y más allá incluso de la "apertura" en la regulación legal, cuando en la norma se refiere expresamente la no consideración de discriminación cuando la diferencia de trato pudiera justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla<sup>105</sup>, creemos que en la restrictiva lectura de nuestros tribunales se pudiera estar incidiendo en una importante confusión al respecto de muy consolidada doctrina constitucional que, claramente, viene diferenciando desde hace décadas entre el derecho a la igualdad de trato y el derecho a la no discriminación. En este sentido, al menos en lo que se refiere a los incentivos por absentismo, no creemos que se den las características necesarias para entender que la diferencia de trato venga determinada por la pertenencia del trabajador a un grupo o colectivo históricamente marginado, ni mucho menos<sup>106</sup>.

Incluso, en esta lectura, en el contexto de un juicio como el de igualdad, que no se discute que lo es de carácter relacional, en el que se exige que nos encontremos ante situaciones comparables, no creemos que se den las circunstancias para entender que la situación de partida entre un trabajador activo y otro ausente por tener el contrato de trabajo suspendido ex art. 45 ET sea comparable a estos efectos. Sí seguramente en el caso de permisos de conciliación, pero no en el caso de bajas por IT.

Más allá de estas consideraciones, resulta igualmente criticable el hecho de que se aplique de manera automática un mecanismo de nulidad sin tener en cuenta más allá que no existe una relación directa entre la situación de IT y el concepto de enfermedad en todos y cada uno de los supuestos, ya que sólo consta que el trabajador se encuentra en esta situación de IT, pero no se acredita que la misma derive de una

103 Aguilera Izquierdo, R. (2023): "El despido del trabajador en situación de incapacidad temporal tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022", *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, Vol. 2, Núm. 2, 2023, págs. 74 y ss, con cita de abundante jurisprudencia constitucional.

104 Exposición de motivos de la Ley 15/2022, apartado III, "Principios, objetivos, medios y estructura", pár. 10, "Por otro lado, parte del supuesto de que no cualquier trato diferenciado constituye un acto de discriminación, y es de destacar que aborda expresamente la cuestión de los límites del trato igual, de manera que en este no se puedan amparar conductas que en realidad atenten contra la igualdad de trato sea directa o indirectamente. Resulta relevante tener en cuenta que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos".

105 Art. 4.2 de la Ley 15/2022.

106 A estos efectos, nos remitimos a estudio sobre el particular en Álvarez del Cubillo, A. (2024): *El concepto de discriminación grupal y su eficacia real en el ámbito de las relaciones laborales*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1<sup>a</sup> edición, octubre 2024, ISBN 9788410568600.

situación de enfermedad<sup>107</sup>. No todas las bajas por IT van a serlo como consecuencia de sufrir una enfermedad, ejemplo palpable, bajas por estrés, ansiedad, etc., baste acudir a las definiciones al efecto en el seno de la OMS.

Dicho esto, y una vez que los tribunales han optado por aplicar la lectura más restrictiva a estos efectos tras el importante debate doctrinal iniciado tras la promulgación de la Ley 15/2022, la cuestión es evidente, ¿quedan margen para la negociación o implementación en planes de empresa de este tipo de cláusulas? Respondemos a la cuestión diferenciando entre los diferentes tipos de incentivos al absentismo.

- Incentivos o primas por absentismo (o por no absentismo)

En primer término, y en lo que se refiere a lo que podemos convenir en denominar como “primas de absentismo”, cláusulas híbridas vinculadas a la productividad y a determinadas ausencias al puesto de trabajo, y por mucho que encontremos importantes aristas en la lectura efectuada en nuestros tribunales, esencialmente al no aplicarse la justificación objetiva por una finalidad legítima y la adecuación, necesidad y proporcionalidad como canon de interpretación, la respuesta es obviamente negativa. No creo que dejen margen los tribunales para otra lectura, al margen de algún pronunciamiento aislado en este sentido<sup>108</sup>. No obstante, diferenciamos a su vez entre incentivos individuales y colectivos, pues pudiera abrirse un resquicio para estos últimos.

Así, en lo que se refiere a las primas de absentismo individuales, cualquiera que sea su denominación, la negociación en convenio o acuerdo, o la implementación unilateral por una empresa, de un cláusula en la que se computaran las ausencias por IT o por el ejercicio de derechos de conciliación como un criterio de absentismo impeditivo a los efectos de su devengo, ya lo fuera en términos absolutos, ya en términos relativos condicionada a la no superación de determinado número de ausencias por estos motivos, quedaría condenada a la segura declaración nulidad en el supuesto de impugnación. Incluso, sin entrar a valorar el hecho de haberse negociado en un convenio colectivo o acuerdo de empresa.

En el caso de primas por absentismo colectivas por la consecución de objetivos globales de las compañías, la restrictiva lectura derivada de la a nuestro juicio incorrecta aplicación del criterio mantenido en la saga “ADIF/Renfe Operadora”, resoluciones estas en las que la Sala IV resolvía en atención al tenor literal de determinados acuerdos colectivos suscritos, pero no más allá, conlleva nuevamente que este tipo de cláusulas, si se conciernen para combatir el absentismo, computando ausencias por los motivos apuntados en el caso anterior, resulten condenadas a la declaración de nulidad por discriminatorias por razón de enfermedad y por motivos de conciliación. Y ello

107 García Viña, J.: *El absentismo laboral y su gestión por medio de la negociación colectiva. Con especial incidencia en la incapacidad temporal y en la salud mental*, 1ª edición, ARANZADI LA LEY S.A.U., abril 2025, pág. 251.

108 SAN 16 de septiembre 2024 (Procedimiento 199/2024).

por mucho que no compartimos en absoluto el criterio en el sentido de que, desde una perspectiva teórica, un trabajador de baja por IT, por ejemplo, once meses en un año, ha podido contribuir de la misma manera a la consecución de los objetivos globales de la compañía que un trabajador en activo los doce meses del año.

En este sentido, el único margen sería el de abono real del objetivo alcanzado en supuestos de retribuciones variables por objetivos proporcionalmente al tiempo trabajado excluyendo el tiempo de suspensión del contrato de trabajo por IT, computando igualmente el tiempo de ausencias por ejercicio de derechos de conciliación, pero en estas cláusulas no se trata de primas por absentismo en sentido estricto sino de variables por objetivos puros y duros.

En todo caso, determinado sector entiende que quedaría margen para una prima anual por objetivos, con importe único para toda la plantilla, en función de la no superación de un porcentaje de absentismo colectivo en el que, a efectos de cómputo, expresamente se incluyeran las bajas por IT a nivel global empresa como ausencias<sup>109</sup>.

- Pluses de asistencia y puntualidad

En relación con este tipo de cláusulas “puras”, y tras la reciente resolución de la Audiencia Nacional de octubre de 2025, que confirma el criterio apuntado ya por el TSJ de Cataluña en el año 2024, en la medida en que se concluye que sólo es la ausencia por enfermedad el factor diferencial, la consecuencia es la imposibilidad de implementación de este tipo de cláusulas de futuro. Y ello por mucho de que nos mostremos en contra del criterio, primero, porque no es la enfermedad el factor diferencial. Anteriormente, porque no existe diferencia de trato alguna, desde la perspectiva de que se trata de no aplicar un complemento salarial a alguien que se encuentra con el contrato de trabajo suspendido. En tercer lugar, porque esta lectura, en supuestos como el analizado, en último término, conlleva la paradoja de un mejor trato para un trabajador en situación de baja por IT, que devenga prestación de Seguridad Social más mejora de convenio, que para un trabajador en activo, al cual, a mayores, se le pagaría doblemente el plus de asistencia. En todo caso, salvo que el Tribunal Supremo rechace tan restrictiva lectura en una hipotética futura lectura, ningún margen existirá para negociar este tipo de cláusulas, más aún si tenemos en cuenta la necesidad de aplicar el criterio de abono en su integridad en supuestos de jornadas reducidas por conciliación<sup>110</sup>, incluso en contratos a tiempo parcial<sup>111</sup>.

- Mejoras de IT pactadas en convenios

En lo que concierne a la posibilidad de implementación vía negociación colectiva de mejoras voluntarias de la acción protectora de la IT de conformidad con lo previsto en el TRLGSS, y una vez que los tribunales parecen que entienden que no mejorar

109 Lahera Forteza, J., reflexiones del autor tras conversaciones en el seno del Departamento de Derecho del Trabajo de la Facultad de Derecho de la UCM.

110 STS 23 septiembre 2025 (Rº 259/2023).

111 STS 17 julio 2024 (Rº 204/2022).

determinadas contingencias en detrimento de otras supone discriminar a los trabajadores por razón de enfermedad, la conclusión es la de la absoluta imposibilidad de implementación de este tipo de cláusulas en los convenios, toda vez que sólo serían viables en el hipotético escenario de mejora en todas y cada una de las circunstancias. En este sentido, una vez que se mejorara la protección de la prestación en algún supuesto, léase bajas más prolongadas, o bajas por determinadas contingencias, o por enfermedades más graves tipo tratamientos por cáncer o similar, el trato diferente conduciría a la declaración de su nulidad. Desde esta perspectiva, a salvo futura intervención por la vía jurisprudencial, quedan absolutamente vedadas para la negociación colectiva y las políticas empresariales. No obstante, en este supuesto, parece que sí que existe un cierto compromiso en la doctrina más autorizada sobre el particular al respecto de la necesidad de supresión de este tipo de incentivos como medida eficaz en la lucha contra el absentismo.

En esta tesitura, como reflexión de cierre, la lectura enormemente restrictiva tras la Ley 15/2022, declarando en sede judicial nuestros tribunales la nulidad por discriminación por razón de enfermedad de los complementos por absentismo en sus diferentes manifestaciones en la mayoría de las resoluciones analizadas, conduce inexorablemente a la desaparición de este tipo de cláusulas de los convenios colectivos y de las políticas empresariales con lo que, esta omnicomprensiva igualdad retributiva, paradójicamente, va a provocar el resultado de unas peores condiciones de trabajo para todos los trabajadores, hubieran tenido ausencias o no. Específicamente, en el caso de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, esta lectura del “café para todos”, perjudica claramente a trabajadores enfermos con enfermedades graves de larga duración, a los que podría beneficiarse vía mejora de la acción protectora en convenio, en detrimento de las bajas de corta duración, esto es, aquéllas donde se concentra el fraude. Aquello que, coloquialmente, y de manera enormemente gráfica a estos efectos, conocemos como “hacer un pan con unas tortas”, permaneceremos a la expectativa a la espera de cierta racionalidad. En palabras de la propia Ley, “*No se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla*”.



# Extinción del contrato de trabajo por enfermedad, ineptitud o incapacidad del trabajador

Javier Thibault Aranda

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

## Termination of the employment contract due to illness, ineptitud or incapacity of the employee

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE.
  - 2.1. Situaciones que originan la extinción.
  - 2.2. El principio de voluntariedad y la solicitud del trabajador.
  - 2.3. Contenido y alcance de la obligación de adaptación.
  - 2.4. El papel del servicio de prevención y el valor del informe que emite.
  - 2.5. Las decisiones finales: forma y plazos.
3. EL DESPIDO POR INEPTITUD SOBREVENIDA.
  - 3.1. Situaciones que originan la extinción.
  - 3.2. La obligación de realizar ajustes antes de despedir.
  - 3.3. La distribución de la carga de la prueba y el valor del informe del Servicio de Prevención.
4. EL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO.
5. CONCLUSIONES.

**RESUMEN:** Desde sus orígenes la legislación laboral contempla la posibilidad de resolver el contrato cuando el trabajador no cumple con sus obligaciones contractuales por motivos de salud, bien porque se ha declarado una incapacidad permanente, bien porque se reduce su rendimiento o simplemente porque falta al trabajo, alterando el equilibrio del contrato. Lo que han variado a lo largo de los años son los cauces legales. A pesar del tiempo transcurrido la regulación de esta cuestión presenta lagunas y plantea numerosos problemas interpretativos. Partiendo de lo anterior, el presente estudio trata de mostrar los cambios que ha introducido la Ley 2/2025, de 29 de abril, en el régimen extintivo por incapacidad permanente, las modificaciones que deberían haberse abordado en el despido por ineptitud sobrevenida aprovechando esa misma reforma y, por último, las posibilidades de recuperar el despido objetivo por faltas laborales en un contexto de elevado absentismo.

**Palabras claves:** Extinción del contrato de trabajo, absentismo, despido, enfermedad, incapacidad.

**ABSTRACT:** From its inception, the labor legislation has recognized the possibility of terminating an employment contract when the employee fails to fulfill their contractual obligations due to health-related circumstances—whether as a result of a declared permanent disability, diminished work performance, or repeated absences—thereby altering the contractual equilibrium. What has evolved over time are the legal mechanisms which govern these terminations. Despite the passage of time, the regulation of this matter continues to exhibit significant gaps and raises numerous interpretative challenges. Against this backdrop, the present study seeks to examine the amendments introduced by Law 2/2025 of 29th of April, concerning the termination regime for permanent disability and identifying modifications that should have been addressed regarding dismissal on grounds of supervening disability within the same amendments, and finally, to assess the feasibility of reinstating objective dismissal for workplace absenteeism in the context of elevated absenteeism rates.

**Keywords:** Termination of employment contract, absenteeism, dismissal, illness, incapacity

## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, aunque con vaivenes, la legislación laboral contempla la posibilidad de resolver el contrato cuando el trabajador no cumple con sus obligaciones contractuales por motivos de salud. Ya sea porque falta al trabajo, porque se reduce su rendimiento o porque directamente se ha declarado una incapacidad permanente.

Desde muy pronto se reconoce en la ley la posibilidad de despedir a un trabajador por ineptitud sobrevenida y, entre otros motivos, por el deterioro o la pérdida de las capacidades físicas o psíquicas para desempeñar el puesto de trabajo. Otra cosa es que, tanto en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 como en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, la “ineptitud del trabajador respecto de la ocupación o trabajo para que fue contratado” se asimilara a un incumplimiento culpable del trabajador, al regularse junto a los supuestos de despido disciplinario. No será hasta el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, cuando, ante la falta de intencionalidad del trabajador, se configure como un supuesto de “despido por circunstancias objetivas fundadas en la capacidad profesional del trabajador”, dando derecho a la correspondiente indemnización<sup>1</sup>.

1 Sobre el concepto y la evolución véase, Quesada Segura, Rosa (1989): “Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 16, 46-66.

Posteriormente, con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, la declaración de gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador pasa a configurarse como causa directa y automática de extinción del contrato –algo menos, como se expondrá, tras la Ley 2/2025<sup>2</sup>–. Pues hasta entonces, recuérdese, los tribunales habían admitido la incapacidad permanente como causa válida de despido, pero siempre que se tramitara por el cauce de la “ineptitud”. De modo que a partir de la Ley 8/1980, aunque comparten un sustrato común, concurren dos fórmulas resolutorias distintas con un régimen jurídico diferenciado: la extinción por incapacidad permanente y el despido por ineptitud sobrevenida.

Finalmente, tanto el Real Decreto-ley 17/1977 como posteriormente la Ley 8/1980 admitirán la posibilidad de prescindir de los trabajadores que faltan a su puesto de trabajo de forma intermitente y reiterada, aunque sea por causa justificada. De suerte que, con mayores o menores restricciones, porque a lo largo de los años va a haber cambios, las bajas médicas por contingencias comunes de corta duración se van computar para justificar un despido. Eso hasta el Real Decreto-ley 4/2020, de 20 de febrero, que, como su nombre indica, va a derogar el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del ET. Desde ese momento, queda absolutamente prohibido despedir al trabajador por faltas de asistencia justificadas y particularmente, por lo que aquí interesa, por bajas médicas.

Ahora bien, que estemos ante supuestos extintivos diferenciados no significa que en la práctica estén completamente desconectados. Es fácil constatar, por ejemplo, que el mismo reconocimiento médico en la empresa pueda dar origen a una extinción por incapacidad permanente o a un despido por ineptitud sobrevenida, dependiendo de si, agotado el periodo máximo de duración de la incapacidad temporal, el equipo de valoración de la entidad gestora aprecia o no una incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad. De hecho, no parece aventurado afirmar que una mayor exigencia o celo por parte de los profesionales de la entidad gestora a la hora de apreciar una incapacidad permanente total determinará probablemente una mayor utilización del despido por ineptitud sobrevenida por parte de las empresas. Igual que no parece descabellado pensar que, tras la derogación del art. 52.d) ET, se optó en numerosos casos por poner fin a la relación por la vía del despido disciplinario, aunque fuera en base a una causa ficticia, al menos hasta que la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, convirtió la enfermedad, sin cualificaciones adicionales, en una causa de discriminación.

Ahora bien, que existan esas conexiones o flujos no significa que las distintas vías resolutorias sean ni mucho menos intercambiables. Ni el desaparecido despido objetivo por faltas laborales es automáticamente subsumible en las otras modalidades

2 Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente.

extintivas, ni por el hecho de que al trabajador se le haya denegado la incapacidad permanente en los grados indicados se le podrá necesariamente despedir por ineptitud sobrevenida. Se trata de situaciones distintas y por tal motivo tienen o han tenido un tratamiento diferenciado. Otra cosa es que, como en la teoría de los vasos comunicantes, la presión ejercida en un punto se transmita en todas las direcciones, de suerte que si ya no es posible una "salida" se busque otra. De ahí el interés en analizar las tres vías de extinción conjuntamente.

Dicho esto, no me propongo exponer aquí el régimen jurídico detallado de cada una de esas facultades resolutivas empresariales, ampliamente estudiado a lo largo de los años, sino más limitadamente analizar las principales novedades y sobre todo evidenciar las deficiencias técnicas y carencias de las normas que regulan el despido por motivo de salud. Veremos a continuación el nuevo diseño del régimen extintivo por incapacidad permanente, las modificaciones que deberían haberse abordado en el despido por ineptitud sobrevenida aprovechando la Ley 2/2025, y por último las posibilidades de recuperar el despido objetivo por faltas laborales en un contexto de elevado absentismo.

## 2. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCAPACIDAD PERMANENTE

Procede referirse primero a la extinción por incapacidad permanente, por cuanto, como se ha expuesto, la Ley 2/2025 ha modificado aspectos clave de su regulación. Unos cambios que, como es sabido, responden a la falta de adaptación de la legislación española a las exigencias del derecho europeo en materia de discapacidad, aunque ha habido que esperar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22 o Ca na Negreta) para evidenciarlo. En dicha sentencia, recuérdese, el TJUE concluye que el artículo 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta y de los artículos 2 y 27 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva".

Una sentencia que, como ya anticipó alguna doctrina, apuntaba a una revisión urgente del "obsoleto" art. 49.1.e) ET<sup>3</sup>. Lo que finalmente ha sucedido<sup>4</sup>, porque lo que hace básicamente la Ley 2/2025 es condicionar la facultad resolutoria a las posibili-

3 Rivas Vallejo, Pilar (2024): "La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 1, págs. 1-9.

dades de mantener a la persona en la empresa a pesar de la incapacidad permanente. Antes de despedir, la empresa tendrá que tratar de adaptarse a la incapacidad. Es decir, no es que la extinción por incapacidad permanente haya dejado de ser causa de extinción, sino que el despido ha dejado de ser automático o incondicionado. Ahora queda supeditado a que 1) no sea posible realizar los ajustes razonables porque supongan una carga excesiva; 2) no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora; o 3) el propio interesado renuncie a solicitar la adaptación o rechace los cambios propuestos, en cuyo caso la empresa también podrá extinguir el contrato.

Una reforma que, por supuesto, era necesaria para garantizar de una manera más eficaz el derecho a la igualdad en el empleo de las personas con discapacidad, pero que, como veremos, se ha traducido en una norma confusa, repleta de ambigüedades y con numerosos ángulos muertos que dificultan su aplicación práctica y abundan en la falta de seguridad jurídica.

## 2.1. Situaciones que originan la extinción

Salvo por la sustitución del término invalidez por incapacidad, no ha habido cambios desde la Ley 8/1980. Se puede extinguir el contrato de trabajo "por declaración de gran incapacidad, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora" (en adelante IPT, IPA y GI respectivamente). Ahora bien, nótese que la norma no califica la declaración como provisional o definitiva, con lo que inmediatamente surge la duda de si la empresa tiene que actuar inmediatamente o puede esperar a que la resolución sea firme para iniciar todo el proceso, por ejemplo, cuando el trabajador ha presentado una reclamación porque discrepa del grado.

López Cumbre, que apunta el problema, se decanta por esperar a que la resolución sea firme, en la consideración de que "el empresario no tendrá idéntica obligación si se trata de una incapacidad total, absoluta o gran incapacidad, por cuanto, añade, "este precepto sólo es aplicable a la incapacidad permanente total"<sup>5</sup>. Ahora bien, si se observa, el art. 49.1.n) ET no hace distingos en función de que sea una IPT, IPA o GI. Parece que el precepto resulta aplicable en cualquiera de esos grados. Prueba de ello es que el art. 48.2 ET se refiere a los "supuestos previstos en la letra n) del artículo 49.1", es decir, utiliza el plural, lo que da a entender que la prórroga de los efectos de la suspensión mientras se resuelven los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible no se limita al caso de incapacidad permanente total. Lo cual no resulta contradictorio con el hecho de que la pensión de IPA o GI sea incompatible con el trabajo, sino todo lo contrario. Precisamente porque una persona en situación

4 Estamos ante "la crónica de una reforma anunciada", Puebla Pinilla, Ana de la (2024): "Incapacidad, ineptitud y extinción del contrato de trabajo. Crónica de una reforma anunciada", *LABOS-Revista de Derecho Del Trabajo y Protección Social*, Vol. 5, 3, 8.

5 López Cumbre, Lourdes (2025): "Puntos críticos sobre los 'ajustes razonables' por incapacidad del trabajador", *Análisis laboral*, Julio, 2-3.

de IPA O GI puede llegar a trabajar, el art. 198.2 LGSS prevé que se suspenda el pago de la pensión. De hecho, lo esperable es que la tecnología y la inteligencia artificial allanen el acceso al empleo de personas con IPA y GI. Por lo tanto, volviendo a la cuestión del principio, parece que desde el momento en que el trabajador lo solicite, la empresa tendrá que revisar las opciones de que siga trabajando, independientemente del grado y que la resolución sea o no definitiva. Otra cosa es que las posibilidades de buscarle "acomodo" serán mucho más reducidas si la incapacidad es absoluta que si es total, porque desaparece la opción de trasladar a esa persona a otro puesto. En todo caso habrá que comprobar si con los ajustes adecuados puede seguir trabajando en su puesto actual.

Por lo demás, sigue sin ser posible la terminación del contrato si la situación de incapacidad permanente tiene posibilidades de revertirse, esto es, si en la resolución inicial de reconocimiento de una incapacidad permanente consta un plazo para poder instar la revisión por probable mejoría. Durante ese tiempo se mantiene la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo (art. 48.2 ET). A lo que ahora se ha añadido que la suspensión se prolongará durante el tiempo en que se resuelven los ajustes razonables o el cambio a otro puesto (art. 1.Uno Ley 2/2025).

Lo que sorprende es que no se haya aprovechado la modificación del art. 48.2 ET para incluir la obligación de realizar ajustes desde el momento en que se declara la incapacidad permanente y con independencia de que se haya contemplado la revisión. Resulta paradójico que por el hecho de que el tribunal médico haya considerado que el estado de la persona es susceptible de mejorar, el trabajador tenga que esperar dos años para solicitar los ajustes razonables, mientras que quien tiene una declaración de incapacidad previsiblemente definitiva puede solicitarlo inmediatamente<sup>6</sup>. Una incoherencia que resulta más llamativa aun si se tiene en cuenta que, conforme a la Directiva 2000/78/CE, las patologías "curables" pueden constituir una "discapacidad", si la enfermedad es "de larga duración" (STJUE 11 de abril de 2013, asunto C-335/11). Es decir, lo relevante no es el carácter reversible o curable de la limitación, sino que ésta sea "duradera", en el sentido de que "la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo (STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15).

## **2.2. El principio de voluntariedad y la solicitud del trabajador**

Como ha destacado la doctrina, se ha sustituido un modelo de automatismo extintivo por otro de conservación del empleo. Después de la Ley 2/2025, el empresario está obligado a explorar y agotar todas las posibilidades de adaptación, incluida la

6 En este sentido, Durán López, Federico (2025): "La declaración de incapacidad permanente y su incidencia en el contrato de trabajo", *Newsletter Laboral*, mayo, 2, y Lahera Forteza, Jesús, (2025): "Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente", *Briefs AEDTSS*, 60, 3.

reubicación, antes de dar por finalizada la relación. Ahora bien, si se observa, sólo tiene que hacerlo si el trabajador primero lo solicita y después acepta los cambios propuestos por la empresa. Pues, por una parte, el nuevo art. 49.1.n) ET dispone que "la persona trabajadora dispondrá de un plazo de diez días naturales desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente en alguno de los grados citados en el párrafo primero de esta letra n) para manifestar por escrito a la empresa su voluntad de mantener la relación laboral". Y por otra, se dice que el contrato de extinguirá válidamente cuando "existiendo dicha posibilidad la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto". La opción del legislador parece clara, respetar la voluntad y preferencias de la persona, no imponiéndole la obligación de trabajar si se le ha reconocido una incapacidad.

Por tanto, la efectividad de la obligación depende en primer lugar de que exista una petición expresa del trabajador. Una previsión que, para Lahera Forteza, entraña en cierta contradicción con el art. 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante LGDPD), pues, afirma, "el diseño de los 'ajustes razonables y de las medidas adecuadas para la adaptación de los puestos de trabajo de las personas con discapacidad' en las empresas del art. 40.2 LGPD responde a un deber empresarial –'los empresarios están obligados'– mientras que el modelo del art.49.1.n) ET se sustenta en la voluntariedad de la persona trabajadora interesada en su solicitud en un plazo de 10 días desde la declaración de IP"<sup>7</sup>. Un juicio que no comparto, al menos en el sentido de que el cumplimiento de una de las normas suponga irreversiblemente el incumplimiento de la otra, porque en puridad el art. 40.2 LGDPD sólo establece que "los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo", no dice que dicha obligación sea "automática", en el sentido de que opere sin necesidad de requerimiento. Prueba de ello es que el art. 4.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, prohíbe es la "denegación de los ajustes razonables", es decir, si no se concede lo que se pide o solicita. Una opción reguladora que además tiene todo el sentido, porque evita al empresario evaluar posibles ajustes, con el consiguiente coste, cuando el trabajador no tiene desde un principio ninguna intención de permanecer en la empresa.

En todo caso y al margen de la valoración que merezca el precepto, lo que está claro es que si en el plazo de diez días naturales<sup>8</sup> el trabajador pide por escrito que le adapten el puesto o le cambien a otro, la empresa tiene tres meses para hacerlo

7 Lahera Forteza, Jesús (2025): "Incoherencias...", op. cit., 2. En igual sentido, Aragón Gómez, Cristina (2025): "La nueva regulación del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores tras la Ley 2/2025 y el espacio de la negociación colectiva en la integración laboral de las personas con discapacidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 488, 159.

8 Sobre el cómputo de este plazo, véase López Cumbre, Lourdes (2025): "Puntos críticos...", op. cit., 7.

—desde que se le comunica la resolución<sup>9</sup>, siempre, claro está, que tales ajustes sean posibles y no supongan una carga excesiva. Igual que es evidente que si el trabajador manifiesta, aunque sea verbalmente, su voluntad de abandonar la empresa ésta podrá dar por finalizada la relación inmediatamente. Ahora bien, ¿qué sucede si el trabajador no se pronuncia o lo hace fuera de plazo?

Para Cavas Martínez no hay duda, si el trabajador no ha dicho nada la empresa podrá proceder a la formalización del cese, porque el art. 49.1.n) ET impone “una actitud ‘pro activa’” del trabajador<sup>10</sup>. Entiende que si la norma exige una manifestación expresa para la continuidad, el silencio debe interpretarse como rechazo a la misma<sup>11</sup>. En cambio, Beltrán de Heredia Ruiz, de manera más matizada, defiende la admisibilidad de las comunicaciones extemporáneas si la empresa no ha hecho ningún ofrecimiento en ese plazo, porque, argumenta, la voluntad de continuar dependerá normalmente de la alternativa que se ofrezca. Motivo por el cual aconseja que la empresa “haga algún tipo de ofrecimiento durante estos primeros 10 días, pues, ante la ausencia del mismo, si la persona trabajadora no ha podido sopesar las diversas opciones, podría entenderse que si se entiende que el silencio lleva implícita una voluntad de no continuar y la empresa actúa en consecuencia, podría producirse una extinción sin ofrecer ajustes razonables (lo que el TJUE ha dicho que es discriminatorio)”<sup>12</sup>.

Pues bien, a mi juicio, para poder extinguir el contrato no es imprescindible que la empresa haya hecho previamente un ofrecimiento concreto al trabajador, pero sí que le haya informado al menos de que puede solicitar la adaptación del puesto de trabajo o su reubicación en otro, con indicación de que si no lo hace en el plazo máximo de diez días desde que reciba la resolución de la entidad gestora se entenderá que renuncia a su derecho y opta por la finalización de la relación. Y no lo digo porque lo exija la norma, que parece dar cobertura a la extinción del contrato en todo caso, sino porque el Tribunal Constitucional, con base en la observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Convención de la ONU, ha venido a establecer que “la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en que, aun cuando no se haya procedido a su petición

9 No si la manifestación se hace de palabra, Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de la persona trabajadora tras la Ley 2/2025, de 29 de abril: una aproximación inicial” *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 5.

10 Cavas Martínez, Faustino, “La reforma...”, op. cit., 5.

11 En igual sentido, Romero Burillo, Ana María (2025): “La nueva regulación de la extinción de contrato por incapacidad permanente en la persona trabajadora tras la Ley 2/225 de 29 de abril”, *Briefs AE-DTSS*, 48, págs. 2-3.

12 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignacio (9 de mayo de 2025): “44 preguntas (y respuestas) a propósito de la extinción del contrato por gran invalidez e incapacidad permanente (nuevo art. 49.1 n ET): Una guía práctica”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Un criterio que comparte Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva...”, op. cit., 160.

formal por la persona que sufre discapacidad, quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad" (STC 51/2021, de 15 de marzo)<sup>13</sup>.

Mi opinión es que si la empresa ha informado al trabajador en los términos expuestos y éste no se ha manifestado en ningún sentido en esos diez días, nada se opone entonces a dar por finalizada la relación. Por una parte, porque el art. 49.1.n) ET no obliga a informar sobre las posibles alternativas en esos diez días, ni prevé que se amplíe el plazo para solicitar la adaptación por el hecho de que la empresa no lo haya hecho. De otra, porque al actuar así la empresa no deniega los ajustes, sino que es el trabajador quien renuncia a ellos. Una solución que además conjuga y satisface los intereses de las dos partes. Primero, por las dificultades que comporta realizar una valoración de los posibles ajustes y una eventual propuesta en tan corto plazo. Segundo, porque evita al empleador tener que hacer una valoración, con el consiguiente coste, si el trabajador no tiene desde un principio ninguna voluntad de continuar en la empresa. Tercero, porque si la persona no tiene claro si quedarse o no, puede de manera tentativa solicitar la adaptación y si finalmente no le satisface el cambio propuesto rechazarlo. Y esto es clave, porque al permitir al trabajador tomar la decisión en dos tiempos, que es, pensamos, lo que contempla la ley, no se le está obligando a elegir "a ciegas".

Dicho esto, hubiera sido más sencillo y garantista para todos atribuir a la propia entidad gestora de la Seguridad Social la obligación de informar al trabajador sobre sus derechos. Bastaría para ello con incluir una mención en la resolución por la que se comunica al trabajador su situación de incapacidad permanente. De modo que, si en el plazo de diez días el trabajador no ha solicitado nada, la empresa pueda dar por concluida la relación laboral. Al igual que debería haberse concretado el plazo dentro del cual la empresa puede extinguir el contrato si el trabajador renuncia a la adaptación, pues nada se dice en el art. 49.1.n) ET. Porque el plazo de tres meses que se contempla en el párrafo quinto, además de claramente excesivo, parece que se refiere al caso de que el trabajador haya solicitado la adaptación o reubicación, aunque finalmente no haya sido posible<sup>14</sup>.

13 En parecidos términos, en el Documento guía para la comprensión y buena aplicación de los ajustes razonables como medida de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Discapacidad de 28 de mayo de 2024, se establece que "la obligación de proporcionar ajustes razonables no se limita a situaciones en las que una persona con discapacidad haya pedido un ajuste o en que se pueda demostrar que el garante de los derechos en cuestión era consciente de que esa persona tenía una discapacidad. También se aplica cuando el posible garante de los derechos debería haberse dado cuenta de que la persona en cuestión tenía una discapacidad que tal vez obligara a realizar ajustes para que esta pudiera superar obstáculos al ejercicio de sus derechos".

14 Durán López, Federico (2025): "La declaración...", op. cit., 3.

## 2.3. Contenido y alcance de la obligación de adaptación

Conforme al nuevo art. 49.1.n) ET sólo procede la extinción por incapacidad permanente “cuando no sea posible realizar los ajustes razonables por constituir una carga excesiva para la empresa, cuando no exista un puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”. Es decir, no hay una garantía de continuidad plena, en el sentido de que el trabajador tenga derecho a quedarse en la empresa en todo caso. Estamos ante una obligación de medios, no de resultado. La norma no obliga a mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sino sólo a facilitar que siga trabajando realizando las adaptaciones y adecuaciones necesarias siempre que además sean razonables y proporcionadas. Es más, si se observa, ni quiera todos los ajustes materialmente posibles resultan obligados. Sólo sin son “razonables” y no constituyen “una carga excesiva”. Igual que sólo existe obligación de reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo si está “vacante y disponible”, además de “acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”. De suerte que si no es posible realizar los ajustes o no existe un puesto de trabajo compatible vacante o dichos ajustes constituyen una carga excesiva o indebida, la empresa podrá dar por finalizada la relación.

Este esquema, aparentemente sencillo, resulta sin embargo bastante más complejo en la práctica, por la falta de precisión del precepto y el uso de conceptos jurídicos indeterminados. En verdad, las únicas certezas son que “la empresa dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente, para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo” (art. 49.1.n) ET), y que durante el tiempo en que se resuelven los ajustes razonables o el cambio a un puesto vacante y disponible “subsiste la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo” (art. 48.2 ET). A partir de ahí se suceden los problemas aplicativos.

La primera dificultad surge porque la norma configura dos obligaciones instrumentales sin una aparente ordenación jerárquica entre ellas. Por una parte, está la obligación de realizar “ajustes razonables” para que la persona pueda seguir trabajando en el puesto de trabajo que venía ocupando. Por otra, reubicar al trabajador en un “puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora”. Es decir, a diferencia de la normativa internacional y la propia LGDPD, en el nuevo art. 49.1.n) ET se ha optado por considerar la recolocación en otro puesto como una medida distinta de los “ajustes razonables”<sup>15</sup>. El problema es que no queda claro si existe alguna secuencia que

15 La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU ordena a los Estados “velar porque se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo” y en parecidos términos la Directiva 2000/78/CE establece que “a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se

respetar en su aplicación. Como apunta Goñi Sein, el orden en que se mencionan las dos medidas sugiere que tal vez el legislador haya querido establecer una jerarquía entre las mismas<sup>16</sup>, pero, como señala Durán López, lo cierto que no se utiliza la locución prepositiva “en defecto de”, con lo que la cuestión permanece abierta<sup>17</sup>. Lo normal será que primero se intente realizar los ajustes en el puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador, pero puede suceder perfectamente que la empresa prefiera reubicarle en otro puesto para evitarse el coste la adaptación. Y la pregunta entonces es si el trabajador podría rechazar el cambio propuesto y exigir en su lugar que se realicen ajustes necesarios en su actual puesto. El problema está servido, porque no existe un orden o prelación legal entre las medidas, ni se determina tampoco a quién corresponde decidir cuál se aplica de entre todas las posibles.

Eso sí, lo que está claro, como señala Goñi Sein, es que el empresario no podrá acudir directamente a la segunda medida y ampararse en que no hay ningún puesto de trabajo acorde con su perfil profesional y compatible con su estado de salud para dar por finalizada la relación laboral<sup>18</sup>. Antes de plantear la extinción del contrato la empresa tendrá que confirmar igualmente que no es posible realizar ajustes en el puesto de trabajo actual o en las condiciones laborales o que, en todo caso, suponen una carga excesiva. Sólo en esas circunstancias la extinción será válida. Es decir, con independencia de si existe una preferencia legal entre las medidas, han de agotarse todas las posibilidades ajustes, cambios o como queramos llamarlo, antes de tomar la decisión de extinguir el contrato.

Luego estará la dificultad de determinar si un ajuste es o no razonable. Primero, porque el art. 49.1.n) ET no contiene una lista predeterminada de posibles medidas, ni siquiera a título ejemplificativo, probablemente porque la casuística es tan amplia que desbordaría cualquier previsión normativa. Porque los “ajustes razonables”, a diferencia de las medidas de accesibilidad, no son de aplicación general e incondicionada, sino que son ajustes particulares, esto es, que atienden a la situación concreta de cada persona<sup>19</sup>. Segundo, porque el art. 49.1.n) ET ni siquiera ha profundizado en el concepto de “ajustes razonables”. Lo que obliga a acudir al art. 2 de la LGDPD, que de manera general define los “ajustes razonables” como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o

realizarán ajustes razonables”, concepto que según el TJUE “implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto” (SSTJUE 10 de febrero de 2022, HR Rail, C-485/20 y 18 de enero de 2024, Ca na Negreta, C-631/22).

16 Siguiendo la misma lógica del art. 26 de la LPRL, Goñi Sein, José Luis (13 de junio de 2025): “La incapacidad permanente como causa de extinción del contrato de trabajo tras la Ley 2/2025: puntos críticos”. Diario La Ley.

17 Durán López, Federico (2025): “La declaración...”, op. cit., 3. En igual sentido, Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma...”, op. cit., 6; Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva...”, op. cit., 163.

18 Goñi Sein, José Luis (13 de junio de 2025): “La incapacidad...”, op. cit..

19 Véase al respecto el Documento guía para la comprensión y buena aplicación de los ajustes razonables como medida de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Discapacidad de 28 de mayo de 2024.

indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con la demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". Y de manera algo más concreta el considerando vigésimo de la Directiva 2000/78/CE, que habla de "medidas adecuadas, es decir, medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre". Es decir, cualesquiera medidas que contribuyan de manera eficaz al objetivo del mantenimiento del trabajo, lo que se tendrá que valorar caso por caso<sup>20</sup>.

Junto a lo anterior, el nuevo art. 49.1.n) ET establece que antes de plantear un despido la empresa tendrá que comprobar que no existe un "puesto de trabajo vacante y disponible, acorde con el perfil profesional y compatible con la nueva situación de la persona trabajadora", salvo, nuevamente, que el trabajador renuncie a su recolocación. El problema es que no hay un concepto legal de "perfil profesional" y evidentemente no es asimilable a la categoría o grupo profesional, pues no se han utilizado tales referentes<sup>21</sup>. Tal vez se ha querido decir que el puesto será compatible con su "perfil profesional" cuando el trabajador "disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas" para el nuevo puesto (STJUE de 10 de febrero de 2022, *HR Rail*, C-485/20), pero habrá que estar atento a los primeros pronunciamientos judiciales. Lo que parece fuera de toda discusión es que tiene derecho a ocupar una vacante en un centro de trabajo distinto del suyo. Igual que está claro que para que la oferta sea "adecuada" el puesto tendrá que ser compatible con el estado de salud la persona.

Lo que el trabajador no puede exigir es que se cree un puesto "ad hoc", dado que la norma exige expresamente que esté vacante<sup>22</sup>. Igual que no recoge el legislador un derecho preferente para ser recontratado una vez finalizada la relación. Aunque ese nuevo puesto sea compatible con su perfil y su estado, el trabajador no tiene título para reclamarlo<sup>23</sup>. Del mismo modo que no tiene derecho a ocupar un puesto en otras empresas del grupo, aunque existan vacantes, dado que el art. 49.1.n) ET, a diferencia de lo que sucede en otros preceptos, no contempla esa dimensión supraempresarial.

20 Respecto del concepto de ajustes razonables y su recepción en el ordenamiento español, Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2020): "El deber de introducir adaptaciones como medida de acceso y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad", *Documentación Laboral*, 120, 59-74. Sobre la tipología de las adaptaciones, Esteban Legarreta, Ricardo (2025): "La reforma de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente y su vinculación con la implementación de adaptaciones razonables", *Trabajo y Derecho*, 129, 6-8.

21 Sí considera que podría encontrar relación con el grupo profesional, Gomez Esteban, Jesús (2025): "Incapacidad permanente y extinción de la relación laboral. Una aproximación crítica a las consecuencias laborales y de seguridad social en la Ley 2/2025 de 29 de abril", *Lex Laborum*, 7, 9. En contra, Esteban Legarreta, Ricardo (2025): "La reforma de...", op. cit., 9.

22 En este sentido, véase la STJUE 18 de enero de 2024, Ca na Negreta, C-631/22.

23 Dado que no estamos ante una suspensión con reserva de puesto, sino una extinción sin reserva, López Cumbre, Lourdes (2025), "Puntos críticos...", op. cit., 4.

Todo ello, claro está, salvo que la negociación colectiva disponga otra cosa o la empresa decida libremente ofrecer cualquiera de esas opciones.

Llegados a este punto y ante la multiplicidad de medidas que existen (ajuste en el entorno físico, en la organización del trabajo, adaptación de tiempo de trabajo, reubicación, etc.), surge la cuestión de cuál tiene que aplicar la empresa si existen distintas alternativas. La respuesta más evidente es que sea aquella que responde mejor al objetivo de la continuidad en el trabajo, pero ¿y si todas ellas son igual de eficaces? Y, por otra parte, ¿a quién le corresponde decidirlo? Yendo a lo concreto, si la empresa ofrece una adaptación del puesto actual ¿puede el trabajador reclamar, en su lugar, un puesto de trabajo distinto vacante? Nuevamente, ante el silencio de la ley, la inseguridad es máxima, sobre todo porque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención, ya ha declarado que “para que puedan considerarse un ajuste razonable, los cambios deben negociarse con el interesado” y el empresario debe “colaborar con la persona para encontrar posibles soluciones que permitan eliminar o evitar esa barrera, teniendo en cuenta la solución preferida por el interesado”<sup>24</sup>. Una indeterminación que probablemente podría corregirse incorporando en la norma un trámite previo de negociación entre la empresa y el trabajador, durante el cual puedan analizar conjuntamente sus necesidades y posibilidades<sup>25</sup>, e incluso fórmulas arbitrales como las contempladas en el art. 66.2 LGPD<sup>26</sup>, que en todo caso contribuirían a reducir la litigiosidad. Mientras tanto opino que lo más razonable es mantener al trabajador en su puesto, antes que moverlo. De una parte, porque por principio la regla debería ser la adaptación con los menores cambios y, de otra, como advierte Pastor Martínez, por los posibles efectos negativos de la movilidad desde el punto de vista laboral<sup>27</sup>, al margen de que el TJUE también considera prioritario el acondicionamiento del lugar de trabajo frente a otras posibles medidas (STJUE de 10 de febrero de 2022, *HR Rail*, C-485/20).

Otra cuestión que se ha planteado es ¿cuántos ajustes deben ofrecerse y hasta cuándo? La norma nada dice, con lo que cabe pensar que tantos como sean posibles y mientras sea posible. Nos referimos al caso de que la adaptación inicial se haya revelado inadecuada o insuficiente o que simplemente se haya producido un deterioro de las condiciones personales y profesionales de la persona como consecuencia

24 De acuerdo con la “Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo”. Y en términos similares, el anteriormente mencionado Documento guía del Consejo Nacional de la Discapacidad ha dispuesto que “los ajustes razonables deben negociarse con el o la solicitante o solicitantes”.

25 Cava Martínez, Faustino (2025): “La reforma…”, op. cit., 6. En igual sentido, Aragón Gómez, Cristina (2025): “La nueva…”, op. cit., 163.

26 Lahera Forteza, Jesús (2025): “Incoherencias…”, op. cit., 2. En igual sentido, aunque en referencia al despido por ineptitud sobrevenida, Gómez Abelleira, Francisco Javier (2024): “Ineptitud sobrevenida, obligaciones de ajuste y enjuiciamiento del despido”, *El Foro de Labos*, <https://www.elforodelabos.es/2024/06/ineptitud-sobrevenida-obligacion-de-ajustes-razonables-y-enjuiciamiento-del-despido/>

27 Pastor Martínez, Alberto (2025): “Extinción del contrato y discapacidad del trabajador. A propósito de la reciente reforma del art. 49.1 TRLET”, *Revista de Derecho Social*, 110, 81.

del transcurso del tiempo. En cualquiera de esas situaciones, si existe una posible alternativa habrá que intentarlo de nuevo. Es decir, la obligación de hacer ajustes se mantiene en el tiempo<sup>28</sup>.

Finalmente, como se ha señalado, el art. 49.1.n) ET establece una excepción a la obligación de realizar los ajustes: no han de suponer una “carga excesiva”. A lo que añade que “para determinar si la carga es excesiva se tendrá particularmente en cuenta el coste de las medidas de adaptación en relación con el tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la empresa”, con el matiz de que “la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas, ayudas o subvenciones públicas”. Con una particularidad, si la empresa emplea menos de 25 personas “se considerará excesiva la carga cuando el coste de adaptación del puesto de trabajo, sin tener en cuenta la parte que pueda ser sufragada con ayudas o subvenciones públicas, supere la cuantía mayor de entre (...) la indemnización que correspondiera a la persona trabajadora en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 (y) seis meses de salario de la persona trabajadora que solicita la adaptación”.

Pues bien, nuevamente la indefinición de la norma provoca una cierta inseguridad a la hora de determinar si la carga es o no indebida. Me refiero lógicamente al caso de las empresas de 25 o más trabajadores<sup>29</sup>, donde el concepto de “carga excesiva” no es estático ni uniforme, sino que depende del coste de medida, el tamaño de la entidad y su situación financiera, la existencia o no de ayudas y otros posibles factores como la duración del ajuste o que pueda beneficiar a varias personas, con independencia de que lo solicite sólo una<sup>30</sup>. Más aún porque el criterio que utiliza el legislador es orientativo, más que cerradamente prescriptivo, en la medida en que se emplea el adverbio “particularmente”, que, como es sabido, se utiliza para enfatizar algo sobre un grupo o categoría general. De modo que el coste económico del “ajuste” es, sin duda, un elemento crucial, pero no tiene por qué ser el único, sino que, como ya ha apuntado la doctrina, podrán tomarse en consideración otros factores, como, por ejemplo, la dimensión productiva y organizativa<sup>31</sup>. Con la dificultad añadida de que la norma no aclara si son ayudas o subvenciones públicas que se promuevan con la finalidad de paliar los costes que se derivan de la adaptación del puesto de trabajo<sup>32</sup> o cualquier tipo de ayuda por razón

28 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025). “44 preguntas (y respuestas) a propósito de la extinción del contrato por gran invalidez e incapacidad permanente (nuevo art. 49.1.n ET): Una guía práctica”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Por Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.

29 Una opción que ciertamente aporta seguridad jurídica, pero que, como señala Esteban Legarreta, introduce indudables dosis de arbitrariedad, cuando no una posible discriminación, además de que las cifras límite a partir de las que se aprecia carga excesiva son relativamente elevadas para empresas de menos 25 trabajadores, “La reforma...”, op. cit., 12.

30 Ver Documento guía del Consejo Nacional de la Discapacidad, op. cit., 7.

31 Beltrán de Heredia Ruiz, B., “44 preguntas...”, op. cit.

32 López Cumbre, Lourdes (2025): “Puntos críticos...”, op. cit., 5-6. Goñi Sein, José Luis (2025): “La incapacidad...”, op. cit.

de discapacidad<sup>33</sup>, por no hablar de que los plazos para la concesión de subvenciones pueden ser particularmente largos o de que, aunque exista la línea de ayudas, puede haberse agotado la partida económica correspondiente.

Por lo demás, Beltrán de Heredia Ruiz llama la atención sobre el hecho de que el art. 49.1.n) ET atiende al tamaño, los recursos económicos, la situación económica y el volumen de negocios total de la "empresa", mientras que el art. 40.2 de la LGDPP dice que se tendrá en cuenta el tamaño y el volumen de negocios total de la "organización o empresa". Lo que, a su juicio, sugiere que se está apelando a la posible dimensión supraempresarial, y que, por tanto, debería valorarse la integración en un "grupo de empresas"<sup>34</sup>. Sin embargo, no está tan claro. Primero, porque la LGDPP no se refiere expresamente al grupo de empresas, sino a una entidad —la "organización"— que no sabemos qué comprende. Me inclino más bien a pensar que es una manera de referirse al empleador que no tiene naturaleza mercantil, como pueda ser una administración pública, o que no tiene ánimo de lucro, como una fundación, aunque, es verdad, no tenemos la certeza. Segundo, porque la norma laboral, al incorporar la obligación de adaptación a la situación de discapacidad, no ha considerado en modo alguno la posible integración en un grupo de empresas, a diferencia de lo que sucede en otros preceptos estatutarios. Y, por último, porque si el grupo de empresas no responde de las obligaciones de las integrantes, ya que cada sociedad tiene su propia personalidad jurídica y patrimonio, no parece razonable atender a la situación del conjunto para determinar la capacidad económica o financiera de una parte.

## 2.4. El papel del servicio de prevención y el valor del informe que emite

Conforme a la nueva redacción del art. 49.1.n) ET, "los servicios de prevención determinarán, de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora". Una atribución de funciones que, como ha señalado alguna doctrina, no encaja del todo bien con la naturaleza de los servicios de prevención, por cuanto, como razonan, el carácter imperativo de la formulación ('determinarán'; 'identificarán') no cohonesta con el hecho de que su "su función legal es asesora y técnica, en calidad de auxiliar del empresario (arts. 14.1 y 14.4 LPRL)"<sup>35</sup>. Como re-

33 A favor de esta interpretación más amplia, Esteban Legarreta, Ricardo (2025): "La reforma...", op. cit., 13.

34 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): "44 preguntas...", op. cit..

35 García González, Guillermo (2025): "La abrupta irrupción de los servicios de prevención en el Estatuto de los Trabajadores: la extinción del contrato por incapacidad permanente", post en [https://es.linkedin.com/posts/guillermogarcia-gonzalez-decastro\\_la-abrupta-irrupci%C3%B3n-de-los-servicios-de-activity-7324825141987713024-7ycZ](https://es.linkedin.com/posts/guillermogarcia-gonzalez-decastro_la-abrupta-irrupci%C3%B3n-de-los-servicios-de-activity-7324825141987713024-7ycZ). Al margen de que el empresario que hubiera optado por asumir personalmente la prevención de sus empleados o por designar a uno o varios trabajadores para llevarla a cabo, tendrá que asumir el coste adicional que suponga la contratación de un servicio

cuerda Beltrán de Heredia Díaz, la deuda de seguridad es empresarial, por lo que el servicio propone y el empresario dispone<sup>36</sup>.

Pues bien, aunque la redacción de este último párrafo es ciertamente desafortunada, una lectura completa de la norma arroja que la decisión sobre la ejecución de los ajustes o el cambio de puesto sigue siendo de la empresa. Lo que realizará el Servicio de Prevención es una propuesta, ciertamente cualificada, pero nada más, porque después el empresario tendrá que determinar si el ajuste le supone una carga excesiva o si existen vacantes y en función de ello tomará la decisión final.

En la práctica lo que sucederá es lo siguiente. Primero, una vez recibida la resolución de la entidad gestora, suponiendo que el trabajador haya solicitado la adaptación, la empresa se dirigirá a los servicios preventivos para que evalúen el alcance y las características de las posibles medidas de ajuste. A continuación, el Servicio de Prevención, una vez realizado el reconocimiento médico, determinado las limitaciones y teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo y el entorno, elaborará y remitirá un informe al empresario, que puede concluir en dos sentidos. Primero, declara al trabajador “no apto”, lo que comporta que no puede trabajar de ningún modo, ni siquiera adaptando el puesto o reubicándolo en otro, en cuyo caso la empresa tendrá que proceder mecánicamente a la extinción del contrato. Segundo, califica a la persona como “apta con limitaciones”, lo que significa que puede seguir trabajando siempre que se cumplan determinadas condiciones, restricciones o limitaciones. De ser así, el Servicio de Prevención generará además una propuesta de adaptación de puesto o comunicará la relación de puestos de trabajo compatibles con la nueva situación del trabajador. Hasta ahí, digamos, la primera fase, en la que se determina si es materialmente posible que la persona siga trabajando y cuáles son las medidas idóneas y eficaces para ello. A continuación, si el trabajador ha sido declarado “apto con limitaciones”, la empresa valorará el coste económico de las medidas propuestas, las características de la organización y los eventuales efectos paliativos de las ayudas y subvenciones públicas, para determinar si el ajuste constituye una carga excesiva o qué medida aplica si existen varias posibles. Es decir, aunque el Servicio de Prevención haya realizado una propuesta de adaptación o reubicación, puede ser que finalmente la empresa no la implemente. Por ejemplo, si las tareas compatibles con su estado son residuales, tanto que no habría proporción entre los costes que representaría para la empresa semejante tipo de ajuste, y la mínima contraprestación que puede esperar a cambio. Por último, si los ajustes son posibles y no representan una carga desproporcionada, la empresa hará un ofrecimiento al trabajador y, si éste acepta el cambio o la reubicación, tendrá que ejecutarlo antes de tres meses desde que recibió la resolución de la entidad gestora.

de prevención ajeno para que éste elabore el informe previsto en el artículo 49.1.n) ET, Cavas Martínez, Faustino (2025): “La reforma...”, op. cit., 9.

36 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): “44 preguntas...”, op. cit..

## 2.5. Las decisiones finales: forma y plazos

Evacuado el informe del servicio de prevención y hecha la valoración por la empresa, ésta tendrá finalmente que adoptar una decisión respecto del devenir de la relación laboral, con un matiz: la decisión sobre la continuidad dependerá en parte de la voluntad concurrente del trabajador. De ahí que hablemos de decisiones en plural.

En efecto, está, por una parte, la decisión del trabajador, pues, como se ha expuesto, la norma no le impone la continuidad de la relación laboral, sino que deja en sus manos la decisión de aceptar o rechazar "el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto". Para ello curiosamente la norma no exige formalidad alguna. A diferencia de la solicitud inicial, podrá comunicar su decisión de palabra. Otra cosa es que, desde la perspectiva empresarial, sea recomendable que de algún modo quede constancia fehaciente de la decisión. Tampoco se exige al trabajador que justifique su decisión, es decir, no tiene que motivar su rechazo al cambio propuesto. Ni se ha previsto en la norma un plazo para adoptar y comunicar la decisión. Lo cual sí resulta problemático, porque el art. 49.1.n) ET ha dispuesto un plazo máximo para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo (tres meses, contados desde que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente), pero no ha previsto que el silencio del trabajador interrumpa el computo del mismo, de modo que cuanto más se retrase la respuesta menos margen de tiempo le queda a la empresa para implementar la medida. Una posible solución es aplicar por analogía idéntico plazo que para la solicitud de la adaptación, esto es, diez días naturales<sup>37</sup>. Ahora bien, ¿qué sucede si el trabajador no responde en ese tiempo? Aunque la ley no lo expresa, cabe sobreentender que el trabajador al guardar silencio renuncia a seguir trabajando y la empresa podrá dar por finalizada la relación laboral.

Si, en cambio, el trabajador acepta la propuesta, la consecuencia es obvia: la empresa deberá facilitar al trabajador su reincorporación antes de que hayan transcurrido los tres meses desde que recibió la resolución. Lo que no contempla la norma es cómo se han de llevar a cabo los cambios. De ahí que alguna doctrina haya planteado la aplicación de las reglas establecidas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en los arts. 39.4 y 41.1.f) ET<sup>38</sup>. A mi modo de ver, tal enfoque no termina de encajar. Primero, por el hecho de que el cambio no obedece a una necesidad organizativa o productiva empresarial, sino que se produce por mandato legal y a instancia del trabajador<sup>39</sup>. Segundo, porque aboca al absurdo de que el trabajador

37 En este sentido, Cavas Martínez, Faustino (2025): "La reforma...", op. cit., 10; Aragón Gómez, Cristina (2025): "La nueva...", op. cit., 161.

38 Goñi Sein, José Luis (2025): "La incapacidad...", op. cit.

39 En igual sentido, Mella Méndez, Lourdes (2024); "Discapacidad, enfermedad e incapacidad y su relación con la extinción del contrato de trabajo: puntos críticos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 279, 18; Aragón Gómez, Cristina (2025): "La nueva...", op. cit., 165; López Cumbre, Lourdes (2025): "Puntos críticos...", op. cit., 4; Cavas Martínez, Faustino (2025): "La reforma...", op. cit., 9.

podría con posterioridad solicitar la extinción con derecho a indemnización, siempre, claro está, que acredite que ha resultado perjudicado por el cambio, por ejemplo, porque el puesto pertenezca a un grupo profesional inferior. Resulta más adecuado entender que la reincorporación deberá producirse en los términos acordados, es decir, de acuerdo con la propuesta aceptada, sin que exista, por supuesto, obligación alguna de mantener las condiciones del puesto de origen si es que ha cambiado, incluidas las salariales.

Luego está la decisión de la empresa. El art. 49.1.n) ET establece que, si el trabajador ha aceptado la propuesta de la empresa, ésta "dispondrá de un plazo máximo de tres meses, contados desde la fecha en que se le notifique la resolución en la que se califique la incapacidad permanente, para realizar los ajustes razonables o el cambio de puesto de trabajo". A lo que añade que "cuando el ajuste suponga una carga excesiva o no exista puesto de trabajo vacante, la empresa dispondrá del mismo plazo para proceder a la extinción del contrato. La decisión será motivada y deberá comunicarse por escrito a la persona trabajadora". Pues bien, antes de entrar en la forma y los efectos de dicha decisión, hay un aspecto de fondo que nos llama la atención. La norma no ha incluido entre los posibles motivos de ruptura la imposibilidad material de realizar cualquier ajuste. El legislador se refiere al supuesto de que los ajustes constituyan una carga excesiva, pero puede suceder que el Servicio de Prevención haya declarado al trabajador "no apto" y, por tanto, no sea posible ningún tipo de ajuste. Dicho de otro modo, no es que la adaptación suponga una carga indebida, sino que simplemente no es posible. Suponemos que se trata de un simple olvido y que en este caso también se puede extinguir el contrato, pues lo contrario no tendría sentido. De modo que la empresa podrá despedir 1) cuando no exista una medida de ajuste idónea y eficaz; 2) si constituye una carga excesiva y 3) no es posible reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo.

Hecha esta precisión, la extinción, como acto receptivo que es, requerirá una declaración expresa de voluntad extintiva, que además deberá ser escrita y motivada. Tendrá que proporcionarse al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los elementos y razones que justifican la extinción para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa. Por tanto, en la propia comunicación o en un informe adjunto tendrán que exponerse las limitaciones funcionales que padece el trabajador y su incidencia sobre el puesto que venía ocupando o las tareas que desempeñaba, los motivos por los que no se pueden realizar adaptaciones o modificaciones en el puesto o en el entorno o las razones por las que dichos cambios representan una carga excesiva, además, claro está, de que no se le puede reubicar en otro puesto. Más allá de ello, lo que no existe es una obligación de preaviso ni de poner a disposición del trabajador ninguna indemnización. Ello, claro está, salvo que en el contrato de trabajo o el convenio colectivo se hubiera dispuesto la obligación de abonar algún tipo de indemnización vinculada a la extinción por incapacidad permanente o la empresa hubiera suscrito algún tipo de póliza de seguro para la cobertura de este tipo de incapacidad.

Lo que no es tan claro es el plazo de que dispone la empresa para adoptar y comunicar esa decisión extintiva. En este caso no porque la norma guarde silencio, sino porque la redacción es confusa. El art. 49.1.n) ET establece que la empresa dispone de tres meses para realizar los ajustes razonables necesarios en el puesto de trabajo o proponer un puesto alternativo compatible y “del mismo plazo” para proceder a la extinción si la adaptación no es posible. ¿Significa eso que el legislador ha dispuesto un plazo adicional, de idéntica duración, para comunicar la extinción del contrato?<sup>40</sup> Podría ser, pero no es ni mucho menos evidente. Primero, porque no tiene mucho sentido que la norma establezca un plazo de sólo tres meses para evaluar las posibilidades de adaptación, hacer una propuesta al trabajador y, en su caso, ejecutar los ajustes o reubicarle en otro puesto; y luego le dé, en cambio, tres meses más para comunicar al trabajador que no se va a realizar ningún ajuste y que se da por finalizada la relación laboral<sup>41</sup>. Segundo, porque la norma no identifica el “dies a quo” de ese hipotético segundo plazo<sup>42</sup>. ¿Comenzaría una vez transcurridos los tres primeros meses? o ¿sería a partir del momento en que la empresa comprueba que no es posible realizar los ajustes ni existe un puesto de trabajo compatible vacante? ¿O a partir de la fecha en que el trabajador ha rechazado el ofrecimiento empresarial? Si tal ha sido el caso. En definitiva, parece más prudente considerar que existe un único plazo de tres meses, dentro del cual la empresa ha de realizar los ajustes razonables o reubicar al trabajador, si éste lo solicita, o extinguir el contrato de trabajo, si no es posible la adaptación o el trabajador rechaza el cambio.

Finalmente, está la cuestión de qué sucede si después de aplicar los ajustes o cambiado al trabajador de puesto, se constata que, a pesar de ello, no puede continuar trabajando. Nos referimos al supuesto de que se haya intentado la continuidad, pero transcurrido un tiempo se constata que no es posible. En esa situación ¿puede la empresa extinguir el contrato de trabajo por la vía del art. 49.1.n) ET? Dependerá del tiempo transcurrido. Si no se han superado los tres meses desde que la empresa recibió la resolución, la empresa está a tiempo de extinguir la relación con base en la declaración de IPT, IPA o GI. Si, por el contrario, ya se ha superado ese plazo, se cierra esa “salida” y la extinción deberá canalizarse a través del art. 52.a) ET. La única excepción, si acaso, será cuando se produzca una revisión del grado de incapacidad permanente. Nos referimos a la posibilidad de que, con posterioridad a la adaptación se le reconozca al trabajador en IPT una IPA o una GI. De ser así, la nueva resolución resucitaría la posibilidad de acudir al art. 49.1.n) ET. Fuera de ese supuesto, la empresa tendrá que invocar el despido por ineptitud sobrevenida, sin que se lo impida el art. 39.3 ET, toda vez que el cambio de funciones, si se ha producido, no responde a una causa productiva u organizativa, sino por mandato legal.

40 Como apunta Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): “44 preguntas...”, op. cit.,

41 En este sentido, Cavas Martínez, Federico (2025): “La reforma...”, op. cit., 9. Esteban Legarreta, Ricardo (2025): “La reforma...”, op. cit., 5.

42 López Cumbre, Lourdes (2025): “Puntos críticos...”, op. cit., 8-9.

Dicho esto, no tiene ningún sentido que por el hecho de transcurrir tres meses la incapacidad permanente pierda su virtualidad extintiva y la empresa tenga que recurrir a un despido por ineptitud permanente. Primero, desde un punto de vista conceptual, porque en el fondo la razón de la extinción sigue siendo la incapacidad permanente. Simplemente, el Servicio de Prevención sobrevaloró la capacidad real del trabajador en su primera evaluación o las medidas de ajuste que propuso finalmente se han revelado ineficaces o inidóneas. Segundo, está la disparidad indemnizatoria entre el art. 49.1.n) ET y el art. 52.a) ET. Mientras que en la incapacidad permanente en los grados mencionados se excluye la indemnización a cargo del empresario porque el trabajador accede a una pensión, la ineptitud va unida invariablemente a una indemnización por despido. Lo que lleva al absurdo de que la extinción producida en los tres primeros meses no da derecho a indemnización y si, en cambio, los ajustes fracasan transcurrido ese plazo la empresa sí tendrá que abonarla. Un coste económico para la empresa que en la práctica supone un desincentivo a la búsqueda de ajustes.

Seguramente por esta razón, alguna doctrina ha apuntado la oportunidad de acordar en estos casos un periodo de prueba, que permita eludir el art. 52.a) ET si el desistimiento se lleva a cabo durante el plazo de experimentación acordado<sup>43</sup>. Una salida ciertamente, pero que presenta dos importantes limitaciones. Primero, sólo cabrá pactar ese periodo de prueba si las funciones que pasa a realizar el trabajador son distintas de las que tenía antes, básicamente porque se le haya reubicado en otro puesto. Segundo, hace falta la conformidad del trabajador y éste probablemente no se va a prestar al acuerdo, por cuanto supone renunciar a una potencial indemnización. De ahí que, sin duda, hubiera sido más adecuado prever en la norma un periodo de experimentación "ad hoc", esto es, sin necesidad de acuerdo.

### **3. DESPIDO POR INEPTITUD SOBREVENIDA**

Si la nueva regulación de la extinción por incapacidad permanente presenta numerosas zonas de sombra, la cosa no mejora cuando nos enfrentamos al despido por ineptitud sobrevenida. Básicamente por la escasa atención que le ha prestado el legislador y los desajustes que presenta con la normativa internacional, convirtiendo esta vía de extinción en un autentico campo de minas<sup>44</sup>, lo que además explicaría el escaso uso que se ha hecho de esta fórmula extintiva y su "sustitución" por otras fórmulas resolutorias. Carencias que pasamos a exponer, aunque sea de manera somera.

#### **3.1. Situaciones que originan la extinción**

El primero de los problemas deriva del hecho de que el art. 52.1.a) ET no proporciona una definición de la ineptitud sobrevenida, o al menos una configuración de

43 Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi (2025): "44 preguntas...", op. cit.

44 Gómez Abelleira, Francisco Javier (2024): "Ineptitud sobrevenida...", op. cit.

las causas que pueden originarla<sup>45</sup>. Estamos ante un concepto que conecta con la incapacidad, incompetencia o inabilidad del trabajador para realizar su trabajo, pero cuyo concreto contenido y alcance es en gran medida incierto o no precisado. De ahí que haya sido la jurisprudencia, particularmente copiosa, la que ha tenido que definir sus rasgos característicos, para diferenciarla de situaciones afines que carecen de virtualidad extintiva o constituyen causas diferenciadas de extinción. Así, por todas, la STS de 2 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3937), que define la ineptitud como una "una inabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad, de concentración, rapidez, etcétera".

Es decir, estamos ante una especie de cajón de sastre donde se han reconducido todos los supuestos de falta de rendimiento o productividad permanente no relacionada con una actitud dolosa del trabajador y entre ellos, porque la ineptitud sobrevenida es "pluricausal"<sup>46</sup> o "poliédrica"<sup>47</sup>, la merma de capacidades psicofísicas que afecte a las funciones esenciales o principales inherentes al puesto de trabajo desempeñado. Con una excepción, la perdida de habilidad para trabajar que haya derivado en una declaración de IPT, IPA o GI, porque entonces constituye una causa de extinción del contrato absolutamente diferenciada. Desde la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, dichas incapacidades permanente dejan de "engordar" el despido por ineptitud sobrevenida.

Es más, no sólo la ineptitud sobrevenida y la IPT, IPA y GI discurren por caminos extintivos separados, sino que no se condicionan. El hecho de que la entidad gestora de la Seguridad Social no haya reconocido al trabajador una situación de IPT, no impide que la empresa pueda considerarle "no apto" y despedirle. Igual que, a la inversa, el despido por ineptitud sobrevenida no determina que al trabajador se le vaya reconocer al menos una IPT. Puede sorprender, pero tiene su explicación. La razón es que el concepto de ineptitud es mucho más restringido que la IPT. La ineptitud supone que el trabajador no es apto para desarrollar las funciones propias del puesto de trabajo que ocupa en la empresa, mientras que la IPT significa que el trabajador se encuentra imposibilitado para ejercer el conjunto de funciones propias de la profesión habitual en cualquier empresa. Es decir, que la denegación de la IPT no significa que el trabajador tenga aptitud para el correcto desempeño de las funciones de su puesto de trabajo. Así que el empresario puede adoptar válidamente un despido objetivo por ineptitud sobrevenida aun cuando al trabajador se le haya denegado previamente la

45 Monereo Pérez, José Luis (2017): *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales, Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Bomarzo, 20.

46 Ampliamente, sobre los rasgos constitutivos del concepto jurídico-laboral de ineptitud, Monereo Pérez, José Luis (2017), *Despido objetivo...*, op. cit., págs. 21-34.

47 Sobre las distintas caras, Mercader Uguina, Jesús (23/11/2023): "La ineptitud del trabajador como causa de despido: un territorio con difusas fronteras", *El Foro de Labos*, <https://www.elforodelabos.es/2023/11/la-ineptitud-del-trabajador-como-causa-de-despido-un-territorio-con-difusas-fronteras/>

IPT. Ciertamente la circunstancia de que se haya rechazado la solicitud de incapacidad permanente constituye un dato relevante para valorar su capacidad laboral, pero no es ni mucho menos determinante.

Ahora bien, que la única incapacidad permanente hábil para declarar una ineptitud sobrevenida sea la que no rebasa el grado de parcial (STS 14 de abril de 1988), no significa que "per se" sea suficiente para justificar ese despido. El empleador tendrá que justificar y acreditar que afecta al desarrollo de la actividad o al rendimiento de forma significativa, a diferencia de la IPT, IPA y GI. Por otra parte, importa hacer notar que la apreciación de ineptitud sobrevenida no está condicionada a que se haya declarado al menos ese grado de incapacidad permanente. Existen otras muchas situaciones relacionadas con el estado de salud que pueden dar lugar a la extinción del contrato por ineptitud sobrevenida. Por ejemplo, cuando, a pesar de existir un cuadro severo de lesiones o enfermedades, el trabajador no reúne los requisitos necesarios para acceder a la correspondiente prestación económica o ni siquiera ha presentado la correspondiente solicitud. Pero además es que ni tampoco hace falta que la persona padezca una lesión o enfermedad que le incapacite para trabajar, sino que la ineptitud puede ser consecuencia simplemente del deterioro físico o cognitivo que supone el envejecimiento, con la consiguiente disminución del rendimiento y la productividad. Todo lo cual, en todo caso, aconsejaría una mejor definición del espacio que corresponde a la ineptitud sobrevenida en la propia norma<sup>48</sup>.

### **3.2. La obligación de realizar ajustes antes de despedir**

El segundo problema se origina precisamente cuando la ineptitud sea física o psíquica, porque los tribunales reclaman el cumplimiento de un requisito adicional que no está en el art. 52.a) ET. Condicionan el despido por ineptitud sobrevenida a que no sea posible introducir ajustes en el puesto o reubicar a la persona en otro puesto. Por una parte, con base en la obligación de seguridad que impone el art. 14.2. ET y la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL). Porque, más allá de la protección general para todos los trabajadores, el art. 25 LPRL contempla una protección específica para los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, entre lo que se incluyen aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, que obliga a la empresa a adoptar medidas específicas y adicionales de prevención para su prevención, en su puesto de trabajo, y de no ser suficiente reubicándole en otro puesto. Por otra, porque la omisión de esos ajustes resultaría contraria a la igualdad y la integración social de las personas con discapacidad y, en concreto, al ya mencionado art. 40.2 de la LGPD, en concordancia con el art. 5 de la Directiva 2000/78/CE. Toda vez que el TJUE ha establecido en una reiterada y consolidada doctrina que la enfermedad de larga duración puede asimilarse a la discapacidad (STJUE 1 de diciembre de 2016, C-395/15

48 En este sentido, Mercader Uguina, Jesús (23/11/2023): "La ineptitud...", op. cit.

asunto Daoudi). A lo que se ha añadido la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que considera discriminatoria la denegación de los ajustes razonables (art. 6.1.a)). Una interpretación finalista e integradora que, como señala Gomez Abelleira, era perfectamente razonable antes de la STJUE 18 de enero 2024 (C-631/22 asunto Ca Na Negreta), pero que lo es aún más después<sup>49</sup>.

A la vista de la doctrina expuesta, los ajustes razonables constituyen una obligación ineludible para el empresario, no sólo desde la perspectiva preventiva sino también de la prohibición de discriminación. Por asimilación, en las situaciones de enfermedad de larga duración, deberán aplicarse las obligaciones de adaptación previstas en la LGPD. Detectada una potencial ineptitud por limitaciones psíquicas o físicas, la empresa no podrá extinguir mecánicamente el contrato por ineptitud sobrevenida del trabajador, sino que antes tendrá que valorar si mediante ajustes razonables el trabajador podría conservar su trabajo. Ajustes que no se deberán limitar al puesto que ocupa el trabajador, sino que, como en el caso de la extinción por incapacidad permanente, obligan a explorar las posibilidades de recolocación en otros puestos incluso en distinto centro de trabajo. Lo anterior, salvo que los ajustes generen una situación de excesiva onerosidad para la empresa. Solo cuando no sea posible realizar dichos ajustes o constituyan una carga muy gravosa, la empresa podrá despedir válidamente al trabajador. Es decir, el despido sólo será procedente si se han agotado todas las posibilidades de adaptación a las limitaciones constatadas o se ha demostrado que constituiría una carga excesiva<sup>50</sup>; si ha quedado acreditado que no existen en la empresa otros puestos de trabajo exentos de riesgo, compatibles con el estado de salud del trabajador<sup>51</sup> o que intentada la recolocación finalmente es declarado no apto en el nuevo puesto de trabajo<sup>52</sup>.

### **3.3. La distribución de la carga de la prueba y el valor del informe del Servicio de Prevención**

Por último, hay que referirse al “onus probandi”, dado que, a diferencia de la extinción por incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad, no hay una declaración administrativa o judicial que constate previamente la existencia de una incapacidad. Que la carga de la prueba corresponde al empresario está fuera de toda discusión. La ineptitud sobrevenida ha de concretarse y acreditarse por quien la alega (art. 122.1 LRJS y art. 217.3 LEC). La particularidad está en que, cuando la ineptitud derive de limitaciones físicas o psíquicas, la decisión empresarial se someterá en verdad a un doble juicio. Por una parte, está la obligación de probar la objetiva onerosi-

49 Gómez Abelleira, Francisco Javier (2024): “Ineptitud sobrevenida...”, op. cit.

50 STSJ Aragón 20 de marzo de 2023, rec. 113/2023; STSJ Las Palmas de Gran Canaria 25 de enero de 2024, rec. 1312/2023.

51 STSJ Asturias 13 de febrero de 2024, rec. 1836/2023.

52 STSJ Cataluña 28 de junio de 2024, rec. 1957/2024; STSJ Galicia 4 de diciembre de 2024, rec. 4822/2024.

dad excesiva sobrevenida. No estamos ante una situación jurídica que se alcanza por una resolución administrativa o judicial, sino que la empresa tendrá que probar una situación de hecho: la disminución del rendimiento debido. Por otra, la empresa tendrá que acreditar que no existió posibilidad de adaptar el puesto de trabajo o asignar funciones correspondientes a otro o que ello suponía una carga desproporcionada para la empresa. Es decir, la empresa no sólo tendrá que demostrar la concurrencia de la ineptitud, sino que también valoró realizar ajustes en el puesto o cambiar al trabajador a otro y que no lo hizo porque no es posible o constituye una carga indebida.

El problema en este punto es que la empresa actúa en cierto modo a ciegas. Despide al trabajador porque no es apto, pero en verdad no sabe muy bien por qué no lo es, ni por qué no se pueden hacer ajustes o cambiarle de puesto. Porque el Servicio de Prevención no puede explicitar cuáles son las dolencias físicas o psíquicas que padece el trabajador, por tratarse de información confidencial y estar prohibido legalmente. A la empresa sólo se le facilitarán “las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención” y sobre la base de esa información “incompleta” tendrá que actuar. Si el informe establece que el trabajador tiene una aptitud limitada o con restricciones, la empresa tendrá que adaptar el puesto para que pueda seguir trabajando, siempre que sea posible y no suponga una carga indebida; y si concluye que hay una falta total de aptitud, después de ordenar al trabajador que deje de prestar servicios, tendrá que despedirle. De ahí que, con acierto, se haya dicho que la empresa “actúa como agente ejecutor de las consecuencias del parecer de otros”<sup>53</sup>. Y en efecto así es, por cuanto el informe del Servicio de Prevención reduce el margen de actuación de la empresa casi a la mínima expresión.

Dicho esto, que el informe del Servicio de Prevención sirva para activar la facultad resolutoria y en buena medida predetermine la decisión empresarial, no significa que cualquier informe sirva de prueba la ineptitud sobrevenida. En particular, no basta con que el mismo se declare a una persona “no apta”. Porque el despido objetivo no es una modalidad extintiva fijada en atención a la mayor o menor entidad de un determinado padecimiento de salud, sino en exclusiva atención a su repercusión material para la ejecución de la actividad laboral, por lo que “la empresa, que pretenda extinguir el contrato de trabajo por ineptitud sobrevenida del trabajador, deberá precisar en la carta de extinción cuales son las limitaciones del trabajador y de qué manera provocan una ineptitud sobrevenida para el desempeño de las tareas propias de su profesión”. Así que “será necesario, a estos efectos, que el informe identifique con precisión cuáles son las limitaciones concretas detectadas y su incidencia sobre las funciones desempeñadas por el trabajador, sin que baste la simple afirmación de que el trabajador ha perdido su aptitud para el desempeño del puesto, cuando dicha

53 Gómez Garrido, Luisa María (2023): “El despido objetivo por ineptitud sobrevenida”, *Revista de Jurisprudencia LEFEBVRE*, 58.

afirmación no esté justificada en los términos expuestos y no se soporte con otros medios de prueba útiles, cuando sea contradicha por el trabajador, especialmente cuando, como sucede aquí, la Entidad Gestora haya descartado la declaración de invalidez permanente del trabajador para el desempeño de su profesión habitual" (STS 23 de febrero de 2022, rec. 3259/2020).

Con ello no se le está diciendo al Servicio de Prevención que explice cuáles son las dolencias físicas o psíquicas que padece el trabajador, por tratarse de información confidencial y estar prohibido legalmente, sino que no bastará con un informe que se limite a indicar la fecha en la que se lleva a cabo el reconocimiento médico del trabajador, los protocolos de actuación tenidos en cuenta para la elaboración del mismo y, finalmente, acabe concluyendo si es apto o no para el desempeño de su puesto de trabajo<sup>54</sup>. Para que el informe se erija en un medio probatorio suficiente para acreditar la ineptitud sobrevenida se han de identificar en el mismo: a) las limitaciones del trabajador, además de razonar por qué no puede acometer las funciones descritas; b) el alcance y las características de las medidas de ajuste, si las hay; y c) los puestos de trabajo compatibles con su estado. A lo que el empleador deberá añadir en la carta de despido los motivos por los que, en su caso, no puede adoptar las medidas de ajuste o cambiar al trabajador de puesto.

Finalmente, nótese que el informe del servicio de prevención no tiene por qué ser el único elemento de prueba a valorar. Ciertamente, estamos ante una prueba cualificada, pero la empresa podrá aportar medios adicionales para acreditar que la persona ha perdido de forma efectiva las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles. Igual que el hecho de que sea un elemento probatorio clave no significa que sea inexpugnable, en el sentido de que no se pueda cuestionar la calidad técnica o idoneidad de las conclusiones del mismo. Simplemente, el trabajador tendrá que aportar prueba en contrario que, de forma eficiente y eficaz, ponga de manifiesto su capacitación para seguir prestando sus servicios, en el mismo puesto con ajustes o en otro compatible y vacante.

#### **4. EL DESPIDO OBJETIVO POR FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO**

Queda por último referirse al desaparecido despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, para valorar las claves de la derogación y en qué medida, como algunas voces reclaman, podría recuperarse.

Como se recordará, porque no hace tanto tiempo, el art. 52.d) ET legitimaba el despido objetivo de las personas trabajadoras que incurrián en faltas de asistencia

54 Martín-Gamero Verdú, Javier (13-07-2023): "Un obstáculo al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador", <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-social-laboral/laboral/un-obstaculo-al-despido-objetivo-por-ineptitud-sobrevenida-del-trabajador-2023-07-13/>

al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando se superaban determinados porcentajes. En la redacción originaria de 1980, el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo superase el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo. Posteriormente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, rebajará el índice de absentismo total exigible al dos y medio por ciento. Y finalmente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimirá el referente colectivo, posibilitando la extinción en base al exclusivo dato de absentismo de la persona. Igual que a lo largo de los años irán cambiado las faltas de asistencia justificadas que pueden ser contabilizadas. En su última redacción, las faltas de asistencia que no se computan son: 1) las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, 2) el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, 3) accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, 4) paternidad, licencias y vacaciones, 5) enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, 6) las motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género acreditada, y 7) las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

En suma, el supuesto contemplado en el artículo 52.d) ET era aquel en el que se producían frecuentes ausencias, de breve duración y con intervalos temporales breves entre ellas, como consecuencia de faltas de asistencia injustificadas y bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días. Lo que se ha dado en llamar "micro-absentismo" y que se resume en que se falta dos días de aquí, tres días de allá, un viernes allí, un lunes acá, etc. Ausencias que dificultan el normal funcionamiento de la empresa y que además corren por cuenta de la empresa, pues durante los primeros quince días el pago de la prestación es del empresario, a lo que se añadirán los tres primeros días de baja y la diferencia entre la prestación y el salario si así se ha dispuesto por convenio colectivo, acuerdo de empresa o decisión de la empresa. Todo lo cual puede convertir la prestación en excesivamente onerosa y explica que la ley otorgara a la empresa la facultad de resolver el contrato cuando el nivel de inasistencias al trabajo alcanzara determinados niveles que el legislador consideró inaceptables. En palabras del Tribunal Constitucional, "la regulación contenida en el art. 52.d) LET responde al objetivo legítimo de paliar el gravamen económico que las ausencias al trabajo suponen para las empresas" (STC 118/2019).

Pues bien, después de más de cuarenta años, el Real Decreto-ley 4/2020 va a borrar de un plumazo esta herramienta contra el absentismo, bajo el pretexto de que estamos ante un instrumento susceptible de provocar discriminación y exclusión so-

cial de colectivos de especial vulnerabilidad<sup>55</sup>. En concreto, en la larga exposición de motivos, una más, el Gobierno defiende esta derogación sobre la base de dos argumentos principales:

Primero, para atender a la doctrina del TJUE, en sus sentencias de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero), y de 11 de septiembre de 2019 (asunto Nobel Plastiques). En el asunto Ruiz Conejero, como se recordará, el conflicto gravita en torno a si se opone la Directiva 2000/78 a la aplicación de una norma legal que faculta al empresario a despedir un trabajador por faltas de asistencia al trabajo que alcancen los límites establecidos en el art. 51.a) ET, cuando las bajas laborales fueron causadas por la discapacidad. Y lo que concluye el Tribunal es que el artículo 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar a los órganos jurisdiccionales nacionales. Es decir, no se da una respuesta cerrada a la cuestión judicial planteada, sino que emplaza al juez remitente a un juicio de proporcionalidad, aportando, eso sí, una serie de elementos interpretativos, entre los que se encuentra el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, en la medida en que si bien es cierto que el art. 52.a) ET excluye algunas faltas de asistencia por enfermedad, el Tribunal entiende que "las ausencias por motivo de enfermedad del trabajador no cubren la totalidad de las situaciones de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78". En definitiva, el Tribunal de Luxemburgo evidencia el potencial carácter discriminatorio del precepto español, pero admite que, si el ordenamiento nacional contemplara mecanismos de control de proporcionalidad y adecuación de la medida, podría tener acomodo en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

Pues bien, el Gobierno concluye que, como "esta previsión de análisis 'ad hoc' no existe en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que se aplica con carácter automático cuando concurren los porcentajes de inasistencia que refiere" y "cualquier despido que pueda recaer con mayor frecuencia en personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración requiere de garantías más intensas de las que actualmente configura el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores", la situación debe corregirse inmediatamente "a efectos de asegurar que se aplica adecuadamente en España la doctrina establecida por el TJUE" y directamente suprime el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo. Ahora bien, si se piensa bien, la doctrina del TJUE explicaría la iniciativa del legislador, pero no la necesidad de derogar el art. 52.d) ET. Porque se podía haber optado por modificar dicho precepto

55 Al respecto, Montoya Melgar, Alfredo (2020): "Sobre el derogado art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 229,13-20.

para acomodarlo a la doctrina comunitaria, en lugar de derogarlo. Habría bastado con incluir esas garantías adicionales, por ejemplo, excepcionado en el cómputo de los días las ausencias motivadas por la discapacidad del trabajador.

Segundo, considera que este tipo de despido puede suponer discriminación indirecta de las mujeres, por cuanto "susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples". Se apoya para ello en la STJUE de 20 de junio de 2013 (C-7/12 asunto Riežniece), que estableció que el trato peyorativo dispensado a las personas que ejercitaran derechos de conciliación puede ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo si se constata la mayor afectación femenina y en los datos Instituto Nacional de Estadística que indicaban que las mujeres eran las que mayoritariamente asumían las tareas de cuidado de dependientes. A lo que añade que "en un contexto como el actual, en el que faltan todavía mecanismos que garanticen el derecho de las personas a las ausencias por fuerza mayor familiar y en el que, pese a los avances realizados en los últimos meses (Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo), existen obstáculos para la efectiva conciliación de responsabilidades en términos de corresponsabilidad, la figura establecida en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no solo puede servir para legitimar que se expulse del mercado de trabajo a las personas cuidadoras, sino que también está lanzando el mensaje erróneo de que la cuestión de la conciliación recae tan solo en la persona y no en la empresa y en la sociedad".

Un argumento que primeramente es difícil de entender, porque entre las ausencias justificadas excluidas del art. 52.d) ET se encontraban las "licencias". Es decir, no se computaban ni los permisos retribuidos ni los permisos no retribuidos, por razones de conciliación o cualquier otro motivo previsto en la ley o el convenio colectivo (o en el propio contrato). Con lo cual sólo cabe concluir que el Gobierno se refiere en verdad a las ausencias injustificadas por razones de conciliación, que, parece, serían más habituales en las mujeres que en los hombres. Es decir, se presupone que, como existe un desigual reparto de las responsabilidades familiares, es más probable que las mujeres falten al trabajo para atender al cuidado de personas dependientes, aunque sea de manera injustificada, con el consiguiente riesgo de incurrir en el supuesto de hecho del art. 51.d) ET. Pues bien, aunque fuera así (pues no hay datos que corroboren dicha tesis), tal planteamiento resulta indefendible, porque entonces tampoco se podría despedir disciplinariamente a una trabajadora por faltas injustificadas y repetidas al trabajo sin incurrir en discriminación indirecta si resulta que faltó al trabajo para atender a un dependiente. Guste más o guste menos lo que convierte a una falta en justificada o injustificada no es el hecho de que la ausencia se haya producido por razones de conciliación o por otros motivos, sino si el trabajador ostentaba o no un derecho a ausentarse del trabajo. Y lo que desde luego no se puede sostener es que por el hecho de que las mujeres incurran en este tipo de faltas injustificadas en mayor proporción que los hombres, si es que es así, tal incumplimiento no se pueda tomar en consideración a los efectos de un despido, del tipo que sea. Pues la empresa no tiene por qué soportar unas vicisitudes personales o familiares que no dejan de ser

un incumplimiento. Al margen de que, como es sabido, en los últimos años se ha incrementado sensiblemente la tipología de los derechos de conciliación (adaptación de horario, permiso parental, permiso por fuerza mayor) y su duración (permiso por nacimiento, permiso para familias monoparentales, permiso por hospitalización o enfermedad grave).

En suma, no es arriesgado afirmar que la doctrina del TJUE fue una excusa para derogar el art. 52.d) ET, más que una verdadera justificación. Ni las sentencias que se barajan en el Preámbulo, ni la prohibición de discriminación por razón de sexo, permiten extraer prohibición alguna del despido objetivo por faltas de asistencia intermitentes, como de hecho se han encargado de recalcar los distintos órganos jurisdiccionales que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión.

Primero, porque el TJUE, más allá de rechazar una identificación absoluta y automática entre discapacidad y enfermedad<sup>56</sup>, ha admitido la adopción por parte de los Estados miembros de la Unión de medidas dirigidas a combatir el absentismo, siempre que observen el principio de proporcionalidad, esto es, que no vayan más allá de lo estrictamente "necesario". En las mismas sentencias que se mencionan en el Preámbulo, el Tribunal reitera que dichos Estados disponen de un amplio margen de apreciación no sólo para primar un determinado objetivo sobre otros en materia de política social y de empleo, sino también para definir las medidas que les permitan lograrlo y que combatir el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del art. 2.2.b) inciso 1 de la Directiva, dado que se trata de una medida de política de empleo.

Segundo, porque Tribunal Constitucional, en la sentencia 118/2019, de 16 de octubre, ya dictaminó que el artículo 52.d) ET no era contrario a la Constitución Española, porque no vulneraba ni el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), ni el derecho al trabajo (artículo 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), al tiempo que advirtió que tampoco contradecía lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT, toda vez que el art. 4 del mismo Convenio admite que se ponga término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Y para el Tribunal "entre ellas sin duda cabe incluir la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un período determinado, conforme a las previsiones del art. 52.d) LET"<sup>57</sup>.

56 STJCE de 11 de julio de 2006, "ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad en cuanto tal", además de que "no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva" (C-13/05 asunto Chacón Navas).

57 Véase al respecto, Montoya Melgar, Alfredo (2020): "Sobre el derogado...", op. cit., 13-17; Gómez Salado, Miguel Ángel (2019): "La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo

Finalmente, porque el Tribunal Supremo declaró en numerosos pronunciamientos la procedencia de despidos objetivos por absentismo, sin que, en cumplimiento del control de convencionalidad, al seleccionar la norma aplicable, considerara que el art. 52.d) ET fuera contradictorio con los tratados internacionales ratificados por España (entre otras STS de 19 de marzo de 2018, rec. 10/2016; 23 de junio de 2020, rec. 233/2018; 17 septiembre de 2020, rec 2112/2018 y 29 de marzo de 2022, rec. 2142/2020). Para el Alto Tribunal, el art. 52.d) ET no vulnera los arts. 4 y 6.1 del Convenio 158 de la OIT, ni los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT, ni el art. 3 de la Carta Social Europea (versiones de 1961 y 1996), ni tampoco el art. 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, porque en este punto da un paso más en esta cuestión y concluye que "el intérprete supremo de la Carta Magna ya se ha pronunciado en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE. En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE y la tesis defendida en la deliberación que era favorable a que se declarase la existencia de discriminación, se hubiera impuesto".

En definitiva, ni la Constitución Española ni las normas internacionales cierran el paso a una recuperación del despido por faltas intermitentes al trabajo como una medida legal de lucha contra el absentismo laboral. Estamos ante una opción del legislador, que podría revertirse sin incurrir por ello en contradicción con los compromisos internacionales adquiridos, que no exigen pero que tampoco impiden una fórmula de protección de los intereses de las organizaciones productivas como la que aquí se analiza<sup>58</sup>. Eso sí, en el cómputo de los días de ausencia habría que excluir los días de baja por enfermedad de larga duración, crónica o equiparable a la "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78/CE<sup>59</sup>.

por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 441, 173-182; Pérez de los Cobos Orihuela, Francisco: "Sobre el desaparecido despido por absentismo (Comentario a la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019)", AA.VV. (Dir. Antonio V. Sempere Navarro y José Luis Monereo Pérez), *El poder de dirección del empresario: problemas y manifestaciones actuales*, Laborum, (en prensa); para una lectura más crítica, Monereo Pérez, José Luis (2019): "Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7, 1-11.

58 García Murcia, Joaquín (2022): "Despido por absentismo y control de convencionalidad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 6-7.

59 En ese sentido se manifestaron, antes de que el Gobierno optara por la derogación del art. 52.d) ET, Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi (2018): "Discapacidad y despido por faltas de asistencia ex art. 52.d ET: posible discriminación pendiente de concreción (caso TJUE Ruiz Conejero)", en *Una mirada crítica a las relaciones laborales. Por Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*; Iturre Gárate, Juan Carlos (2019): "Caso Ruiz Conejero. Tercera parte. Sentencia confirmatoria del TSJ", *Revista Jurisdicción Social, revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, 199, 37-45; Romero Rodenas, María José (2019): "Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas por faltas de asistencia justificadas: cese que constituye despido nulo: discriminación indirecta por motivos de discapacidad", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 8.

## 5. CONCLUSIONES

La primera conclusión es evidente, el actual marco regulador en torno a la extinción por enfermedad, ineptitud o incapacidad debería ser objeto de una profunda reconstrucción. No sólo por los silencios que guarda, sino porque en numerosos aspectos la regulación se muestra oscura o directamente inadecuada. Unas carencias normativas que a lo largo de los años se han acentuado, en parte por la falta de armonización con la normativa internacional y, por otra, como consecuencia de las nuevas situaciones de hecho que se van dando en el campo jurídico. El legislador no pudo prever en 1980 la importancia que adquiriría la integración social plena de las personas con discapacidad, la dimensión tan amplia que adquiriría el concepto de discapacidad o las oportunidades laborales que les abre el empleo tecnológico inclusivo. La segunda conclusión es que esa revisión se tiene que hacer con absoluto respeto al derecho a trabajar en igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, pero teniendo en cuenta los costes directos e indirectos que tales derechos suponen para las empresas y también el legítimo objetivo de la defensa de la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE. Y la tercera es que dicha reforma tendrá que hacerse de manera coordinada con la legislación de Seguridad Social y discapacidad, en el sentido de que han de coexistir y complementarse recíprocamente.

Así las cosas, se impone una reforma clarificadora de la Ley 2/2025, en la medida en que, como se ha expuesto, presenta "abundantes ángulos muertos y zonas de sombra"<sup>60</sup>, que obligan a sobreentender demasiadas cosas con la consiguiente dosis de inseguridad jurídica. De *lege ferenda*, entre otros, apunto los siguientes cambios:

- a) Reconocer al trabajador el derecho a los ajustes razonables, aunque la incapacidad permanente vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al trabajo, dando así cumplimiento a la normativa internacional y al art. 40.2 LGPDP.
- b) Atribuir a la entidad gestora de la Seguridad Social la obligación de informar al trabajador sobre los derechos de adaptación en la misma resolución que declara la IPT, IPA o GI, con indicación del plazo para solicitar los potenciales cambios y la consecuencia de no hacerlo.
- c) Establecer algún tipo de prelación o jerarquía entre las dos obligaciones instrumentales que ha venido a diferenciar el legislador. La lógica lleva a pensar que antes de cambiar al trabajador de puesto hay que intentar adaptar el suyo, de modo similar a lo que establece el art. 25 LPRL, pero en todo caso debería aclararse, así como también a quien corresponde adoptar la decisión cuando existan varias alternativas, todas razonables y adecuadas.

60 Cava Martínez, Faustino, "La reforma...", op. cit., 4.

- d) Contemplar expresamente la apertura de un procedimiento de negociación en torno a la solicitud de adaptación e incluso fórmulas arbitrales como las contempladas en el art. 66.2 LGDPD, que den cumplimiento a la normativa internacional y sobre todo sirvan para prevenir la litigiosidad derivada de discrepancias relativas a los ajustes razonables.
- e) Atribuir a la empresa (en lugar del servicio de prevención) la competencia exclusiva para consultar a la representación de los trabajadores sobre los cambios o la relación de los puestos de trabajo compatibles con las limitaciones físicas o psíquicas del trabajador, de modo similar, por ejemplo, a lo que ya establece el art. 26 LPRL en relación con la protección de la maternidad.
- f) Incorporar un periodo de experimentación, durante el cual ambas partes puedan evaluar la idoneidad de los cambios efectuados y si la relación satisface sus intereses. De suerte que si finalmente el trabajador no se adapta al puesto o los cambios no permiten garantizar su seguridad y salud, la empresa pueda extinguir el contrato con base en la propia IPT, IPA o GI, eso sí, justificándolo, para que esa posibilidad de experimentar no derive en actuaciones abusivas.

En segundo lugar, y a pesar de la encomiable labor clarificadora y de integración que han llevado a cabo la jurisprudencia y la doctrina judicial en torno al despido por ineptitud sobrevenida, no se puede dejar pasar por más tiempo una reforma que perfile y confiera seguridad jurídica a esta causa de extinción. En lo que aquí más interesa, además de definir legalmente el concepto de ineptitud<sup>61</sup>, debería explicitarse que, si la ineptitud deriva de las limitaciones psicofísicas del trabajador, la empresa sólo podrá activar el despido si no resulta posible la adaptación o supone una carga excesiva. Al tiempo que habría que incorporar en el art. 53.1 ET una mención a esta cuestión, para que la empresa incluya en el contenido de la carta de despido una explicación relativa a la imposibilidad de realizar ajustes razonables.

Ahora bien, eso no significa que se deban incorporar las reglas de procedimiento en la implantación tal y como se regulan el art. 49.1.n) ET. Porque más allá de su falta de claridad, a nadie se le escapa que hay aspectos en los que esa obligación de adaptación no encaja. Por ejemplo, ¿tiene sentido trasladar al trabajador la decisión de solicitar un posible ajuste? No parece, pues la obligación ya existe, aunque sea desde la perspectiva preventiva. Igual que no parece razonable establecer un plazo máximo para realizar dichos ajustes o proceder a la extinción. Porque los arts. 14 y 25 LPRL configuran la adaptación o la reubicación como una obligación automática de la empresa. Y luego está la cuestión de si el trabajador podría rechazar los cambios propuestos y, particularmente, otros puestos de trabajo compatibles con sus limitaciones incapacitantes. Desde una perspectiva preventiva parece evidente que no. La responsabilidad es de la empresa y, por tanto, no queda en manos del trabajador

61 Monereo Pérez, José Luis (2017): *Despido objetivo...*, op. cit., 20.

decidir si se aplica o no la medida correctora. Otra cosa es que, como en el caso de la extinción por incapacidad permanente, se pueda barajar la incorporación de un principio de voluntariedad en el art. 52.d) ET. Ahora bien, lo que no tendría sentido en es que, si el trabajador rechaza la propuesta de adaptación, la empresa tenga que indemnizarle a pesar de ello.

Finalmente, respecto de la posibilidad de resucitar el despido objetivo por faltas de asistencia, una cosa es clara: ni la Constitución Española ni la normativa internacional se opone a ello. Otra cosa es que si se hace debiera neutralizarse cualquier riesgo de discriminación indirecta por razón de discapacidad en la dimensión comunitaria del término, asimilando a las ausencias que ya no se computaban las enfermedades asimilables o consecuencia de la discapacidad. Ahora bien, sería ingenuo pensar que la recuperación de esta fórmula extintiva resolvería el problema del absentismo laboral en España. Estamos ante un problema complejo, que no admite soluciones simplistas. Ciertamente, puede haber una relación entre la supresión del despido objetivo por faltas laborales y el fuerte incremento de la tasa de absentismo por incapacidad temporal que se observa desde entonces, pero no será la única razón. El absentismo laboral es un fenómeno complejo y pluricausal, en el que intervienen factores de muy diversa índole, por supuesto personales, pero también organizativos (deficiencias en las relaciones laborales y en el clima laboral) y públicos (el colapso y la ineficiencia en la gestión de la incapacidad temporal por parte del sistema público de salud). Lo que sugiere que la estrategia para reducir el absentismo laboral no puede ser exclusivamente de tipo reactivo o extintivo, sino que, como se desarrolla en este monográfico, requerirá combinar políticas públicas eficaces, herramientas legales adecuadas y actuaciones empresariales preventivas.



# La extinción del contrato de trabajo y la prohibición de discriminación por razones relacionadas con la salud en la Ley 15/2022

**Paz Menéndez Sebastián**

Catedrática. Universidad de Oviedo

**Iván Antonio Rodríguez Cardo**

Catedrático. Universidad de Oviedo

## Termination of the employment contract and the prohibition of discrimination on health-related grounds under Law 15/2022

### **SUMARIO:**

1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA BREVE APROXIMACIÓN PREVIA AL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN. 3. LA NATURALEZA EVOLUTIVA DEL LISTADO DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN. 4. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN: DE SU OMISIÓN TRADICIONAL A LA INCORPORACIÓN AL LISTADO TRAS LA LEY 15/2022. 5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y CONDICIÓN DE SALUD EN LA FASE DE CONTRATACIÓN Y EN EL DEVENIR ORDINARIO DE LA RELACIÓN LABORAL. 6. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO EN INCAPACIDAD TEMPORAL: LAS PRIMERAS REACCIONES TRAS LA LEY 15/2022. 7. REALIDADES Y ESPEJISMOS EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN IT: LA (VOLUNTARISTA) CONFUSIÓN ENTRE PREJUICIO Y PERJUICIO. 8. EFECTOS COLATERALES DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO: NULIDAD OBJETIVA, INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA E INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. 9. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ACOMODAR LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR A LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL.

**RESUMEN:** La licitud de las decisiones empresariales motivadas por el estado de salud del trabajador ha sido tradicionalmente una cuestión controvertida. La expresa inclusión de la enfermedad (y de la condición de salud) en el listado de causas de discriminación tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022 ha reavivado el debate, prin-

cipalmente acerca de la calificación del despido del trabajador en IT, pese a que ni el ET ni la LRJS han sufrido modificación alguna en ese sentido y que la IT, que no es mencionada, no puede equipararse a la enfermedad. De forma mayoritaria, tanto la doctrina judicial reciente como la académica elevan la enfermedad a causa autónoma de discriminación y parecen decididamente partidarias de declarar la nulidad del despido del trabajador en situación de IT, abogando por la rectificación del criterio tanto del TC como del TS. Esa interpretación se asienta en un concepto de discriminación que se mimetiza o confunde con el de igualdad, ignorando que el art. 14 CE contempla dos derechos/principios diferentes, la igualdad y la no discriminación, que dan lugar a garantías y procesos de valoración no equivalentes. La enfermedad, sin mayores adjetivos, no puede convertirse en causa de discriminación autónoma sin violentar el concepto constitucional de discriminación. En consecuencia, el presente estudio llega a la conclusión de que la incorporación de la enfermedad al listado de causas de discriminación no ha alterado las pautas para la calificación del despido del trabajador que se encuentra en situación de IT. En cambio, el juego combinado de las referencias a «enfermedad», «condición de salud», «estado serológico» y/o «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos» ofrece una mejor protección frente a decisiones basadas en riesgos de salud potenciales y futuros que no pueden ser tomados en consideración, por ejemplo, a efectos de contratación o de extinción de la relación laboral.

**Palabras clave:** despido, discriminación, Ley 15/2022, salud, incapacidad temporal.

**ABSTRACT:** The lawfulness of employer decisions motivated by the worker's state of health has traditionally been a controversial issue. The incorporation of "illness" as a new ground of discrimination by Law 15/2022 has reignited the debate surrounding the nullity of the dismissal that affects workers who are in temporary disability, even though illness is not the same as being in temporary disability and the Labour Code has not been amended to include any specific rule about the consequences of such dismissals. However, the more recent rulings by social courts and significant academics have concluded that the new law requires a change in the previous interpretation made by the Constitutional Court and the Supreme Court, so dismissals of workers who are in temporary disability should now be declared null and void. This interpretation is inconsistent with the concept of discrimination. The Constitutional Court has ruled repeatedly that equality and non-discrimination are two separate rights. In Spain, equality is not equivalent to the absence of discrimination. Illness, by itself, cannot be a ground for discrimination without violating the constitutional concept of discrimination. After a thorough assessment, this paper concludes that the inclusion of "illness" among the list of grounds for discrimination has not modified the approach for assessing the consequences of dismissals affecting workers in temporary disability. By contrast, the combined effect of the references to "illness", "health condition", "serological status", and/or "genetic predisposition to suffer from diseases or disorders" offers stronger protection against decisions based on potential or future risks that cannot be taken into account for purposes such as hiring or termination of employment.

**Keywords:** dismissal, discrimination, Law 15/2022, health, temporary incapacity.

## 1. INTRODUCCIÓN

El impacto del estado de salud del trabajador en la relación laboral admite valoraciones desde planos diferentes, pues se entremezclan los aspectos médicos con los jurídicos, y también podrían confluir otros conectados con la ética o incluso con la justicia. En particular, la licitud de que el empleador adopte una decisión peyorativa para un trabajador por razones vinculadas a su salud plantea problemas específicos y exige la entrada en juego del criterio de proporcionalidad.

Aun cuando los ejemplos son numerosos en las distintas fases de la vigencia de una relación contractual, la calificación del despido motivado por el estado de salud del trabajador ha sido una cuestión controvertida tradicionalmente y resulta suficientemente ilustrativa. En el trasfondo se encuentra el siempre delicado equilibrio entre los derechos individuales y los legítimos intereses de la empresa, porque en la mayoría de los casos la decisión empresarial prescinde de la naturaleza de la concreta dolencia que sufre el sujeto y se basa, exclusivamente, en el trastorno organizativo y/o en el perjuicio económico provocados por la ausencia al trabajo.

La legislación laboral ha sido receptiva en ocasiones a ese interés empresarial, principalmente admitiendo la licitud del despido objetivo derivado de las faltas de asistencia justificadas pero intermitentes en determinadas circunstancias. Sin embargo, el Real Decreto-ley 4/2020 primero, y la Ley 1/2020 después, derogaron el art. 52.b) ET, mostrando, en apariencia, una decidida voluntad de eliminar cualquier resquicio a que la fragilidad de salud del trabajador pudiera convertirse en causa lícita de extinción contractual, salvo que se trate de una pérdida definitiva de capacidad, ineptitud en suma.

La ilicitud del despido, o de cualquier otra decisión peyorativa, por enfermedad o circunstancias ligadas a la salud, no cierra completamente el debate, porque desde hace años se discute si la decisión empresarial debe considerarse improcedente o merece un reproche mayor, la nulidad. La cuestión se ha reavivado a raíz de la introducción expresa en el listado de causas de discriminación de la «enfermedad o condición de salud», llevada a cabo por la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Aun cuando no se modifica a tal efecto el Estatuto de los Trabajadores, el carácter transversal de la Ley, que pretende proporcionar un marco general y convivir con el resto de la legislación antidiscriminatoria, y el hecho mismo de que su art. 2.1 reconozca el derecho de «toda persona a la igualdad de trato y no discriminación» por alguna de las causas que se listan, exigen valorar específicamente cuál es el impacto que esta nueva norma provoca en el debate tradicional sobre la calificación del despido del trabajador cuando la causa se relaciona con la enfermedad o el estado de salud y, en particular, cuando la persona trabajadora se encuentra en incapacidad temporal (en adelante, IT).

No obstante, en ese debate suele omitirse un aspecto de indudable relevancia instrumental para abordar esta problemática, como es el concepto mismo de discriminación, pues, por una parte, no siempre se utiliza en su acepción técnica, y, por otra,

aun cuando sí se ponga el acento en su dimensión netamente jurídica, a menudo se le dota de un contenido impropio. Es un pilar dogmático esencial sobre el que ha de pivotar la calificación de las decisiones empresariales contrarias a los intereses del trabajador por motivos de salud.

## 2. UNA BREVE APROXIMACIÓN PREVIA AL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

La delimitación correcta del concepto de discriminación debe acometerse teniendo presente que «existe un concepto vulgar de discriminación que no coincide con el concepto jurídico»<sup>1</sup>, y que no es deseable «banalizar el concepto de discriminación para confundirlo con el de injusticia»<sup>2</sup>. Resulta evidente que trivializar el concepto de discriminación provoca disfunciones jurídicas de entidad que podrían conducir a la sobreprotección de unas personas y a la infraprotección de otras.

Es probable que, en parte, las dudas dogmáticas se hayan acrecentado en los últimos tiempos por la diferente perspectiva de aproximación utilizada por el Derecho de la UE y por la Constitución Española. La tutela antidiscriminatoria proporcionada por el Derecho de la Unión se ha construido tomando como punto de partida que el principio de igualdad de trato equivale a «la ausencia de toda discriminación»<sup>3</sup>. No es esa la posición de nuestro TC, que diferencia de forma más nítida el principio de igualdad del principio de no discriminación<sup>4</sup>. La igualdad «ante la ley», que el TC pronto convirtió en igualdad «en la ley»<sup>5</sup>, y también «en la aplicación de la ley»<sup>6</sup>, exigiría en su versión más estricta e intensa un trato idéntico, no admitiéndose diferencias —con las salvedades que eventualmente pudieran derivar de la discriminación por indiferenciación<sup>7</sup>—, y por tanto es un principio que ha debido modularse con carácter general, y también, por lo que aquí interesa, en el ámbito de las relaciones de trabajo.

El principio de igualdad, en su vertiente primigenia, opera con mayor intensidad en el empleo público, pero se aplica de manera muy matizada al empleo privado. De este modo, las diferencias de trato no están prohibidas *per se* constitucionalmente

1 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Los contornos de la discriminación”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 5, 2022, pág. 20.

2 Cfr. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *La Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: una regulación necesaria con un problema grave de enfoque*, Brief de la AEDTSS, accesible en <https://www.aedtss.com/la-ley-integral-para-la-igualdad-de-trato-y-la-no-discriminacion-una-regulacion-necesaria-con-un-problema-grave-de-enfoque/>.

3 A modo de ejemplo, vid. art. 2.1 de la Directiva 2000/78.

4 Por todas, vid. SSTS 128/1987, 168/1988, 19/1989, 145/1991, 173/1994, 240/1999, 200/2001, 39/2002, 17/2003, 27/2004, 161/2004, 175/2005, 342/2006, 233/2007, 62/2008, 176/2008, 51/2011, 63/2011, 104/2014, 66/2015, 31/2018, 91/2019, 74/2020, 172/2021 o 67/2022.

5 Vid. SSTS 22/1981 y 34/1981.

6 Vid. SSTS 29/2005, 146/2005, 2/2007, 31/2008 o 13/2011.

7 Vid. COBREROS MENDAZONA, E., “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 71 y ss.

en el contexto de la relación de trabajo. En cambio, la discriminación nunca es admisible<sup>8</sup>. Ello supone que el concepto interno, propiamente nacional, del principio de igualdad de trato no coincide con el concepto que se ha construido en el ámbito de la UE, porque no cabe sostener, a partir de la CE, que la igualdad de trato consista en la ausencia de discriminación. Sin embargo, esa es la opción por la que parece decantarse la Ley 15/2022, seguramente por la marcada influencia del Derecho de la Unión<sup>9</sup>.

Atendiendo a los parámetros constitucionales, el concepto de discriminación ha de construirse con autonomía respecto del principio de igualdad de trato, como el TC ha advertido reiteradamente a partir de su sentencia 128/1987. El principio de igualdad de trato se asienta en la comparación entre dos situaciones y admite diferencias de trato en presencia de una razón legítima, siempre que la acción o las medidas resulten razonables y proporcionadas. En cambio, la discriminación, en sentido estricto, no requiere necesariamente un elemento de comparación —relativizando la trascendencia de la intención de discriminar, poniendo el acento en los efectos que supone la discriminación tanto para la víctima como para el colectivo al que se adscribe y convirtiendo la prohibición de discriminación en un derecho autónomo y no siempre vinculado a situaciones jurídicas concretas, a diferencia de la igualdad<sup>10</sup>— y se encuentra prohibida en todo caso, pues si cabe encontrar una justificación para la diferencia de trato no se produciría una discriminación<sup>11</sup>.

La discriminación, por consiguiente, implica una diferencia de trato, pero no cualquier diferencia de trato conduce a la discriminación. En expresión del TC, ha de tratarse de una diferencia de trato derivada de una circunstancia de «naturaleza particularmente odiosa»<sup>12</sup>, porque se asienta en un elemento o condición de carácter personal o social que el ordenamiento considera inadmisible. De ahí que las consagraciones del principio de no discriminación en las pertinentes normas no se limiten a la enunciación del principio, sino que se acompañen de una relación de causas, un listado de circunstancias o condiciones «odiosas», que en ocasiones se diseña como un catálogo totalmente cerrado, mientras que en otras ofrece posibilidades de ampliación hacia el futuro en forma de cláusulas abiertas destinadas a facilitar la adaptación, evolución y efectividad práctica del derecho a la no discriminación<sup>13</sup>.

8 Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Comentarios a la Constitución Española*, BOE y Fundación Wolters Kluwer, Madrid, Tomo I, 2018, pp. 334 y ss.; ÁLVAREZ ALONSO, D., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006, pp. 1002 y ss.

9 Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución”, *Temas Laborales*, nº 165, 2022, pp. 96 y ss.

10 Vid. DÍEZ-PICAZO, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, 4<sup>a</sup> Ed., Civitas, Madrid, 2013, pp. 181 y ss.

11 Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “Los contornos ...”, *loc. cit.*, pág. 24.

12 Por todas, cfr. STC 62/2008.

13 Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La prohibición de discriminación”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., y CASAS BAAMONDE, M.E., *Comentarios a la Constitución Española*, *op. cit.*, pp. 353 y ss.

El listado de causas responde a condiciones o circunstancias de carácter personal o social que tradicionalmente han motivado un trato vejatorio, y tienen en común que se desprende de ellas un prejuicio sobre aptitudes o actitudes que conduce a la diferencia de trato. La discriminación, en sentido técnico, es inseparable del prejuicio, del estigma, porque es, precisamente, una consecuencia del propio prejuicio o estereotipo. Y, como todo prejuicio, conlleva un rechazo personal hacia el individuo —y el grupo—, que el ordenamiento no tolera, aun cuando quien tome la decisión peyorativa no comparta el prejuicio, y esa decisión responda únicamente a un intento de acomodarse al prejuicio ajeno para evitar un daño económico propio<sup>14</sup>.

Además, y resulta decisivo, la discriminación no puede considerarse como un fenómeno individual. Una característica particular de una persona concreta no justifica la activación de la tutela antidiscriminatoria. El prejuicio que da lugar a la discriminación es un prejuicio generalizado, un estigma que desborda lo individual para convertirse en social, y que por tanto origina diferencias de trato sistémicas, transversales, susceptibles de relegar o provocar daño a los sujetos afectados en ámbitos muy diferentes. Un prejuicio netamente individual, derivado de una fobia personal que no se ha generalizado y no es susceptible de causar quebrantos sistémicos, carece de la potencia suficiente como para erigirse en causa de discriminación.

En consonancia, la discriminación deriva del prejuicio vinculado a condiciones o circunstancias de dimensión colectiva o grupal. La diferencia de trato que sufre un individuo sólo alcanza la condición de discriminatoria cuando el sujeto forma parte de un grupo que comparte ese rasgo o característica definitoria, siendo precisamente esta la causa de la diferencia de trato<sup>15</sup>. Dicho de otro modo, la esencia de la discriminación (y la justificación del despliegue de los mecanismos tuteladores) no se encuentra en los factores netamente individuales de una persona, sino en los rasgos que la integran dentro de un grupo social sistemáticamente perjudicado, marginado o victimizado. La prohibición de discriminación difiere del principio de igualdad porque no combate «una mera desigualdad», sino el «trato diferente [que] tiene su razón de ser en lo que cabría denominar una tradición discriminatoria»<sup>16</sup>, una diferencia de trato sistémica que se reproduce en el tiempo, dando lugar a esa marginación o segregación colectiva.

En último lugar, y en directa conexión con lo anterior, la discriminación implica un trato no sólo diferente, sino en particular peyorativo. El trato ventajoso no puede considerarse técnicamente como discriminación, sino como acción positiva, pues los individuos del colectivo que resultaría perjudicado («todos los demás») no comparten

14 Vid. STJUE Feryn (de 10-7-2008, asunto C54/07), sobre no contratación de trabajadores marroquíes por una empresa dedicada a la instalación de puertas debido a los prejuicios manifestados por los clientes hacia las personas de esa nacionalidad.

15 Vid. STC 3/2007.

16 Cf. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *El principio de igualdad y no discriminación. Una perspectiva de derecho comparado (España)*, EPRS (Servicio de Estudios del Parlamento Europeo), Parlamento Europeo, 2020, pág. 84.

una característica concreta que conduzca a la segregación. Por tanto, el inherente componente grupal de la prohibición de discriminación hace imprescindible que el grupo perjudicado cuente con una cierta homogeneidad, en el sentido de compartir un rasgo que es, precisamente, el causante de la diferencia de trato. Sin esa característica común no entra en juego la prohibición de discriminación, por más que la diferencia de trato se considere socialmente injusta y reprobable.

El principio de no discriminación no se activa en situaciones que, aun merecedoras de reprobación ética o moral, están huérfanas de ese reproche jurídico desde el plano de la norma fundamental. El adecuado desarrollo del marco constitucional, sobre el que deben asentarse las bases de la convivencia, requiere poner un especial cuidado en no banalizar el alcance de los derechos fundamentales en general, ni el concepto de discriminación en particular. Por consiguiente, no toda situación de debilidad o vulnerabilidad, o de injusticia social, puede o debe combatirse acudiendo al derecho a la no discriminación. No es este un problema de justicia material, sino de la correcta delimitación del alcance de los derechos fundamentales y, dentro de ellos, de la prohibición de discriminación. Dicho de otro modo, no conviene confundir el legítimo deseo o aspiración de mejorar las condiciones de vida o trabajo con la identificación o apreciación de situaciones de discriminación ante cualesquiera diferencias, ni tampoco sustituir el prejuicio, como rasgo inherente a la discriminación, por el mero perjuicio o daño que pueden acarrear a un individuo no adscrito a un grupo victimizado determinadas medidas o decisiones, cuya constitucionalidad o legalidad podrá valorarse conforme a otros parámetros, pero no necesariamente a partir de la prohibición de discriminación.

Desde un punto de vista dogmático, el principio de no discriminación no puede quedar subsumido en el principio de igualdad formal. Esa subsunción no resultaría particularmente problemática en un escenario donde el listado de causas de discriminación abarcara todas y cada una de las circunstancias «particularmente odiosas». Sin embargo, y como se verá, el catálogo de causas de discriminación ha de ser, por definición, evolutivo y, por ende, nunca hermético. En último término, tampoco conviene olvidar que transformar la prohibición de discriminación en una faceta del principio de igualdad supondría reducir la tutela antidiscriminatoria, porque el test para legitimar diferencias de trato conforme al principio de igualdad (razonabilidad y proporcionalidad) es menos exigente que el diseñado por el TC cuando entra en juego la prohibición de discriminación, toda vez que las diferencias de trato por motivos vedados sólo pueden justificarse excepcionalmente (v.gr., requisito profesional esencial y determinante)<sup>17</sup>, y cuando se justifica la diferencia de trato no se incurre en discriminación, que, como ya se ha indicado, siempre está prohibida<sup>18</sup>.

17 Vid. STC 200/2001.

18 Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., y RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A., "La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación", *Trabajo y Derecho*, nº 110, 2024.

### 3. LA NATURALEZA EVOLUTIVA DEL LISTADO DE CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

Como punto de partida, la STC 128/1987 ya advirtió que el art. 14 CE no contempla una «lista cerrada de supuestos de discriminación», aunque las causas allí enumeradas son «circunstancias que, a lo largo de la historia, se han configurado como supuestos paradigmáticos de trato peyorativo o segregado»<sup>19</sup>. Como era previsible, el catálogo actual de causas de discriminación desborda notablemente el elenco inicial diseñado por el constituyente, tanto por la acción de la normativa internacional<sup>20</sup>, como por la del legislador nacional.

En una primera aproximación, sorprende que los listados de causas de discriminación sean heterogéneos, e incluso que en los más completos no se recojan algunas causas que de forma asistemática aparecen en normas cuyo cometido no es, al menos directamente, combatir la discriminación. Centrando la atención en las normas transversales, junto al art. 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, debe mencionarse el art. 2.d) de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, así como también diversos preceptos de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI<sup>21</sup>. De este modo, en apenas siete meses vieron la luz tres listados de causas de discriminación no totalmente coincidentes, y que curiosamente tampoco recogen todas las que ya se contemplaban en la legislación precedente (v.gr., sobrepeso u obesidad)<sup>22</sup>. Además, el Real Decreto-ley 5/2023 modificó el art. 4.2.c) ET para precisar que la discriminación por razón de sexo incluye el «trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».

Este marco normativo, disperso y poco aquilatado, obliga a preguntarse qué normas pueden técnicamente incorporar al ordenamiento una causa de discriminación. A tal fin, debe partirse de que la no discriminación es un derecho fundamental<sup>23</sup>, aunque la regulación de desarrollo del art. 14 CE no siga las mismas pautas que las de otros derechos de este rango, al quedar eximida de la exigencia de carácter orgánico<sup>24</sup>. No en vano, así lo sostuvo en los años ochenta el propio TC sobre el argumento de su imposible desarrollo normativo global<sup>25</sup>. En la actualidad, esa tesis de imposi-

19 Cfr. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *El principio de igualdad ...*, op. cit., pág. 74.

20 A modo de ejemplo, vid. art. 14 del CEDH o art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

21 Esta norma no contempla un listado propio de aplicación transversal, pero en sus disposiciones finales modifica varias normas para adaptar los catálogos de causas de discriminación, inclusive los arts. 4.c) y 17 ET.

22 Vid. art. 37 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

23 Los principios de igualdad y no discriminación son, al mismo tiempo, principios y derechos; vid. STC 91/2019.

24 Vid. SSTC 160/1987 y 116/1999.

25 Vid. STC 76/1983.

bilidad de desarrollo legal general debería reconsiderarse al calor de la extraordinaria expansión de los derechos a la igualdad y no discriminación, y de su vigente regulación legal. La Ley 15/2022 es una buena muestra de que el art. 14 CE sí puede ser objeto de una «regulación o desarrollo normativo con carácter general», aunque se lleve a cabo mediante ley ordinaria<sup>26</sup>. Una reinterpretación del art. 81 CE acorde con la evolución de los derechos fundamentales debería conducir a una exigencia de ley orgánica para desarrollar el art. 14 CE<sup>27</sup>, sin perjuicio de que el art. 53 CE habilite a la ley ordinaria para regular ciertos aspectos de los derechos fundamentales, en concreto el ejercicio, pero con la exigencia de «respetar su contenido esencial»<sup>28</sup>.

Aunque ni el TC ni la legislación antidiscriminatoria se han ocupado de precisar exactamente cuál es el contenido esencial de esos derechos, cabe sostener que el listado de causas enumeradas en el art. 14 CE forma parte del contenido esencial de la prohibición de discriminación. Por consiguiente, se convierten en causas de discriminación aplicables a todas las personas, y no disponibles para el legislador, el «nacimiento», la «raza», el «sexo», la «religión» y la «opinión». Además, la presencia en el art. 14 CE de una cláusula abierta («cualquier otra condición o circunstancia personal o social») imposibilita la formulación por el legislador de un listado cerrado que impida su ampliación por parte del TC. La cláusula abierta del art. 14 CE forma parte del contenido esencial del derecho y disfruta de efecto directo.

En pura dogmática constitucional, si las causas de discriminación, y por tanto la cláusula abierta, forman parte del contenido esencial del derecho, su identificación estaría afectada por la reserva de ley orgánica, al vincularse al ámbito objetivo del derecho y no a las modalidades de ejercicio. Sin embargo, y conforme a la interpretación imperante, el legislador ordinario es competente para incorporar al listado nuevas causas, gracias a la cláusula abierta, cuando identifique una «condición o circunstancia personal o social» susceptible de conducir a la discriminación. Por supuesto, la cláusula abierta no justifica ampliaciones desorbitadas, toda vez que las causas de discriminación deben acomodarse al concepto de discriminación, que exige un estereotipo de carácter grupal o colectivo, socialmente compartido, con cierta tradición y que provoca persecución, segregación y/o marginación.

26 Sin perjuicio de que determinados contenidos pudieran estar sujetos a la reserva de ley orgánica, lo que en ocasiones motiva la aprobación de una ley orgánica específica, como sucedió, en relación con la Ley 15/2022, con la Ley Orgánica 6/2022, aprobada el mismo día (12 de julio) y publicada en el mismo BOE (13 de julio), y que significativamente lleva por título «complementaria de la Ley 15/2022». En cambio, en otras ocasiones el legislador se decantó por tramitar una única ley orgánica, pero la mayor parte de su contenido quedaba al margen de la reserva de ley. Por ejemplo, la DF 2<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aclaraba que sólo tres preceptos tenían carácter orgánico, las DDAA primera (presencia o composición equilibrada, sin una razón clara), segunda (modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General) y tercera (reforma de la LOPJ). De este modo, el desarrollo directo del art. 14 CE tenía lugar a través de una legislación no orgánica.

27 En contra, vid. GOÑI SEIN, J.L., «La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad», *Justicia&Trabajo*, nº 1, 2022, pág. 8.

28 Vid. SSTC 53/2002 y 86/2017.

Por consiguiente, las causas de discriminación no son atemporales ni universales, sino que se vinculan a diferencias de trato que en un determinado momento y lugar se consideran inaceptables. La discriminación se produce cuando la sociedad ya no tolera la diferencia de trato hacia las personas que por un determinado motivo se adscriben a un colectivo. Las circunstancias y condiciones personales y sociales han sido desde antiguo una fuente de diferencias de trato, que se entienden admisibles hasta que la sociedad cambia su percepción y, a través de la activación de los instrumentos y remedios jurídicos y sociales pertinentes, combate el prejuicio de forma decidida. En consonancia, las tradiciones y características propias de cada país podrían hacer emergir causas de discriminación distintas, porque en la discriminación está implícito un sometimiento de las minorías y/o los vulnerables a los prejuicios de la mayoría y/o los más poderosos. En función de quién asuma esa posición dominante, y de quién quede relegado, las causas de discriminación difieren.

Así pues, el contenido de la prohibición de discriminación se caracteriza por su naturaleza evolutiva, coyuntural y contextual. Los prejuicios sociales no se convierten en discriminación hasta que la sociedad considera intolerables las diferencias de trato basadas en esa causa concreta. En cambio, en tanto que la sociedad contempla con normalidad o sin suficiente grado de reproche una diferencia de trato, la prohibición de discriminación no entrará en juego, precisamente porque esa diferencia no se basará en una circunstancia «particularmente odiosa» (todavía). El carácter odioso depende de contextos y sensibilidades que van transformándose con el paso del tiempo. Los estigmas no son permanentes, ni con frecuencia evidentes. Las circunstancias personales o sociales no discriminatorias en un determinado momento podrían mutar en auténticas causas de discriminación si el prejuicio trasciende de lo puramente individual o anecdótico y se convierte en un prejuicio social o si, simplemente, la sociedad pasa a considerar inaceptables determinadas diferencias de trato que hasta entonces se admitían con relativa normalidad (v.gr., orientación sexual o transexualidad). En todo caso, los prejuicios meramente individuales y no compartidos, como las fobias personales, no se transforman en causas de discriminación en sentido técnico, por más que la diferencia de trato se asiente en una condición o circunstancia personal o social y pueda resultar éticamente reprobable o incluso lesiva de otros derechos.

Llevado al ámbito laboral, una empresa privada, que no está vinculada por el principio de igualdad de manera tan intensa como una administración pública, podría adoptar decisiones basadas en criterios o parámetros totalmente subjetivos<sup>29</sup>, tales como filias o fobias, siempre que respete la regulación legal, convencional y los términos del contrato. En efecto, y como ha clarificado el TC, la aplicación del principio de igualdad en las relaciones laborales «se encuentra sometida a importantes matizaciones»<sup>30</sup>. El art. 14 CE no exige al empleador privado que base sus decisiones en

29 Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente", *La Harremanak*, nº 25, 2012, pp. 21-22.

30 Cfr. STC 36/2011.

razones objetivas, en méritos o circunstancias netamente profesionales, sino que, en ejercicio de la libertad de empresa consagrada en el art. 38 CE, el empresario cuenta con un margen de apreciación que le permitiría tomar en consideración elementos o factores reñidos con la eficiencia, e incluso extravagantes, aun cuando pudieran resultar contraproducentes para la buena marcha de la organización. Por ejemplo, y en el contexto de la contratación, el empleador podría priorizar a los candidatos de un determinado color de ojos, simplemente por una cuestión de preferencia personal. A *priori* no se adivina un rasgo común entre las personas cuya exclusión viene producida porque su color de ojos no coincide con la preferencia del empleador. Comoquiera que las personas perjudicadas no comparten una condición o característica común «particularmente odiosa» que puede dar lugar a segregación, la prohibición de discriminación no entraría en juego<sup>31</sup>.

La valoración podría resultar más compleja cuando la empresa privada toma decisiones por razones que se apartan de la capacidad profesional, y que incluso pueden conectar con elementos de carácter esotérico (v.gr., no contratación por circunstancias que la empresa no tolera por razones puramente personales, como el hecho de que la persona candidata hubiera nacido en martes y trece o que su mascota sea un animal que, conforme a ciertas creencias, atrae las desgracias). O, por mantener cierta sintonía con los ejemplos anteriores, una decisión de no contratación que afecta a individuos de un determinado color de ojos, medida que podría sustentarse en muchas razones, como el recuerdo de alguna mala experiencia pasada, o simplemente una fobia irracional. En tales casos, las personas excluidas sí comparten una característica, vinculada al momento de nacimiento, a rasgos físicos o a hábitos de vida, y se adscriben por tanto a un colectivo que sufre una medida adversa a consecuencia de un prejuicio derivado de una circunstancia o condición común.

Aun cuando el art. 14 CE debe desplegar efecto directo también en relación con la cláusula abierta, en modo alguno puede justificar la elevación de cualquier circunstancia personal o social a causa de discriminación, salvo que se desvirtúe completamente el concepto de discriminación. La empresa podría adoptar decisiones, incluso perjudiciales, que tomaran en consideración la apariencia estética de la persona trabajadora, sin que ello conduzca a la entrada en juego de la prohibición de discriminación. En efecto, no es discriminitorio un trato adverso basado en la disconformidad de la empresa con cierta indumentaria o estética (v.gr., piercings o tatuajes), porque la apariencia no adscribe *per se* a los afectados a un determinado grupo o colectivo con un rasgo homogéneo. Por supuesto, la conclusión podría ser distinta si la apariencia estética no responde completamente a preferencias personales, sino a la identificación con ciertos movimientos culturales, por ejemplo de índole musical.

31 Esas diferencias no resultarían admisibles en el ámbito del empleo público, pero no porque estén vedadas por la prohibición de discriminación, sino por vulnerar el principio de igualdad. En este sentido, vid. STS (Cont-adv) de 20-7-2023 (rec. 745/2022), sobre la necesidad de que la Fiscalía General del Estado atienda a méritos objetivos en la designación de fiscales de sala.

(v.gr., no contratación o despido de una persona que adopta la estética *punk* porque el empleador es amante de la música *heavy*). El prejuicio grupal existe, desde luego, pero esa diferencia de trato únicamente resultará discriminatoria cuando se asiente sobre una circunstancia particularmente odiosa o que genere un perjuicio sistémico y transversal.

A la postre, no todo prejuicio conduce a la discriminación, sino únicamente el estigma social de carácter grupal que genera efectos transversales o globales, inexistentes cuando se trata de un prejuicio individual, de una sola persona con capacidad de actuación limitada y que no va a provocar un trato adverso al grupo o colectivo más allá de un contexto muy concreto y determinado. El trato diferente que no es susceptible de generar por sí mismo victimización o segregación a escala social no incurre en discriminación<sup>32</sup>. Lógicamente, ello no significa que esa clase de decisiones derivadas de la apariencia física o estética —o de otros rasgos o características individuales— sean lícitas, pues podrían vulnerar otros derechos fundamentales (como la intimidad, la propia imagen o la libertad de expresión). Por supuesto, sí incurría en discriminación la decisión empresarial adversa frente a una apariencia estética o una afición (por ejemplo, tauromaquia) que responda a un prejuicio conectado con creencias religiosas, ideas políticas o sindicales<sup>33</sup>, o incluso a un estereotipo de género<sup>34</sup>.

#### **4. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN: DE SU OMISIÓN TRADICIONAL A LA INCORPORACIÓN AL LISTADO TRAS LA LEY 15/2022**

La enfermedad, el accidente o la IT no han formado parte del elenco clásico de causas de discriminación, porque, en sentido técnico, ninguna de esas tres circunstancias encaja con propiedad en el concepto de discriminación, al carecer de una dimensión grupal y potencialmente segregadora. Es más, ni siquiera han fundamentado hasta ahora prohibiciones específicas de trato diferente en el ámbito laboral, aunque sí en otros sectores<sup>35</sup>. Las personas en situación de IT no configuran una

32 En contra, vid. ÁLVAREZ ALONSO, D., y ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Nuevas reflexiones ...", *loc. cit.*, pág. 1035 y ss.

33 Por todas, vid. STEDH *Eweida y otros vs. Reino Unido* (de 15-1-2013, rec. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10) y SSTJUE *Bougnaoui y ADDH* (de 14-3-2017, asunto C-188/15), *G4S Secure Solutions* (de 14-3-2017, asunto C-157/15), *WABE y MH Müller Handel* (asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19) y *S.C.R.L.* (asunto C-344/20).

34 Piénsese en el despido sufrido por una camarera tras las quejas de clientes a causa del vello visible en sus axilas. En abstracto, esa no es una circunstancia que conduzca a la discriminación por sí misma (faltaría el elemento grupal de segregación), y en el ámbito de la hostelería cabría incluso invocar medidas de higiene y salubridad, pero es poco probable que la empresa hubiera recibido quejas y actuado de la misma forma con trabajadores varones; vid. <https://www.elmundo.es/cataluna/2023/08/16/64dc92f3e9cf4a91608b458e.html#>.

35 La "prohibición de discriminación" por enfermedad se contempla en el art. 6.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en los arts. 1.a.bis) y 2.1.b) de la LO 2/2006, de Educación, y en el art. 5.2.i) de la Ley 45/2015, de Voluntariado.

categoría propia u homogénea, porque los riesgos protegidos son muy distintos y no guardan entre ellos identidad de razón. Y tampoco puede apreciarse esa homogeneidad entre accidentados, o entre personas enfermas, sin mayor matización, porque los accidentes o enfermedades pueden provenir de circunstancias diversas y generar consecuencias en modo alguno coincidentes. Por todo ello, ni la enfermedad, ni el accidente, ni la IT son circunstancias personales o sociales con un mínimo de homogeneidad, no concurriendo por tanto la dimensión grupal absolutamente imprescindible para apreciar discriminación.

No es sorprendente, por ejemplo, que hasta la incorporación de la enfermedad al listado de causas de discriminación llevada a cabo por la Ley 15/2022 los tribunales se vinieran decantando por considerar improcedente el despido durante una IT<sup>36</sup>. Esa posición puede resultar socialmente insatisfactoria, o incluso considerarse injusta, porque de algún modo supone priorizar las razones económico-empresariales y culpar al trabajador de su infortunio o, más bien, obligarle a soportar una doble carga o perjuicio, pues a las consecuencias sobre su salud que provoca la contingencia se añade el quebranto que conlleva la pérdida del trabajo. Y son consecuencias que difícilmente se acomodan a la finalidad tuitiva que siempre ha estado en la esencia del Derecho del Trabajo. Sin embargo, por muy reprobable que la decisión empresarial pueda resultar desde una perspectiva ética o de justicia material, lo cierto es que la cuestión no tiene, en términos generales, la trascendencia constitucional que se anuda a un derecho fundamental.

De forma contundente, el TC concluyó que ni el estado de salud ni la enfermedad constituyen, de por sí, causas de discriminación. En el ámbito laboral, en concreto, el estado de salud no se convierte en un criterio de diferenciación «particularmente odioso» o en una circunstancia «sospechosa». No en vano, la capacidad para desarrollar las tareas propias del puesto es un requisito esencial para la celebración del contrato y el empleador puede legítimamente exigir un determinado rendimiento, a la par que aspirar a obtener un beneficio económico de la actividad empresarial que desarrolla<sup>37</sup>.

Ahora bien, esa aproximación general admitía también matices, pues los procesos de IT podrían guardar directa relación con derechos fundamentales y conducir a la nulidad. Esto acontecía, según identificó la jurisprudencia, en cuatro casos concretos. En primer lugar, merecían la consideración de nulos los despidos que respondían

36 Vid. SSTS de 21-9-2017 (rec. 782/2016), de 22-2-2018 (rec. 160/2016), 15-3-2018 (rec. 2766/2016) o 22-5-2020 (rec. 2684/2017).

37 Como advirtió la STC 118/2019, la productividad y la eficiencia del trabajo son intereses de la empresa, constitucionalmente protegidos, que se ponen en riesgo ante determinadas bajas médicas, por más que el legislador, en legítimo uso de las posibilidades que la Constitución le otorga, decidiera eliminar el denominado “despido por absentismo” en 2020. En general sobre la posible vulneración del derecho a la no discriminación en este contexto, vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del «caso Ring»”, *Temas laborales*, 2015, nº 130, pág. 143.

a un estigma con causa en una enfermedad concreta que lleva aparejada un prejuicio que da lugar a segregación por tratarse, en definitiva, de una enfermedad estigmatizadora. En estos casos, la decisión empresarial no vendría motivada por la reducción de capacidad derivada del estado de salud del trabajador, o por el impacto económico que al empleador le generan las ausencias al trabajo o la menor productividad, sino por la singularidad de la concreta dolencia, cuyas características particulares provocan un rechazo —personal y social— que se convierte en la razón prioritaria de la extinción contractual<sup>38</sup>.

Aunque no existe un catálogo de enfermedades susceptibles de causar estigmatización, parece evidente que no toda enfermedad ha de considerarse estigmatizadora. Es más, las patologías o dolencias que en cada momento provocan la segregación del colectivo afectado son susceptibles de variación al calor de la realidad social de cada momento histórico, dependiendo del prejuicio social sobre el alcance de la enfermedad, su posible contagio, su mortalidad, su impacto estético, la afectación sobre las capacidades físicas, mentales o el estado emocional, etc. Dicho de otro modo, los estigmas, al igual que las causas de discriminación, evolucionan socialmente. En el momento presente, no resulta complejo integrar en esta categoría enfermedades como la COVID (especialmente en los primeros momentos de la pandemia), o más ostensiblemente el SIDA/VIH o el cáncer (de hecho, estas últimas han recibido mención legal específica<sup>39</sup>). A buen seguro, también ciertas patologías mentales (v.gr., trastorno bipolar, esquizofrenia, etc.), e incluso trastornos cerebrales (v.gr., epilepsia), podrían encajar sin dificultad en ese concepto.

En segundo lugar, la enfermedad conducía —y conduce— a la discriminación cuando admite equiparación con una discapacidad, en los términos ya consolidados por la doctrina del TJUE<sup>40</sup>. La discriminación emerge de la discapacidad, no de la enfermedad en sí misma, y debe considerarse como discapacidad una enfermedad curable o incurable que «acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores»<sup>41</sup>. Bajo esas premisas, tanto la obesidad<sup>42</sup> como la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos del trabajo<sup>43</sup> podrían constituir una discapa-

38 Vid. STC 62/2008.

39 Vid. art. 209 del Real Decreto-ley 5/2023, que modificó la legislación de seguros y de consumidores y usuarios para incorporar una regla expresa de «no discriminación por razón de VIH/SIDA, por haber padecido un cáncer o por otras condiciones de salud» («olvido oncológico»).

40 Vid. STJUE Chacón Navas (de 11-7-2006, asunto C-13/05) y Ruiz Conejero (de 18-1-2018, asunto C-270/16).

41 Cfr. SSTJUE HK Danmark (de 11-4-2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) y Milkova (de 9-3-2017, asunto C-406/15).

42 Vid. STJUE FOA (de 18-12-2014, asunto C-354/13).

43 Vid. STJUE Nobel Plastiques Ibérica (de 11-9-2019, asunto C-397/18).

cidad<sup>44</sup>, y no se trataría de un listado cerrado<sup>45</sup>. Este concepto amplio de discapacidad incluye tanto la enfermedad como el accidente que causen una limitación de capacidad duradera<sup>46</sup>.

Por cierto, la discriminación resulta igualmente previsible del despido por bajo rendimiento del trabajador cuando esa menor productividad es debida a la falta de implementación de ajustes razonables<sup>47</sup> (aunque no está claro cuál es el procedimiento y los tiempos para la implementación de esos ajustes en supuestos de IT de larga duración, porque la regulación legal del art. 49.1.n del ET se activa tras el reconocimiento formal de la IP). E incluso se extendió al despido por ausencias al trabajo respecto del cómputo de las bajas que «sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador»<sup>48</sup>. Por supuesto, ello no implica que el despido por ausencias derivadas de enfermedad sea *per se* discriminatorio, ni tampoco que esas ausencias no puedan contabilizarse. El Tribunal únicamente se mostraba contrario a computar las ausencias vinculadas a las enfermedades que cumpliesen las condiciones para ser consideradas como discapacidad.

La tercera vía para conseguir la calificación de nulidad de una extinción contractual que afectaba a un trabajador en IT conecta con el derecho fundamental a la integridad física consagrado en el art. 15 CE<sup>49</sup>. En verdad, este derecho no entraría en juego en situaciones ordinarias, sino que requiere algún elemento de cualificación o de reproche más intenso que colisione con el derecho a la integridad física. De este modo, no es la enfermedad o la IT la circunstancia que en sí misma daría lugar a la vulneración del derecho fundamental, sino un acto empresarial que ponga en riesgo la curación del trabajador o contribuya a agravar su estado, como sucedería, por ejemplo, ante una reincorporación prematura a consecuencia de la amenaza de despido<sup>50</sup>.

Frente a las vías anteriores, cuyo origen directo es la jurisprudencia, el cuarto supuesto de discriminación nace de una interpretación más literal de la normativa laboral (art. 53.4 ET), que se decanta por la nulidad objetiva de los despidos que tienen su causa en el embarazo, el parto o la lactancia, y que alcanza a los que

44 No sucede lo mismo con la diferencia de la condición de «madre subrogante discapacitada para la gestación». Vid. STJUE Z. (de 18-3-2014, asunto C-363/12).

45 El Parlamento Europeo ha defendido que algunas enfermedades terminales han de ser asimismo equiparadas a la discapacidad; vid. Resolución de 15 de septiembre de 2016 sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CE-LEX:52016IP0360&from=ES>.

46 Vid. STJUE Daoudi (de 1-12-2016, asunto C-395/15).

47 Vid. STJUE Nobel Plastiques Ibérica (de 11-9-2019, asunto C-397/18) y HR Rail (de 10-2-2022, asunto C-485/20).

48 Vid. SSTJUE HK Danmark (de 11-4-2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11) y Ruiz Conejero (de 18-1-2018, asunto C-270/16).

49 MORENO GENÉ, J., "La «política empresarial» de despedir a los trabajadores enfermos vulnera el derecho a la integridad física. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de septiembre de 2021 (Nº Rec. 2943/2021)", *IUSlabor*, nº 3, 2021, pp. 190-191.

50 Vid. STS 31-1-2011 (rec. 1532/2010).

acontecen durante procesos de incapacidad que conectan con esas situaciones. La causa de discriminación no es la enfermedad en sí misma, sino el sexo<sup>51</sup>. La trabajadora embarazada se beneficia durante la gestación de una tutela cualificada que se extiende a los procesos de IT, sea cual sea su causa y conozca o no el empresario la situación de embarazo. En suma, el despido sin causa de una trabajadora embarazada durante una IT no puede ser calificado de improcedente, sino que la ausencia de un motivo válido conduce a la nulidad, se pruebe o no un propósito discriminatorio o segregador<sup>52</sup>.

Asimismo, y a tenor del art. 55.5.a) ET, serán nulos los despidos que se produzcan durante las suspensiones por «enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural». Recibirán esta consideración los despidos que se produzcan en cualesquiera procesos de IT generados por enfermedades causadas por el embarazo o el parto, que persisten tras el parto y que traigan causa directa o indirecta de la maternidad. Así, podrán considerarse nulos los despidos durante la IT generada por una depresión postparto; por enfermedades contraídas a causa del embarazo o agravadas por este y que se mantienen tras el parto (hipertensión, diabetes gestacional persistente, problemas renales, enfermedades de tiroides, etc.); o por las enfermedades contraídas en el alumbramiento que continúan después (por ejemplo, derivadas de avatares propios de la intervención, como reacción a la anestesia, o, en general, complicaciones durante el parto). En la misma línea, la protección se extendería a los procesos de IT por mastitis lactante, por su incontestable vinculación con la gestación y la lactancia natural.

Finalmente, también incurren en discriminación por razón de sexo las decisiones extintivas que traigan causa de procesos de IT originados por violencia de género y violencia sexual (como supuestos de protección cualificada para mujeres víctimas de esa clase de violencia introducidos por las Leyes Orgánicas 1/2004 y 10/2022). Igualmente las producidas a causa de las «situaciones especiales de incapacidad temporal» exclusivamente femeninas, principalmente las recogidas en el art. 169 LGSS tras la LO 1/2023, esto es, la menstruación incapacitante secundaria y la debida a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras se reciba asistencia sanitaria y subsista el impedimento para el trabajo<sup>53</sup>. Ahora bien, esta nulidad, al contrario que la que se anuda a la maternidad biológica, carece de reconocimiento legal específico, aunque en la medida en que sólo puede afectar a mujeres, la discriminación por razón de sexo que permite calificar las decisiones peyorativas como nulas resulta más que evidente, pero no se trataría de una nulidad objetiva<sup>54</sup>.

51 Vid SSTC 17/2007, 62/2007, 74/2008, 92/2008 y 124/2009.

52 STC 92/2008 y 124/2009.

53 La vinculada a la gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena queda protegida legalmente por la previsión que alcanza a todo el periodo de gestación.

54 Los arts. 53 y 55 ET fueron reformados después de la entrada en vigor de la Ley 15/2022, en concreto a través del Real Decreto-ley 5/2023, incorporando nuevos supuestos de nulidad objetiva vinculados a derechos de conciliación.

## 5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD Y CONDICIÓN DE SALUD EN LA FASE DE CONTRATACIÓN Y EN EL DEVENIR ORDINARIO DE LA RELACIÓN LABORAL

El estado de salud del trabajador es un factor de indudable interés desde una perspectiva estrictamente económica. Gráficamente, en el deporte profesional ha cobrado carta de naturaleza la expresión «*the best ability is availability*» (la mejor cualidad es la disponibilidad), para reflejar que no es tan importante el talento o el potencial como encontrarse en condiciones de participar en las competiciones o eventos. Un estado de salud frágil del trabajador incrementa las dificultades de organización y los costes económicos para el empleador, que desde luego prefiere trabajadores sanos y vigorosos.

Cabría pensar que esa vertiente económica justifica el interés del empleador por conocer con más detalle el estado de salud del trabajador, y no sólo en el momento presente, sino también hacia el futuro, si fuera posible efectuar pronósticos fiables. En verdad, los avances científicos ofrecen alguna posibilidad en ese sentido, e incluso el empleador podría invocar algunas obligaciones legales para justificar su actuación, como por ejemplo las derivadas de la prevención de riesgos laborales, y en particular la vigilancia de la salud (art. 22 LPRL).

En efecto, las empresas podrían utilizar los reconocimientos médicos con el propósito no sólo de valorar la aptitud del trabajador para desempeñar el trabajo, sino también de conocer otra información que pudiera repercutir en el rendimiento –presente o futuro– del trabajador, o que, en su caso, pudiera generar mayores obligaciones o costes al empleador, por mostrar el trabajador propensión a determinadas patologías. La vigilancia de la salud “laboral” permitiría al empleador conocer información personal muy variada y, desde luego, protegida por el derecho a la intimidad, máxime si revela aspectos que pertenecen a la vida personal del trabajador. Por ejemplo, el empleador podría averiguar por esa vía si el trabajador consume ciertas sustancias adictivas fuera del horario laboral, o si tiene predisposición genética a determinadas enfermedades que, en un plazo más o menos largo, lo convertirán en problemático o económicamente ineficiente.

Sin embargo, los reconocimientos médicos no pueden operar con esa finalidad, máxime cuando el art. 2 de la Ley 15/2022 no sólo ha incorporado la «enfermedad o condición de salud» al listado de causas de discriminación, sino también el «estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». Además, el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos limitan el uso de ciertas facultades por parte del empleador.

No es sólo que el «empleador no podrá preguntar sobre las condiciones de salud del aspirante al puesto» durante el proceso de selección (art. 9.5 Ley 15/2022), sino que tampoco puede valerse de los reconocimientos médicos efectuados en el marco de las exigencias de la LPRL para conocer información sensible, pues, como advirtió la OIT hace casi dos décadas, en relación con la obesidad o el consumo de tabaco, es

inherente a los principios de igualdad y no discriminación «que las decisiones sobre el empleo deben basarse en la capacidad de la persona considerada para realizar un trabajo»<sup>55</sup>.

De manera contundente, la STC 196/2004, de 15 de noviembre, precisó que el reconocimiento médico laboral no es «un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud». El empleador podrá conocer si el trabajador es apto (o no apto), pero no los detalles concretos sobre afecciones o patologías. Esos son datos especialmente sensibles que el empleador no tiene derecho a conocer, y sobre los que tampoco está legitimado para indagar.

El empleador, no obstante, podría tratar de obtener la misma información a partir de otros instrumentos, algunos aparentemente menos invasivos, como la «elaboración de perfiles», que, a tenor del apartado 71 del Preámbulo del RGPD, es un proceso «consistente en cualquier forma de tratamiento de los datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado». En principio, parece una herramienta prohibida por el art. 22.1 del RGPD, pero es una prohibición que no se aplica a situaciones en las que esa práctica resulte «necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento», excepción en la que parece encajar sin dificultad la contratación de un trabajador o la determinación de su mejor acomodo en la organización productiva. La empresa podría elaborar un perfil en el que, a modo de ejemplo, incorporase la expectativa de vida de un trabajador, tomando en consideración factores como los hábitos personales poco saludables o la predisposición genética.

La elaboración de perfiles puede contar con un impacto decisivo en la fase de contratación, e incluso podría ser una razón —aparentemente no válida, pero en todo caso fáctica— para que el empleador se decantara eventualmente por la extinción de la relación laboral. De ahí que esos perfiles supongan «riesgos para los derechos y libertades de las personas físicas, de gravedad y probabilidad variables» (apartado 75 del Preámbulo), y su elaboración requiere una evaluación de impacto en materia de protección de datos, como contempla el art. 35.3.a) RGPD,

Sin embargo, la elaboración de perfiles para determinar qué trabajador será más productivo y eficiente no puede considerarse contraria *per se* a ningún derecho fundamental, pues el azar no ha de tener más peso en las decisiones empresariales que un análisis de elementos objetivos. Cuestión distinta es que las conclusiones que

55 Vid. OIT, *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*, Ginebra, 2007, pág. 56.

se extraigan del perfil sustenten una decisión discriminatoria (v.gr., probabilidad de contraer enfermedades), porque algunas circunstancias —como la mayor o menor esperanza de vida— pueden ser relevantes en la contratación de un seguro, pero no deberían tener mayor interés en la relación laboral, máxime en un contexto en el que tradicionalmente ha primado la contratación temporal y de corta duración.

La elaboración de perfiles, en suma, no está prohibida en el ámbito laboral, porque encaja en la excepción del art. 22.2.a) del RGPD, pero sí está sujeta a notables limitaciones cuando afecte a derechos fundamentales. En este sentido, los datos sanitarios son especialmente sensibles y están protegidos por el derecho a la intimidad. El empleador no tiene derecho a conocer determinada información personal del trabajador, como si padece o no una enfermedad, ni tampoco el grado de predisposición genética a sufrirla, porque más allá de lo que derive de la prevención de riesgos laborales, difícilmente contará con un interés legítimo<sup>56</sup>. Una decisión peyorativa en el ámbito laboral por esas circunstancias incurriría en vulneración de un derecho fundamental, bien la prohibición de discriminación, bien otro derecho de esa naturaleza, como la intimidad.

Por razones similares, las facultades empresariales tampoco pueden desplegarse en su máxima potencia cuando el propósito consiste en averiguar hábitos poco saludables del trabajador. El ordenamiento no admite una sanción por la conducta netamente extralaboral del trabajador que no repercuta en el trabajo, pues supone una extralimitación por vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Sin embargo, en la práctica han sido razonablemente habituales las sanciones por consumo de drogas incluso fuera del contexto laboral. Con carácter general, esas sanciones han de considerarse nulas, por vulneración del derecho a la intimidad, pero se encuentran excepciones en aquellos casos en los que el empleador pudiera demostrar un interés legítimo, como la afectación a la imagen de la empresa —v.gr., trabajador que realiza determinadas conductas vistiendo el uniforme<sup>57</sup>—, o la peligrosidad de la actividad, pues se han permitido controles de consumo de alcohol o drogas a los trabajadores en escenarios como una central nuclear<sup>58</sup>. En cualquier caso, no se trataría propiamente de una medida tomada por razón del estado de salud del trabajador, sino más bien de una decisión que la empresa adopta para proteger su imagen y reputación.

Con carácter más general, la nueva formulación de las causas de discriminación a partir de la Ley 15/2022 permite considerar discriminatorias decisiones que se basan no tanto en el estado de salud actual y probado, sino también en posibles patologías potenciales, más o menos probables, por el juego combinado de las referencias a la «enfermedad», a la «condición de salud», al «estado serológico» y a la «predisposición

56 Vid. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 160-161.

57 Vid. LOY, G., «El dominio ejercido sobre el trabajador», en *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2005, pág. 76.

58 Vid. Decisión de admisibilidad TEDH *Wretlund vs. Suecia* (de 9-3-2004, recurso 46210/99). Igualmente proporcionales se consideran esos controles realizados a la tripulación de barcos en la Decisión de admisibilidad TEDH *Madsen vs. Dinamarca* (de 7-11-2002, recurso 58341/00).

genética a sufrir patologías y trastornos». De este modo, resulta ya evidente que el empleador no puede tomar una decisión laboral peyorativa —sea en el momento de la contratación o en otro ulterior— sobre la base, por ejemplo, del riesgo, detectado a partir de reconocimientos médicos o del historial previo, de que el trabajador pueda sufrir una enfermedad o una merma de sus condiciones físicas.

Más dudosa resulta, sin embargo, una decisión de esa índole basada en un test psicológico en el que se concluya que el trabajador muestra tendencia a la agresividad y al conflicto. Dejando al margen que el trabajador pudiera padecer una patología o un trastorno en sentido técnico, las concretas características del puesto de trabajo convierten en relevante el carácter del trabajador —v.gr., miembros de equipos de trabajo, especialmente si están sometidos a presión por resultados—, de modo que podría convertirse en un elemento lícito para la valoración de la aptitud.

En fin, conviene recordar que la vulneración de un derecho fundamental no sólo se produce por motivos de fondo, sino también en su caso por los medios de indagación empleados para conocer el estado de salud del trabajador. Prescindiendo en este momento de los reconocimientos médicos, las nuevas tecnologías ofrecen cada vez más posibilidades. En concreto, los denominados *wearable*s son aparatos tecnológicos diseñados como prendas de vestir (pulseras o relojes inteligentes) y que pueden captar y registrar datos relativos a la salud (frecuencia cardiaca, tensión arterial, calidad del sueño, saturación de oxígeno, nivel de estrés, etc.). Sin unos adecuados límites, el empleador podría acceder a datos que pertenecen a la esfera más íntima del trabajador, lo que constituiría, como regla general, una intromisión ilícita contraria a un derecho fundamental<sup>59</sup>.

## 6. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO EN INCAPACIDAD TEMPORAL: LAS PRIMERAS REACCIONES TRAS LA LEY 15/2022

La doctrina jurisprudencial que defendía la improcedencia del despido en IT, con excepción de los cuatro supuestos de nulidad indicados en un epígrafe anterior por su reconducción a una causa de discriminación, parecía consolidada. Sin embargo, la Ley 15/2022 ha permitido cuestionarla al introducir un catálogo de causas de discriminación que incluye expresamente la «enfermedad o condición de salud», el «estado serológico» y la «predisposición genética a sufrir patologías y trastornos». Todas ellas pueden repercutir, de un modo u otro, en la calificación del despido durante la IT. Es cierto que el legislador laboral no las ha incorporado expresamente a los arts. 4.1.c), 17.1, 53 y 55 ET, pese a haber tenido oportunidad de hacerlo, tanto con la Ley 4/2023, como con el Real Decreto-ley 5/2023 (o con la LO 10/2022), pues a través de esas normas se actualizó el catálogo de causas de discriminación del ET. Sin embar-

59 Vid. RECIO GAYO, M., «Nuevo dictamen del GT29 sobre tratamiento de datos en el trabajo: el interés legítimo», en AA.VV., *Especial protección de datos. Guía para afrontar la nueva regulación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018 ([www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)).

go, la Ley 15/2022 cuenta con efectos transversales y se extiende al ámbito laboral sin lugar a duda (art. 3).

En ese nuevo marco normativo, se ha cuestionado si el despido producido durante la IT debe considerarse nulo por discriminación<sup>60</sup>. Mientras que la doctrina científica se muestra mayoritariamente partidaria de la nulidad<sup>61</sup>, los tribunales de instancia y suplicación no mantienen por el momento un criterio uniforme, aunque cabe apreciar cierta preferencia por la nulidad. Algunos insisten en que esta nueva norma no ha provocado una variación significativa en la calificación del despido en IT<sup>62</sup>, pero son minoría. Parece abrirse paso, cada vez con mayor fuerza, la tesis de la nulidad del despido por enfermedad/IT, y las eventuales discrepancias conectan con aspectos más colaterales, como el carácter automático u objetivo de esa nulidad, la asunción de la carga probatoria o la viabilidad de obtener una reparación adicional por vulneración de derechos fundamentales, a los que se dedicará la oportuna atención en un epígrafe posterior. En líneas generales, estas nuevas orientaciones suponen que el despido sin causa de un trabajador en IT, o el que está basado meramente en la conveniencia económica, o incluso el desistimiento empresarial durante el período de prueba<sup>63</sup>, habrían de considerarse actos nulos, y no improcedentes.

La argumentación se construye a partir de la expresa referencia legal a la enfermedad, que se eleva a causa específica y autónoma de discriminación, sin necesidad de conectarla con la discapacidad, ni con ningún otro derecho fundamental,

60 Se ha discutido incluso la eventual aplicación retroactiva de la norma a despidos producidos antes de su entrada en vigor; vid. SSTSJ de Cataluña de 5-12-2022 (rec. 5285/2022), de Madrid de 16-11-2022 (rec. 879/2022), de Asturias de 15-11-2022 (rec. 2066/2022) y de Castilla y León (Valladolid) de 27-3-2023 (rec. 2791/2022).

61 Vid. MONERO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., y RODRÍGUEZ INIESTA, G., "Contribuyendo a garantizar la igualdad integral y efectiva. La ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación", *Revista crítica de relaciones de trabajo*, nº 4, 2022, pág. 39; "La Ley 15/2022 ...", loc. cit., pp. 19 y ss.; CABEZA PEREIRO, J., "La discriminación por enfermedad en el despido", *Revista de Derecho Social*, nº 102, 2023, pp. 37 y ss.; BALLESTER PASTOR, I., "La expansión aplicativa de la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: secuelas sociolaborales", *RGDTSS (iustel)*, nº 64, 2023; AGUSTÍ MARAGALL, J., "La nueva Ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: el fin de la anomalía", *Jurisdicción social*, nº 235, 2022, nº 235, pp. 18 y ss.; CORDERO GORDILLO, V., "El despido de la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal tras la ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Lex Social*, vol. 13, núm. 1, 2023, pp. 16 y ss.; MORENO GENÉ, J., "La calificación del despido del trabajador enfermo tras la Ley 15/2022: Valoración de los primeros pronunciamientos judiciales", *RGDTSS (iustel)*, nº 64, 2023; TERRADILLOS ORMAETXEA, E., "Discriminación por enfermedad", *Noticias CIELO*, nº 11, 2022; GRAU PINEDA, C., "La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación. La inclusión de nuevas causas autónomas de prohibición de discriminación", *FEMERIS*, Vol. 8, nº 2, 2023, pp. 46-48; LOUSADA AROCHEMA, J.F., "Ley 15/2022, de 12 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: incidencia en el Derecho del Trabajo", accesible en <https://elderecho.com/ley-15-2022-igualdad-trato-no-discriminacion-derecho-del-trabajo#64d876a43f73e>.

62 Vid. STSJ de Asturias de 14-2-2023 (rec. 2636/2022) y SSJS nº 1 de Mieres de 14-2-2023 (procedimiento 48/2023) y nº 5 de Valladolid de 31-3-2023 (procedimiento 634/2022) y 2-5-2023 (procedimiento 697/2022).

63 Vid. STSJ de Baleares de 24-1-2023 (rec. 407/2022).

lo que conduce a la obsolescencia de la jurisprudencia hasta ahora imperante. En esta línea, resulta irrelevante la duración de la enfermedad y las limitaciones que eventualmente pudiera ocasionar para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones<sup>64</sup>. Es más, se extiende la nulidad incluso a la IT derivada de accidente (no de enfermedad en sentido estricto)<sup>65</sup>, sobre la base de que la norma alude también a la condición de salud y esta puede equipararse a la enfermedad.

Esta doctrina judicial concluye que el despido basado en la enfermedad del trabajador, cualquier enfermedad, y por extensión en la IT, sea cual sea su origen, debe calificarse como nulo, sin necesidad de conectar la decisión empresarial con enfermedades estigmatizadoras o con otras causas de discriminación, como la discapacidad o el sexo, u otros derechos fundamentales, como la integridad física. Ahora bien, la enfermedad/IT se convertiría en una causa de nulidad sin protección cualificada, pues no se configuraría como un supuesto de nulidad objetiva a falta de previsión legal en ese sentido<sup>66</sup>.

Se requiere por tanto la acreditación de un panorama indiciario que invierta la carga de la prueba, lo que obligaría al empresario a probar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a la vulneración de un derecho fundamental<sup>67</sup> (art. 30.1 de Ley 15/2022 y art. 181.2 LRJS<sup>68</sup>). En este nuevo contexto se abren dos posibilidades interpretativas, toda vez que, a partir de los principios *pro operario* y de máxima efectividad de los derechos fundamentales, podría defenderse que la propia situación de IT configura un panorama indiciario suficiente, pero también cabe entender que se requiere algún esfuerzo probatorio adicional. Esta última es la opción que parece prevalente hasta el momento en la doctrina judicial, que exige al trabajador algún otro elemento o indicio que permita generar un panorama discriminatorio<sup>69</sup>, conectando con las circunstancias que rodean la decisión empresarial o con la verosimilitud de la causa que se alega en la carta de despido<sup>70</sup>. Se produce, así pues, una inversión probatoria contextualizada<sup>71</sup>, pero no centrada en la prueba de la discriminación en un sentido clásico, sino más bien en que la decisión empresarial no cuenta con una causa distinta al coste económico que supone la IT. Es lo que se ha dado en llamar «test de la enfermedad»<sup>72</sup>, que entra en juego en

64 Por todas, vid. STS de 15-3-2018 (rec. 2766/2016).

65 Vid. STSJ de Cataluña de 3-2-2023 (rec. 5427/2022) y SJS nº 1 de Granada de 15-2-2023 (rec. 753/2022).

66 En este sentido, vid. STSJ de Asturias de 23-5-2023 (rec. 598/2023).

67 Vid. SSTS 29/2002, 30/2002, 17/2003, 342/2006 o 17/2007, entre muchas otras.

68 Vid. STSJ Galicia de 8-6-2023 (rec. 1322/2023).

69 Mostrándose más estricto en la apreciación de la entidad de esos indicios discriminatorios, vid. STSJ Comunidad Valenciana de 16-5-2023 (rec. 303/2023).

70 Vid. STSJ de Asturias de 23-5-2023 (rec. 598/2023).

71 La STSJ Madrid de 30-6-2023 (rec. 275/2023) admite la propia duración de la baja como indicio contextualizado.

72 Vid. STSJ de Madrid de 10-5-2023 (rec. 118/2023).

situaciones de IT para determinar si la decisión empresarial ha tenido como móvil la enfermedad misma<sup>73</sup>.

Cuando se produce ese desplazamiento de la carga queda por precisar qué prueba ha de aportar la empresa para eludir la calificación de nulidad. A tenor de los arts. 30.1 Ley 15/2022 y 181.2 LRJS, esa prueba debe consistir en una «justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Comoquiera que esta causa de discriminación no conduce a la nulidad objetiva, no cabe exigir prueba de la procedencia del despido, y por ello la doctrina judicial ha optado por distinguir dos situaciones. En primer término, el despido por causa insuficiente, esto es, un despido que se asienta en motivaciones distintas a la enfermedad o a la IT, pero que por la propia causa o por la prueba no puede alcanzar la consideración de procedente<sup>74</sup>. En este escenario no se justifica la calificación de nulidad, al no haberse vulnerado un derecho fundamental, de modo que la ausencia de causa conduciría a la improcedencia. El segundo de los escenarios se origina ante un despido por causa torpe y ausente de fundamento alguno, que conduce a la nulidad porque la verdadera razón de la decisión empresarial es la enfermedad/ incapacidad temporal<sup>75</sup>, y el carácter autónomo de la enfermedad como causa de discriminación permite a esta doctrina judicial modificar la clásica declaración de improcedencia<sup>76</sup>.

En el fondo, estas nuevas orientaciones se fundamentan en la insatisfacción que supone, desde la perspectiva de los pilares y principios del Derecho del Trabajo, que el perjuicio económico que sufre el empresario prevalezca sobre la estabilidad en el

73 Por ejemplo, un cambio de opinión del empleador tras conocer la IT. El desconocimiento del empleador acerca del estado de salud del trabajador es de todo punto decisivo, e impediría calificar el despido como nulo; vid. STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19-6-2023 (rec. 877/2023).

74 Prescindiendo de supuestos fraudulentos en los que el empleador pretendiera enmascarar su verdadera motivación, encajarían en esta categoría los despidos disciplinarios en los que concurriera un incumplimiento del trabajador, pero no de la suficiente gravedad (v. gr., realización de actividades pretendidamente incompatibles con la baja médica) [SJS nº 3 de Pamplona de 4-4-2023 (procedimiento 738/2022)], o los despidos por causas objetivas, incluso económicas, en los que no se logra aportar prueba suficiente que justifique la amortización del puesto. No basta con alegar una causa ajena a la discriminación, sino que debe probarse la realidad del motivo, aunque no alcance la suficiente entidad como para convertir el despido en procedente; vid. SJS nº 3 de León de 18-5-2023 (procedimiento 124/2023).

75 Vid. SSJS nº 3 de Pamplona de 4-4-2023 (procedimiento 132/2023), en la que el empleador no alegó causa para el cese, o nº 1 de Gijón de 15-11-2022 (procedimiento 467/2022), que declara la nulidad de la extinción injustificada de una trabajadora de baja por IT cuando va a ser operada, probándose que el empleador manifestó la intención de volver a contratarla cuando se restableciera.

76 Aun cuando el móvil de la decisión empresarial sea la enfermedad o condición de salud, no cabría declarar la nulidad, ni aparejar esas otras consecuencias adicionales, cuando la diferencia de trato deriva de una «disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla» (art. 4.2 de la Ley 15/2022), ni tampoco cuando la «extinción del contrato viene exigida por el proceso de tratamiento de la enfermedad, o por las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades o por limitaciones exigidas por razones de salud pública» (art. 2.3 de la Ley 15/2022).

empleo<sup>77</sup>. Son argumentos sustentados principalmente en razones de justicia material, pero que no encuentran acomodo en la dogmática jurídica, como se desarrollará a continuación.

## 7. REALIDADES Y ESPEJISMOS EN LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR EN IT: LA (VOLUNTARISTA) CONFUSIÓN ENTRE PREJUICIO Y PERJUICIO

Tanto la doctrina judicial como la académica parecen apostar mayoritariamente por la nulidad del despido del trabajador en IT tras la Ley 15/2022. Sin embargo, esa conclusión no encuentra fácil encaje en el tenor literal de esa Ley, ni en el vigente del ET, ni tampoco en el concepto mismo de discriminación, a salvo de que se defienda que se ha producido un cambio de paradigma, lo que conllevaría una trivialización de la prohibición de discriminación, que no parece haber estado en la voluntad del legislador. De una evaluación sosegada del marco constitucional, del desarrollo legal del art. 14 CE y de la normativa laboral se deduce con nitidez que el legislador no ha alterado, ni consciente ni inconscientemente, el régimen jurídico de la calificación del despido durante la IT<sup>78</sup>.

La discriminación supone un trato peyorativo derivado de una circunstancia personal o social con dimensión grupal, de modo que los individuos que forman el grupo comparten un rasgo homogéneo susceptible de provocar segregación. A partir de esa premisa, la IT no puede considerarse una causa de discriminación, y por eso no aparece en ninguno de los listados, ni en los más clásicos, ni en los más modernos, ni en los más generales, ni en los específicamente laborales. Tampoco cabe sostener que el hecho de que el trabajador esté impedido para el trabajo mientras recibe asistencia sanitaria merezca la consideración de «circunstancia o condición personal o social» susceptible de encajar en la cláusula abierta del art. 14 CE. En verdad, la ausencia temporal de condiciones físicas y/o psicológicas para trabajar por prescripción médica es el único elemento homogéneo entre las personas que se encuentran en IT, porque esa situación puede originarse a resultas de una enfermedad, cualquier enfermedad, o un accidente, de todo tipo, o incluso derivar de un período de observación para valorar el riesgo de contraer una enfermedad profesional (art. 169 LGSS). Teniendo en cuenta además que la duración de las dolencias o patologías puede diferir y que no es posible vincular en abstracto la decisión peyorativa con otros factores (sexo, raza, religión, etc.), las personas en IT no comparten un rasgo común significa-

77 Vid. STSJ Madrid de 12-7-2023 (rec. 408/2023).

78 Vid. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "La ley integral para la igualdad: un frágil ...", *loc. cit.*, pág. 108; CANO GALÁN, Y., "La calificación del despido por discapacidad, enfermedad o condición de salud tras la Ley 15/2022, de 12 de julio integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Trabajo y Derecho*, nº 105, 2023; AGUILERA IZQUIERDO, R., *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022*, BOE, 2023, págs. 33 y ss.; ASQUERINO LAMPARERO, M.J. "La enfermedad como causa de discriminación tras la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación", *Temas laborales*, nº 165, 2022, pp. 178 y ss.

tivo que dé lugar a un prejuicio que permita configurar un grupo social susceptible de victimización o segregación<sup>79</sup>.

La nulidad del despido durante la IT se encuentra con obstáculos incluso dentro del concreto marco de la Ley 15/2022, toda vez que la norma alude a «enfermedad» y a «condición de salud». La referencia a la enfermedad derivaría en la nulidad de toda decisión peyorativa, incluido el despido, que tuviese como motivo precisamente la enfermedad, se produjese o no durante la IT. Pero esta referencia no permitiría extender la consecuencia de nulidad a los procesos de IT derivados de accidente (común o laboral). No cabe salvar el obstáculo aferrándose a la referencia a «condición de salud», entendiendo esta como cualquier alteración de la salud, aun originada por un accidente. Técnicamente, la expresión «condición de salud» no es equivalente a estado de salud, ni a afección o enfermedad<sup>80</sup>, pese a que en ocasiones se utilice equivocadamente en ese sentido por similitud con la expresión anglosajona «condition».

Médicamente, la condición de salud es una circunstancia que afecta a un proceso, en el sentido de que puede resultar decisiva para el origen o agravación de una patología. El tabaquismo, la hipertensión, la colesterolemia, las alergias o el sobre-peso serían condiciones de salud. La Ley 15/2022 convertiría en discriminatorios, por ejemplo, los tratos peyorativos a fumadores, pero no por el hecho mismo de ser fumadores, sino porque esa condición pueda derivar potencialmente en otras patologías (v.gr., mayor riesgo de cáncer)<sup>81</sup>, y con ello generar un efecto de segregación social/laboral para esas personas. En este contexto, la Ley 15/2022 refuerza el paráigma clásico de la prohibición de discriminación, entendida como neutralizadora de prejuicios sociales, y por evolución ha identificado nuevas circunstancias odiosas. En todo caso, esta imposibilidad de equiparar condición de salud y alteración/estado de salud desactiva la tesis de la nulidad del despido en IT cuando el proceso deriva de accidente, lo que, por otra parte, resulta plenamente coherente con la ausencia de referencia a la IT en los arts. 53 y 55 ET.

Aun cuando se descarte la nulidad del despido derivado de accidente, cabría seguir defendiendo la nulidad cuando la IT tiene su origen en una enfermedad, sobre la base de que, en el estado actual de la sociedad, la enfermedad se habría convertido en una circunstancia personal particularmente odiosa susceptible de incorporación al catálogo a partir de una interpretación evolutiva de la cláusula abierta del art. 14 CE (en contra del criterio sentado por la STC 62/2008). Sin embargo, ello supon-

79 A modo de ejemplo, una persona que sufre una gripe, otra que se somete a una operación de cirugía ocular para eliminar la miopía y una tercera que se tuerce un tobillo no comparten una condición o circunstancia personal o social que justifique la entrada en juego de la prohibición de discriminación.

80 Así lo afirma la Real Academia Nacional de Medicina de España, y se recoge en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) de la Organización Mundial de la Salud; vid. <https://www.ranm.es/terminología-médica/recomendaciones-de-la-ranm/4704-condicion-no-es-enfermedad.html> y [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445\\_spn.pdf](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spn.pdf).

81 Vid. CORDERO GORDILLO, V., "El despido de ...", *loc. cit.*, pp. 17-18; CANO GALÁN, Y., "La calificación del despido ...", *loc. cit.*

dría ignorar conscientemente el concepto de discriminación. Las enfermedades, en sí mismas, no dan lugar a situaciones homogéneas y comparables, porque pueden provenir de orígenes muy distintos, provocar alteraciones de capacidad heterogéneas y su duración e intensidad no tienen por qué coincidir. Por tanto, la enfermedad, en un sentido genérico y sin ninguna precisión adicional, no puede erigirse en causa autónoma de discriminación, al no poder asociarse a un grupo o colectivo susceptible de victimización o segregación.

Además, el despido durante la IT, en términos generales, no responde a la idea de marginación, segregación, prejuicio o estigma sobre el que se construye nuestro concepto de discriminación, sino que deriva del daño económico y organizativo que provoca al empleador, daño que la STC 62/2008 había considerado digno de tutela constitucional. Se puede discutir si, en ese conflicto de intereses marcadamente económico que envuelve la IT, la balanza ha de inclinarse a favor de la empresa o de los empleados, pero la eventual prioridad de los intereses de la persona trabajadora y de la consiguiente protección del empleo [recuérdese la derogación del art. 52.b) ET], no se canaliza a través de la prohibición de discriminación, porque el daño que sufre quien pierde su empleo cuando no está en condiciones físicas o psíquicas de prestar servicios no deriva de un prejuicio o un estigma. Eso no significa que la decisión extintiva en estos casos no merezca reproche, sino que la consecuencia no será la propia de una lesión de un derecho fundamental (la nulidad), sino la ordinaria que nuestro sistema prevé, esto es, la improcedencia.

No se encuentra ninguna evidencia de que la Ley 15/2022 haya pretendido modificar el paradigma de tutela frente a la discriminación. Más bien al contrario, las bases dogmáticas sobre las que se sustenta el concepto de discriminación no se han alterado, de modo que lo determinante es el prejuicio, y no la entidad del perjuicio. Un eventual cambio de modelo no compete al legislador (ni orgánico, ni ordinario) al desarrollar el art. 14 CE, pues supondría desmantelar el contenido esencial del derecho a la no discriminación, al banalizarlo en un grado tal que lo vaciaría por completo de contenido.

La prohibición de discriminación, conviene insistir, trata de erradicar un trato peyorativo derivado de una circunstancia que genera un prejuicio de tal intensidad que conduce a la marginación o segregación de una persona/grupo, y no por su comportamiento, actitud o los daños que pueda(n) causar, sino por motivos, incluso irracionales, que la sociedad no está dispuesta a tolerar. El despido en IT no se basa en el prejuicio, ni hacia una persona ni hacia un colectivo —salvo concurrencia de otras circunstancias encubiertas que conduzcan a la discriminación indirecta—, sino que es el resultado de un análisis de rentabilidad en atención al perjuicio económico que afronta la empresa, pues durante la suspensión contractual ha de mantener la cotización a la seguridad social y, eventualmente, abonar las mejoras voluntarias, amén de asumir los costes de gestión de la sustitución. Por consiguiente, el despido del trabajador en situación de IT es un despido por razones principalmente económicas, y no por motivos de salud o por circunstancias personales o sociales. Es un despido

que deriva de un análisis sobre el coste y el beneficio de mantener vigente un contrato cuando el abono de la indemnización por despido improcedente se proyecta menos gravoso que la asunción de las obligaciones económicas durante la ausencia del trabajador.

Conviene traer a colación la muy ilustrativa STS de 29-1-2001<sup>82</sup>, que, partiendo de la distinción constitucional entre los principios de igualdad y no discriminación, advertía que las diferencias de trato por enfermedad en el ámbito laboral no pueden considerarse sin más discriminatorias, y no dan lugar a la nulidad del despido, sino a la improcedencia, porque la «enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación». En ausencia de dicho elemento, el eventual despido del trabajador en IT debe considerarse como una «medida de conveniencia de la empresa», que no se asienta en una causa lícita, pero tampoco merece el reproche asociado a la apreciación de discriminación cuando la decisión empresarial está basada en los «periodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador»<sup>83</sup>. Este criterio jurisprudencial conserva plena vigencia, puesto que dogmáticamente se ajusta con precisión al concepto de discriminación. La incorporación de la enfermedad al catálogo de causas de discriminación tras la Ley 15/2022 no altera esa conclusión<sup>84</sup>.

Desde luego, el legislador podría haber incluido expresamente nuevos motivos de nulidad aparejados al estado de salud. Es más, podría incluso establecer de forma explícita que el despido en situación de IT es nulo, pero de hacerlo (y no lo ha hecho, a diferencia de etapas anteriores)<sup>85</sup>, no se trataría de una nueva causa de discriminación en desarrollo directo del art. 14 CE.

En tanto el legislador no declare explícitamente la nulidad, cabe distinguir tres posibles situaciones. En primer lugar, el despido ordinario de un trabajador en IT motivado por el impacto económico que para el empleador suponen sus ausencias, con

82 Rec. 1566/2000. El criterio se mantiene posteriormente en la STS de 27-1-2009 (rec. 602/2008).

83 Vid. STS de 11-12-2007 (rec. 4355/2006).

84 En contra, vid. GOÑI SEIN, J.L., «La Ley 15/2022 ...», *loc. cit.*, pp. 19 y ss. No obstante, debe tenerse presente que no cabe la comparación entre trabajadores enfermos y no enfermos, sin mayor precisión, y se requiere algún elemento más que proporcione homogeneidad, porque la diferencia de trato no está basada en la enfermedad, sino en la menor productividad y el perjuicio económico que sufre la empresa. De lo contrario, «se estaría confundiendo la discriminación con la injusticia, lo que implicaría una banalización de la tutela antidiscriminatoria, al diluir su dimensión necesariamente grupal en la perspectiva puramente individualista del principio de igualdad formal»; cfr. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «La ley integral...», *loc. cit.*, pág. 107.

85 Esta opción legal no es contraria tampoco al art. 6 del Convenio nº 158 OIT, ni a otros compromisos internacionales, inclusive aunque se hubiera mantenido el despido por absentismo, como puso de manifiesto la STS de 6-7-2023 (rec. 3501/2022).

independencia de la contingencia, del grado de precariedad del estado de salud o del pronóstico de curación más o menos incierto. En ese contexto, el despido será ilícito, porque no se encuentra justa causa de despido objetivo, pero esa ilicitud se traducirá en la declaración de improcedencia, no de nulidad, salvo que se pruebe la conexión con un derecho fundamental. En cambio, y como segundo supuesto, el despido en situación de IT merecerá sanción de nulidad si la decisión extintiva no deriva del mero perjuicio económico, sino que responde a la dolencia específica padecida por el trabajador (enfermedad estigmatizadora o que genere una limitación a largo plazo equiparable a la discapacidad), desemboca en una discriminación por razón de sexo, o bien se enmarca en un escenario que pudiera encajar en los estrictos contornos del derecho fundamental a la integridad física.

El tercer escenario se refiere exclusivamente a los despidos que gozan de la protección reforzada de la nulidad objetiva, esto es, los que afectan a una trabajadora en IT originada por enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia natural. Los arts. 53.4 y 55.5 ET declaran nulo el despido sin margen para la contestación empresarial<sup>86</sup>. Este es el único supuesto que se beneficia de esta protección cualificada, pues, de forma ciertamente incomprensible, la nulidad objetiva no parece extenderse a otras situaciones de IT que exclusivamente afectan a las mujeres, como se desarrolló en el epígrafe 4.

## **8. EFECTOS COLATERALES DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL DESPIDO: NULIDAD OBJETIVA, INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA E INDEMNIZACIÓN POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

La efectividad de la protección frente a la discriminación exige articular una adecuada «tutela judicial y resarcitoria»<sup>87</sup>. La entrada en juego de un derecho fundamental conlleva una protección reforzada en forma de ventajas procesales como la inversión de la carga de la prueba y una reparación más sofisticada, no sólo gracias a la readmisión obligatoria, sino también a la indemnización adicional. Se trata de consecuencias que únicamente tendrán lugar en alguno de los cuatro supuestos que conducen a la nulidad, y no en todos los casos de despido durante la IT, a salvo, claro está, de que finalmente se imponga la tesis que defiende la nulidad de todo despido en IT.

86 Esa tutela objetiva, que parte de la STC 92/2008, supone que el despido o bien es nulo o bien procedente (cuando se acrede «suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida»), y no cabría declarar la improcedencia, sino la nulidad, aun cuando el empleador no conociera en el momento de despedir a la trabajadora que se encontraba en estado de gestación. Por todas, vid. SSTS de 17-10-2008 (rec. 1957/2007), de 6-5-2009 (rec. 2063/2008), de 18-4-2011 (rec. 2893/2010), de 25-1-2013 (rec. 1144/2012) y de 14-1-2015 (rec. 104/2014).

87 Cfr. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., “Garantías judiciales y administrativas de la igualdad de trato y la no discriminación en el trabajo en la Ley 15/2022”, FEMERIS, Vol. 8, nº 2, 2023, pág. 23.

No obstante, a partir del concepto constitucional de discriminación ese tipo de despidos ha de seguir siendo considerado, por lo general, como improcedente, lo que repercute, en primer término, sobre las reglas de la carga de la prueba. Obviamente, no se puede exigir a la persona despedida, en su condición de demandante, la prueba de la verdadera razón que motiva la decisión empresarial. Prescindiendo ya de que en muchos casos estaríamos en presencia de una prueba diabólica, la empresa es la que se encuentra en condiciones de ofrecer las razones en la carta de despido. En modo alguno ello es sinónimo de que la situación de IT en el momento del despido implique una inversión de la carga de la prueba, pues la IT no constituye *per se* un indicio de discriminación. Por consiguiente, la alegación de que el despido se produjo tras una o varias ausencias debidas a enfermedad o accidente no implica, desde una perspectiva procesal, que la empresa esté obligada a demostrar que la decisión fue ajena a móviles discriminatorios<sup>88</sup>.

La inversión, prevista explícitamente en el art. 30.1 Ley 15/2022<sup>89</sup>, se produciría cuando la persona despedida presentase un panorama indiciario de vulneración de un derecho fundamental, vinculado a una enfermedad estigmatizadora, al derecho a la integridad física, a una situación de IT con especial afectación a las mujeres, o bien cuando se trate de una IT que provoque una limitación o una barrera de larga duración equiparable a la discapacidad<sup>90</sup>. Ahora bien, ni siquiera en estos casos la inversión de la carga de la prueba exigiría a la empresa probar un hecho negativo (la inexistencia de un motivo discriminatorio), sino que bastará con acreditar que la decisión responde a una razón completamente ajena a la alegada vulneración de derechos fundamentales, y de entidad suficiente para no esconder un ánimo discriminatorio<sup>91</sup>. Dicho de otro modo, la empresa no ha de acreditar la procedencia del despido (salvo en los casos tasados de nulidad objetiva ligada a la maternidad biológica), sino que la causa, aun cuando no alcance para la licitud extintiva, no guarda relación con el móvil discriminatorio.

En defecto de esa prueba se apreciará la causa discriminatoria, y con ello la nulidad del despido llevará aparejada una indemnización adicional por vulneración de un derecho fundamental, que ha de incorporar el daño moral, porque así viene estable-

88 A tenor de la jurisprudencia, «las garantías antidiscriminatorias no están condicionadas a la calificación legal de la capacidad laboral en los términos específicos de la legislación en materia de pensiones de Seguridad Social» y «no cabe sostener que, con carácter genérico, toda decisión ilícita de la empresa, como lo es el despido no justificado, constituye una lesión de derechos fundamentales cuando se dé la circunstancia de que afecta a un trabajador que hubiere estado en situación de IT previamente»; cfr. STS de 22-5-2020 (rec. 2684/2017).

89 Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I., «Garantías judiciales ...», *loc. cit.*, pp. 26-27.

90 Aunque todavía no existe doctrina unificada sobre el particular, cabe sostener que la incapacidad temporal de larga duración es la que alcanza o supera el año, pues esa es la duración máxima ordinaria de la incapacidad temporal (sin perjuicio de la posible prórroga de seis meses, a criterio del INSS); vid. STSJ de Madrid de 13-2-2023 (rec. 901/2022), sobre despido objetivo en IT de larga duración, en la que se reconoce una indemnización de 15.000 € por daño moral en la lesión del derecho fundamental.

91 Vid. STC 87/1998.

cido tanto en el art. 183 LRJS como en el art. 27 Ley 15/2022<sup>92</sup>. Nótese, además, que esta indemnización no es completamente automática, esto es, la presunción legal de daño moral en toda lesión del derecho a la no discriminación no es equivalente a su apreciación de oficio por parte del juez. En virtud del principio de justicia rogada, habrá de ser la víctima la que solicite el reconocimiento de la indemnización adicional y, aunque el daño moral se presuma, alguna mínima actividad probatoria habrá que desarrollar con el fin de cuantificar el daño<sup>93</sup>.

Estas reglas pueden extenderse asimismo al desistimiento durante el período de prueba cuando la persona trabajadora se encuentra en IT. Esta modalidad de extinción únicamente merecerá la sanción de nulidad —y la tutela que le es propia— si esconde un motivo discriminatorio<sup>94</sup>, o si acontece durante la gestación<sup>95</sup>. Aunque en este concreto caso debe tenerse en cuenta que el desistimiento durante el período de prueba no requiere del empleador ofrecer ninguna explicación<sup>96</sup>, parece razonable mantener que si la persona afectada presenta indicios pertinentes de una enfermedad estigmatizadora, de que la IT se prevea de larga duración o de que está en riesgo su integridad, la empresa habrá de ofrecer alguna explicación que sustente la decisión extintiva.

## 9. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE ACOMODAR LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA Y LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO A LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

La finalidad tuitiva es consustancial al Derecho del Trabajo, que nació para proteger a la clase trabajadora y tratar de compensar la diferencia de poder entre las partes del contrato de trabajo. Ese objetivo de proporcionar una adecuada tutela al trabajador se integra en la esencia misma de la legislación laboral y sirve como contrapeso frente a otros intereses que también están presentes en las relaciones de trabajo, como los económicos. Por variadas razones, pero principalmente porque desde algunos sectores se detectan mayores amenazas para los derechos de los trabajadores y más predisposición del legislador por atender las demandas empresariales de mejora de la competitividad y rentabilidad que por introducir avances cualitativos en las condiciones de trabajo, en los últimos años se aprecia una creciente tendencia a sobredimensionar los derechos fundamentales/humanos no sólo para ofrecer una

92 Vid. ARUFE VARELA, A., "El daño moral al trabajador en la Ley 15/2022: reparación y reposición", *RG-DTSS (iustel)*, nº 64, 2023.

93 Esta presunción sólo se prevé para la discriminación, y no por tanto para la vulneración del derecho a la integridad física, o de cualquier otro derecho fundamental. En estos otros casos la nulidad no se acompañará de una presunción de daño moral.

94 A propósito del embarazo, vid. STC 17/2007.

95 Sobre la nulidad del desistimiento durante la IT, vid. STSJ Baleares 31/2023, 24 de enero.

96 No cabría aplicar la nulidad objetiva a estas extinciones durante el período de prueba en tanto el legislador no extienda esa protección reforzada a extinciones contractuales por cauces diferentes al despido; vid. STC 173/2013 y STS de 18-4-2011 (rec. 2893/10).

mejor cobertura a los trabajadores, sino también para blindar esa protección frente al propio legislador.

Junto a este creciente protagonismo de los derechos fundamentales, que se traduce no sólo en mayores cotas de intervención del TC, sino, y sobre todo, en un inusitado papel transformador de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, porque los derechos humanos disfrutan de una protección multinivel, se aprecia asimismo una alta dosis de inconformismo en relación con determinados debates que de algún modo parecen cerrarse en falso —a menudo con decisiones divididas del TS y del TC—, y que pretenden revivirse cuando se encuentra la ocasión, cuando algún elemento no vedoso permite cuestionar una solución que nunca se compartió y que se considera insatisfactoria. La calificación del despido en situación de IT es un ejemplo evidente. No puede extrañar que el despido de un trabajador por el mero hecho de encontrarse enfermo o haber sufrido un accidente se considere reprochable moralmente e injusto, y por tanto contrario a un Estado social, y se defienda que el ordenamiento debe condenar enérgicamente esa clase de decisiones.

Sin embargo, esa aproximación ética, con tintes ideológicos, casa mal con las estructuras propias del Derecho, y en particular con nuestro modelo constitucional de no discriminación. No cabe proponer soluciones a situaciones insatisfactorias que sean contrarias a las bases dogmáticas del ordenamiento, ni prescindir del notable y valioso bagaje de la jurisprudencia constitucional. En este sentido, la doctrina científica y judicial ha entendido de forma mayoritaria que el legislador ha modificado los términos del debate sobre la calificación del despido durante la IT, rectificando la doctrina del TC y del TS, y en alguna medida también la del TJUE<sup>97</sup>. Sin embargo, la Ley 15/2022 no ha alterado las premisas previas, ni exige la nulidad de todo despido en IT, calificación a la que, por cierto, acompañan otra serie de consecuencias de enorme calado (inversión de la carga probatoria en juicio y, sobre todo, indemnización adicional). Derivar todo ello de una referencia legal a la enfermedad en una norma no laboral parece un exceso, sobre todo si se tiene en cuenta que el catálogo de causas de discriminación en el ET y las reglas sobre nulidad del despido han sido modificadas posteriormente —más de una vez—, y en ellas no se menciona la enfermedad ni la IT.

Es más, el legislador puede identificar nuevas causas de discriminación, pues la cláusula abierta del art. 14 CE ofrece margen para ello, pero no está legitimado para reconfigurar el contenido esencial de la prohibición constitucional de discriminación, lo que se produciría si la lucha contra el prejuicio social se sustituyese por el reproche frente al perjuicio sufrido por el trabajador despedido. Esa es, sin lugar a duda, la principal crítica que cabe realizar al sector de la doctrina científica y judicial que se decanta por la nulidad del despido en IT. La defensa de la nulidad parte, exclusiva-

97 El TJUE apostó por la equiparación entre determinadas dolencias y la discapacidad para ampliar la protección del trabajador, porque la ausencia de una cláusula abierta en la Directiva 2000/78 obliga al TJUE a recurrir a exégesis imaginativas. En el marco del ordenamiento español esas interpretaciones no son imprescindibles, gracias al margen que ofrece el último inciso del art. 14 CE.

mente, de la literalidad de un precepto legal que identifica una causa, y se obtienen conclusiones prescindiendo del contexto en el que esa causa debe operar. Todas las causas de discriminación han de ser interpretadas conforme al concepto de discriminación que deriva del art. 14 CE y de la jurisprudencia constitucional.

Las referencias legales a la enfermedad y a la condición de salud no pueden suponer que cualquier enfermedad pueda erigirse en una causa de discriminación. Ni tampoco existe correlación plena entre enfermedad e IT. Por ende, la Ley 15/2022 no ha modificado la calificación del despido en IT. El salto lógico e interpretativo es demasiado evidente y voluntarista como para ignorarlo, y no se encuentra justificación constitucional posible para considerar discriminatorio el despido de un trabajador que haya sufrido un esguince de tobillo en su tiempo libre, ni tampoco para defender que esa extinción contractual debe venir acompañada de una indemnización por lesión de derechos fundamentales. La discriminación exige, como reiteradamente se ha dicho, no sólo una diferencia de trato, sino que tal diferencia cuente con una dimensión grupal que dé lugar a un estigma social no sólo para el individuo en cuestión, sino también para el colectivo que comparte ese rasgo, circunstancia o condición. Eso no significa que la legislación laboral no pueda calificar como nula la extinción del contrato de un trabajador en IT. Obviamente podría hacerlo, pero esa nulidad no derivaría de la adopción de un acto o decisión discriminatorios, sino de la mera voluntad del legislador de proscribir decisiones basadas en razones netamente económicas.

En todo caso, es el legislador el que debe decidir el peso o la atención que merece ese interés empresarial, sin que una interpretación voluntarista de la Ley 15/2022 pueda sustituir esa facultad. En tanto el legislador no se posicione en ese sentido, la jurisprudencia constitucional, y la doctrina del TJUE, siguen manteniendo plena vigencia. El concepto de discriminación no ha cambiado, de forma que únicamente podrán calificarse como nulos aquellos despidos que vulneren el derecho fundamental a la integridad física y aquellos otros que incurran en discriminación, lo que acontecerá únicamente cuando la IT pueda asimilarse a la discapacidad, cuando la enfermedad presente un carácter estigmatizador o cuando repercuta de forma exclusiva o principal en las mujeres.

En último término, también cabe cuestionar por qué debe blindarse constitucionalmente el contrato de trabajo de una persona con una salud tan frágil que simplemente no puede prestar servicios de forma continuada con un rendimiento apropiado. Las dificultades para acceder a una pensión de incapacidad permanente, producto de distintos factores, sitúan a determinadas personas en un limbo jurídico, y acaban derivando hacia el empleador, en cierta forma, determinadas responsabilidades que en buena lógica deberían socializarse a través de los mecanismos públicos de protección social.

# La realización de actividades durante la incapacidad temporal como causa de despido disciplinario: aproximación a las tendencias judiciales<sup>1</sup>

Ángel Jurado Segovia

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid

## Activities during temporary incapacity as reason for disciplinary dismissal: an approach to judicial trends

### SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN.
2. TENDENCIAS RIGUROSAS.
  - 2.1. ¿Pueden los convenios colectivos tipificar la realización de cualquier trabajo como sancionable con el despido?
3. TENDENCIAS MÁS O MENOS FLEXIBILIZADORAS.
  - 3.1. Las características de la dolencia y de la actividad realizada.
  - 3.2. ¿Es necesaria la prueba de la simulación de la enfermedad o de que la actividad realizada ha interferido en la recuperación?
  - 3.3. Las recomendaciones médicas.
  - 3.4. ¿Tiene fundamento un tratamiento menos flexible en el caso de la realización de actividades laborales o profesionales?

**RESUMEN:** El despido disciplinario por la realización de actividades que se entienden incompatibles con la situación de incapacidad temporal del trabajador se viene revelando como uno de las medidas más utilizadas por las empresas para combatir el absentismo. El principal objeto de este trabajo es una reseña de las tendencias judiciales advertidas en torno a cuándo resulta justificado el despido en el sentido apuntado, por considerarse transgredida la buena fe contractual. Se da cuenta de la cierta evolución habida desde planteamientos rigurosos, que entendían que el tra-

1 El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación PID2024-1620330B-I00: "Nuevas perspectivas en torno a la extinción del contrato de trabajo: retos presentes y desafíos futuros sobre su regulación jurídica" (RETEX), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

bajador debía guardar un reposo prácticamente absoluto, hasta las actuales líneas de tendencia más o menos flexibilizadoras, que ponen el acento en la necesidad de un análisis detallado de cada caso concreto, valorando factores como la índole de la enfermedad, la ocupación del trabajador, las características de la actividad realizada durante la incapacidad y las recomendaciones médicas. La reseña se acompaña, en la medida de lo posible, de algunas consideraciones críticas en una materia bastante "pantanosa", toda vez que, aunque se parte de unos principios teóricos aparentemente sencillos, su aplicación al caso concreto dista de ser fácil y, además, tales principios pueden resultar no tan evidentes cuando se contrastan con algunos datos normativos y las diversas orientaciones interpretativas, planteándose algunos interrogantes relevantes.

**Palabras clave:** incapacidad temporal; actividades laborales, actividades lúdicas, despido disciplinario, buena fe contractual, tendencias judiciales.

**ABSTRACT:** Disciplinary dismissal for carrying out activities incompatible with the worker's temporary incapacity has emerged as one of the most widely used tools for companies to combat absenteeism. The main purpose of this paper is to review the judicial trends observed regarding when disciplinary dismissal is justified on the grounds of breach of contractual good faith. It notes a certain evolution from rigorous approaches, based on the consideration that the worker should remain in practically complete rest, to the current more or less flexible trends, emphasising the need for a more detailed analysis of each specific case and assessing factors such as the nature of the illness, the worker's occupation, the characteristics of the activity carried out during the incapacity, and medical recommendations. The review is accompanied, as far as possible, by some critical considerations on a rather 'murky' subject, since it is based on seemingly simple theoretical principles, although their application to specific cases is far from easy and, moreover, such principles may not be so obvious when contrasted with certain regulatory data and the various interpretative guidelines.

**Keywords:** temporary incapacity; work activities, leisure activities, disciplinary dismissal, contractual good faith, judicial trends.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una simple consulta en las bases de datos sobre resoluciones judiciales resulta bastante indicativa sobre la actual magnitud del absentismo laboral por incapacidad temporal (IT); magnitud que se confirma, con una tendencia significativamente creciente, a la luz de los datos recientes relativos a las prestaciones de Seguridad Social<sup>2</sup>. Se trataría, además, de un absentismo que, en un porcentaje reseñable, se

2 Entre otros análisis recientes, cabe destacar los elaborados por la Mutua Umivale Activa y el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas sobre la evolución del absentismo por incapacidad temporal, en los que se llegan a conclusiones tales como que: el índice de incidencia de la IT en España alcanzó máximos históricos en 2023, registrándose en España más de 450 procesos por cada 1000

valora, cuando menos, como inapropiado, habida cuenta de la considerable cantidad de decisiones judiciales que versan sobre el despido disciplinario adoptado empresarialmente por entender que el trabajador ha realizado actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal, siendo, asimismo, significativo el número de resoluciones judiciales que califican como procedentes estos despidos.

Y a la hora de reflexionar en torno a las razones del porqué de este amplio recurso a tales despidos disciplinarios, seguramente ello se pueda correlacionar con ciertas incertidumbres y rigideces, ya históricas, del marco legal y aplicativo en punto a los mecanismos puestos a disposición de las empresas para combatir el absentismo, bien a través de su poder de dirección y control, bien a través del otro cauce de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas<sup>3</sup>. Un escenario que, además, se habría visto agravado en los últimos años como consecuencia de diversas medidas normativas adoptadas. Claramente con la derogación, en 2020, del despido objetivo por faltas de asistencia ex art. 52 d) ET, pero probablemente también con la más reciente reforma que ha introducido nuevas limitaciones en la extinción del contrato de trabajo del trabajador declarado en situación de incapacidad permanente (arts. 48.2 y 49.1 n) ET).

Por otra parte, están las restricciones o, cuando menos, incertidumbres interpretativas generadas por la Ley 15/2022, con sus referencias a la discriminación por "enfermedad o condición de salud", que incluso habrían dejado muy cuestionada la capacidad de la negociación colectiva de regular incentivos retributivos o modular las mejoras de IT para premiar la asistencia y combatir el absentismo en aras de la productividad<sup>4</sup>. Y también hay restricciones y/o incertezas, derivadas de la citada Ley 15/2022, que atañen, desde luego, a la calificación de las decisiones extintivas de la relación laboral a través de diferentes cauces y en diversos escenarios en los que puede quedar, en

trabajadores, la máxima incidencia registrada en una década; se perdieron, en 2023, más de 369 millones de jornadas laborales por incapacidad temporal, un 62% más de las jornadas perdidas en 2018. La tasa de absentismo por incapacidad temporal habría crecido un 43% de media respecto a 2018; en el caso de absentismo por contingencias comunes, que supone un 91% del total, el porcentaje de jornadas perdidas habría crecido un 47%, afectando a todos los sectores sin excepción; 2023 se cerró con 167.000 procesos por incapacidad temporal en vigor con más de un año de duración; cifra que duplicó la registrada a finales de 2018. Véanse al respecto los informes publicados en: <https://umivaleativa.es/salud-y-absentismo-laboral/estudio-sobre-it-y-siniestralidad>.

- 3 En esta línea, considerando que el amplio recurso a los despidos disciplinarios por esta causa se puede poner en relación con insuficiencias históricas del sistema; particularmente, con la escasa operatividad de la facultad del empresario para verificar el estado de salud del trabajador (art. 20.4 ET) y del –ya hoy derogado– cauce de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas vinculado específicamente al absentismo (art. 52.d ET), GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E.: "El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido", Revista de Información Laboral, N° 11, 2017, págs. 4-6 (versión digital).
- 4 Cfr. las recientes STS 20-1-2025 (Rº 99/2024) y SAN 1-7-2025 (Rº 113/2025). Sobre la primera, véase el, a mi juicio, acertado comentario de GOERLICH PESET, J. M.: "Tratamiento retributivo del absentismo: ¿la última entrada? A propósito de la STS 40/2025, 20 enero", El Foro de Labos: <https://www.elforodelabos.es/2025/02/tratamiento-retributivo-del-absentismo-la-ultima-entrada-a-proposito-de-la-sts-40-2025-20-enero/>

mayor o menor medida, implicada una situación de la incapacidad temporal del trabajador<sup>5</sup>; aunque quizás con menor incidencia en caso de que lo alegado empresarialmente sea un incumplimiento contractual del trabajador por la realización de actividades incompatibles con dicha incapacidad. A ese respecto, de la doctrina judicial reciente, sobre esta concreta materia, se desprende que la invocación de unos hechos probados y serios como justificativos del despido disciplinario resulta idónea para considerar la decisión empresarial ajena a la situación de incapacidad temporal y enervar, así, la solicitud de nulidad basada en una discriminación por enfermedad ex Ley 15/2022, incluso cuando la causa invocada se pudiese reputar insuficiente para declarar la procedencia del despido<sup>6</sup>. He aquí, tal vez, diversas razones que expliquen, y puedan seguir explicando en el futuro, el protagonismo del recurso al despido disciplinario por esta concreta causa como medida frente al absentismo, en detrimento de otras más expuestas a las incertidumbres normativas e interpretativas.

Sea como fuere, la abultada litigiosidad registrada, de forma constante, en torno a este supuesto de despido disciplinario, se viene concretando en la causa relativa a la transgresión de la buena fe contractual ex art. 54 d) ET<sup>7</sup>. En este sentido, los fundamentos que se vienen esgrimiendo en la doctrina de los tribunales, sin perjuicio de posteriores detalles y de las diversas tendencias y matizaciones aplicativas, radican en que cuando el trabajador lleva a cabo ciertas actividades durante la suspensión de la relación laboral por incapacidad temporal, destinada a su pronta recuperación, manifiesta una conducta desleal y dañosa para con la empresa, que se ve privada de sus servicios —con las correspondientes repercusiones organizativas y productivas y debiendo eventualmente contratar a un sustituto— y obligada a seguir cotizando por el mismo —e incluso a abonarle la propia prestación—; amén de que resulten también relativamente frecuentes las alusiones judiciales al fraude o perjuicio causado al sistema de Seguridad Social, a los compañeros de trabajo e incluso al conjunto de la sociedad<sup>8</sup>.

Tales fundamentos parecen guardar, ciertamente, coherencia con la caracterización que se viene haciendo del incumplimiento de la buena fe contractual como causa de despido. Así, en la doctrina del TS, que de modo más reciente ha profundizado en la lectura de esta causa de despido disciplinario, se ha seguido sosteniendo, en

5 Al respecto, entre otros, AGUILERA IZQUIERDO, R.: "El despido en situación de incapacidad temporal ¿Indicio suficiente de discriminación por razón de enfermedad?", *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, N° 8, 2024.; MENENDEZ SEBASTIAN, P.; RODRIGUEZ CARDOS, I. A.: "La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación" *Trabajo y Derecho*, N° 110, 2024.

6 Cfr., en esta línea, entre otras, SSTSJ País Vasco 6-2-2024 (Rº 2304/2023); Extremadura 23-2-2024 (Rº 18/2024); Murcia 30-4-2024 (Rº 791/2023); Galicia 8-7-2024 (Rº 2776/2024).

7 Así lo ponen de relieve los estudios realizados en diferentes momentos temporales. Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, 1997, pág. 65; GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., págs. 3 y 10.

8 Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit., pág. 72 y 73; GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 9 y 10. En la doctrina judicial reciente, véase, por ejemplo, SSTSJ Canarias 22-2-2024 (Rº 625/2023); Andalucía 2-5-2024 (Rº 1303/2023); Murcia 11-2-2025 (Rº 782/2014).

línea con la jurisprudencia tradicional<sup>9</sup>, la vinculación de la buena fe contractual con elementos tales como la lealtad, fidelidad y confianza entre empresario y trabajador, limitando el ejercicio de los derechos subjetivos en orden a que el mismo no se lleve a cabo con lesión o riesgo de la otra parte, de modo que, si la transgresión del trabajador reviste las notas de gravedad y culpabilidad, se justifica que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador<sup>10</sup>.

Pues bien, el principal objeto de este trabajo es una reseña de las líneas de tendencia y criterios judiciales advertidos en torno a cuándo una actividad realizada durante la incapacidad temporal resulta justificativa del despido disciplinario en el sentido apuntado. Lo anterior se acompaña, en la medida de lo posible, de algunas consideraciones críticas en una materia bastante “pantanosa”, toda vez que, aunque se parte de unos principios teóricos aparentemente sencillos, su aplicación al caso concreto dista de ser fácil y, además, tales principios pueden resultar no tan evidentes cuando se contrastan con algunos datos normativos y las diversas orientaciones interpretativas, planteándose algunos interrogantes relevantes. Y ello con el hándicap añadido de la ausencia de patrones jurisprudenciales recientes y con cierta homogeneidad de los que echar mano.

En este sentido, el análisis se ha realizado fundamentalmente considerando la doctrina de suplicación de los últimos cinco años, sin perjuicio de tener en cuenta también las líneas de tendencia deducibles de resoluciones del TS, pero en el bien entendido que no se trata de una jurisprudencia pronunciada en unificación de doctrina, sino de sentencias que datan principalmente de los años ochenta y dictadas a través del hoy desaparecido recurso de casación en interés de la ley, con las consiguientes dosis de cierto envejecimiento y obsolescencia<sup>11</sup>. Desde la instauración del recurso de casación para la unificación de doctrina, el TS se ha venido mostrando refractario a considerar que en tales supuestos de despido disciplinario por la realización de actividades durante la IT puedan concurrir la contradicción condicionante de la admisión del recurso, sobre la base de unos razonamientos de los que, al menos a veces, parece desprenderse un tono demasiado apodíctico en torno a la dificultad de apreciar situaciones sustancialmente iguales<sup>12</sup>.

9 Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit. págs. 35-37.

10 STS 19-7-2010 (Rº 2643/2010). Destacando esta STS dictada en un recurso de unificación de doctrina, pues, aunque no apreció la contradicción necesaria para entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, resulta didáctica en cuanto a la caracterización jurisprudencial de la causa de despido disciplinario ex art. 54.2 d) ET, CAVAS MARTINEZ, F.: “Las causas de despido disciplinario en el Tribunal Supremo”, en (AAVV): *Las causas del despido disciplinario en la jurisprudencia*, Aranzadi, 2018, pág. 159. Nótese, asimismo, a este respecto, que en la doctrina judicial relativa al despido por la realización de actividades durante la IT viene siendo frecuente que la transgresión de la buena fe se vincule con un proceder del trabajador que supone un abuso o quiebra de la confianza propia de la relación laboral. Cfr., en la doctrina judicial reciente, entre otras, SSTSJ Andalucía 1-7-2020 (Rº 241/2020); Cantabria 19-10-2020 (Rº 457/2020); Canarias 26-4-2022 (Rº 972/2021); País Vasco 2-7-2024 (Rº 1409/2024); Castilla y León 23-5-2025 (Rº 890/2025).

11 Cfr., en esta línea, en general sobre la interpretación jurisprudencial del conjunto de causas de despido disciplinario, CAVAS MARTINEZ, F., op. cit., pág. 159.

12 Cfr., por ejemplo, SSTS 25-2-2002 (Rº 1252/2001) y 6-5-2020 (Rº 277/2020).

Por lo demás, por razones de sistemática y espacio, no se analizan en este trabajo cuestiones relativas a la licitud o no de la prueba obtenida mediante detectives privados, sin perjuicio de advertir que las mismas pueden resultar particularmente relevantes en punto a la calificación de estos despidos, como lo evidenciaría la frecuencia con la que son abordadas por las sentencias que resuelven los recursos de suplicación en la materia<sup>13</sup>. Sobre el particular, sí que se han dictado en los últimos años diversos pronunciamientos del TS en unificación de doctrina<sup>14</sup>.

## 2. TENDENCIAS RIGUROSAS

La doctrina coincide en señalar que en la jurisprudencia de los primeros años del Estatuto de los Trabajadores cabía detectar una tendencia claramente rigurosa a la hora de enjuiciar la realización de ciertas actividades durante la IT, sobre la premisa de entender que con ello el trabajador estaría, cuando menos, incumpliendo el tratamiento médico, que debe ser de reposo, aunque la enfermedad sea leve, pudiendo así impedir su curación o prolongar la enfermedad<sup>15</sup>. En dicha jurisprudencia resultaban, en efecto, habituales afirmaciones en el sentido de *“que si el trabajador está impedido para consumar la prestación laboral a que contractualmente viene obligado tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social, a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido”*<sup>16</sup>.

Estas u otras aseveraciones en la misma línea se recogieron en resoluciones del TS que declararon procedente el despido cuando lo acreditado fue que el trabajador desarrolló, durante la incapacidad transitoria, trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia<sup>17</sup>, incluidas las colaboraciones, más o menos puntuales, en negocios fami-

13 Cfr., en la doctrina judicial reciente, entre otras, SSTSJ Cataluña 9-2-2024 (Rº 5680/ 2023); Canarias 22-2-2024 (Rº 625/2023); Andalucía 10-2-2025 (Rº 2254/2024); Cataluña 11-2-2025 (Rº 4310). Sobre la materia con específica relación con el seguimiento de las bajas por incapacidad, véase, LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E.: *“El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales”*, en (AAVV): *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Wolters Kluwer, 2020, particularmente pág. 24 y ss. Y en la misma obra, un análisis sobre la prueba procesal consistente en el informe de detectives, GIL PLANA, J.: *“Las vicisitudes probatorias del informe de detectives”*, pág. 311 y ss.

14 Cfr. SSTS 19-2-2020 (Rº 3943/2017); 25-5-2023 (Rº 2339/2022); 12-9-2023 (Rº 2261/2022); 7-5-2025 (Rº 2124/2024).

15 Cfr., al respecto, AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit., pág. 65 y ss.; GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 11 y ss.

16 Cfr., literalmente o con consideraciones similares, entre otras, SSTS 10-5-1983; 7-12-1984; 28-5-1985; 11-6-1985; 30-9-1985; 24-4-1986; 30-4-1986; 29-9-1986; 3-2-1987; 28-6-1988; 18-12-1990.

17 Cfr., entre otras, SSTS 10-5-1983, 9-5-1984; 9-2-1985; 28-5-1985; 31-10-1985; 3-12-1985; 24-4-1986; 30-4-1986; 12-7-1990.

liares<sup>18</sup>; pero también en el caso de actividades lúdicas, de recreo o más propias de la vida social<sup>19</sup>. Y, en la generalidad de los casos, se llegaba tal conclusión sin o con escasas consideraciones sobre el tipo de dolencia diagnosticada, el tratamiento médicaamente prescrito, así como sin demasiados pormenores en torno a la ocupación laboral habitual del trabajador y las características de la actividad desarrollada durante la incapacidad temporal. Por ello, la crítica a estos posicionamientos, advertida también en otras decisiones judiciales de aquella misma época, venía a incidir en que resultaba desproporcionado y simplista, a efectos de justificar el despido disciplinario, tratar a todas las dolencias por igual, presumir que siempre se requiere un reposo prácticamente absoluto y considerar, por ende, que cualquier actividad desarrollada durante la IT puede resultar contraproducente<sup>20</sup>.

Los aludidos planteamientos rigurosos se pueden considerar, en buena medida, superados, a la luz de la vigente doctrina judicial. Aunque algunas de las tradicionales máximas jurisprudenciales se sigan reproduciendo en sentencias de suplicación recientes<sup>21</sup>, resulta difícil identificar resoluciones en que se lleve a cabo una valoración judicial que suponga una objetivación tan rígida y llena de automatismo como la que se colegía de aquella jurisprudencia. Generalmente, la calificación del despido se acomete a través de una enfoque más contextualizado y flexible en la línea de lo que se señalará en el epígrafe 3 subsiguiente.

## **2.1. ¿Pueden los convenios colectivos tipificar la realización de cualquier trabajo como falta sancionable con el despido?**

Con todo, en ciertos supuestos un planteamiento riguroso se mantiene como consecuencia de que en algunos convenios colectivos se vienen recogiendo regímenes de faltas y sanciones en que se tipifica como incumplimiento muy grave, sancionable

18 Cfr., entre otras, SSTS 14-11-1984; 14-3-1985; 11-6-1985; 31-5-1986; 22-12-1986; 5-10-1988, 28-6-1988.

19 Cfr., por ejemplo, SSTS 7-12-1984 —trabajador que atiende una pequeña huerta y dispara con escopeta de caza—; 16-7-1985 —trabajador que actúa como batería de una orquesta—; 30-9-1985 —trabajador que realiza vida normal, entrando y saliendo de casa, conduciendo y acudiendo al bar a jugar a cartas—; 29-9-1986 —trabajador que se va de caza—; 22-10-1986 —trabajador que trasnocha en bares, ingiriendo bebidas alcohólicas—; 3-2-1987 —trabajador que se dedica a actividades propagandísticas religiosas—; 3-7-1987 —trabajador que visita bares y otros sitios de recreo—. En la doctrina, destacando que esta jurisprudencia venía a legitimar el despido por actos propios de la esfera privada e incluso normales de la vida diaria, en tanto que demostrativas de una vida "activa" incompatible con procurar una pronta recuperación, GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 12.

20 Cfr., en esta línea, AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit., págs. 69, 72 y 76; GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 14. Y en este sentido, entre las primeras sentencias discrepantes de la época, resulta, por ejemplo, ilustrativa la STS 21-3-1984, que entendió que para valorar la conducta del trabajador había que tener en cuenta la naturaleza de la actividad desarrollada y la enfermedad de la que estaba aquejado, consistente en una depresión, que no exigía un reposo físico absoluto, por lo que se entendió que no cabía declarar justificado el despido por el hecho de que el trabajador hubiera realizado trabajos físicos en un huerto de su propiedad.

21 Por ejemplo, SSTSJ Canarias 22-2-2024 (Rº 625/2023); Cataluña 28-4-2025 (Rº 4341/2024); Murcia 8-4-2025 (Rº 81/2025).

con el despido, la realización de cualquier trabajo durante la incapacidad temporal, sin matización alguna al respecto<sup>22</sup>. Ello viene dando lugar a criterios contradictorios en la doctrina de suplicación, pues en algunos supuestos se califica de procedente el despido, atendiendo principalmente a lo dispuesto en la norma convencional y con alusiones que dan por legítima la capacidad que tienen los negociadores para concretar y describir de forma rigurosa este tipo de faltas disciplinarias<sup>23</sup>; mientras que en otros casos se rechaza un enjuiciamiento basado en una lectura literal del precepto convencional, con referencias a la jurisprudencia —véase *infra* 3— que pone el acento en que no toda actividad desarrollada durante la incapacidad puede ser sancionable con el despido, debiendo realizarse una valoración necesariamente caustica de las circunstancias concurrentes<sup>24</sup>.

El TS ha desaprovechado, a mi modo de ver, alguna buena ocasión para pronunciarse sobre esta contradicción, dictando doctrina unificada<sup>25</sup>. Ello contrasta con otros casos recientes en que, aplicando un criterio de admisión menos rígido, se ha entrado a conocer de recursos de unificación de doctrina en supuestos en que también se trataba de analizar los contornos del despido disciplinario por quebrantamiento de la buena fe contractual considerando la tipificación de faltas y sanciones previstas en la norma convencional aplicable<sup>26</sup>. Y, por dejar apuntadas pautas que tal vez puedan servir de orientación para la cuestión aquí planteada, nótese que el TS ha declarado recientemente *“que la negociación colectiva puede incluir, entre las faltas laborales muy graves que justifiquen el despido disciplinario, tanto comportamientos concretos que constituyan especificación de los incumplimientos contractuales genéricos establecidos en el artículo 54.2 ET como otras conductas de la persona trabajadora no recogidas en dicho precepto”*. Y, más específicamente, respecto a la causa de transgresión de la buena fe y el concreto asunto enjuiciado, se ha concluido que la negociación colectiva puede tipificar que constituye infracción disciplinaria

22 Cfr., por ejemplo, art. 40.9 del VI Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de la hostelería; art. 65 d) del IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal.

23 Cfr. SSTSJ Galicia 15-10-2012 (Rº 3320/2012); Castilla-La Mancha 13-1-2023 (Rº 1921/2022).

24 Cfr. SSTSJ Canarias 10-7-2017 (Rº 726/2017); Comunidad Valenciana 29-3-2022 (Rº 3662/2021). Navarra 10-3-2022 (Rº 97/2022); Andalucía 2-5-2024 (Rº 1303/2023).

25 Véase la STS 6-5-2020 (Rº 277/2020), sobre un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que, según la propia STS, el objeto consistía en *“determinar si la realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal, fueren cuales fueren las mismas (...) debe considerarse falta muy grave en aplicación literal del convenio aplicable”*. La propia STS señala que en los dos casos contrastados se trataba de trabajadores despedidos al amparo de normas convencionales idénticas y que, también en ambos casos, las sentencias declararon la inexistencia de prueba sobre que las actividades resultasen contraindicadas con la situación de IT, pero en un caso se declaró la improcedencia y en otra la procedencia. Pese a todo lo anterior, la citada STS acabó concluyendo, a mi juicio muy rigurosamente, no concurrente la necesaria contradicción, destacando que la sentencia que declaró la improcedencia lo hizo sin considerar los efectos jurídicos de la norma convencional. En ello residía precisamente, a mi modo de ver, la contradicción a resolver.

26 Cfr. SSTS 2-11-2022 (Rº 2513/2021); 21-2-2023 (Rº 3723/2021); 17-10-2023 (Rº 5073/2022); 9-1-2024 (Rº 3852/2022); 15-10-2024 (Rº 4484/2023); 16-1-2025 (Rº 1275/2023).

muy grave, sancionable con el despido, la apropiación de artículos de la empresa, “con independencia del valor de lo sustraído”, pues “una vez detectada esa conducta, difícilmente puede sostenerse que no se haya quebrado la confianza que la empresa deposita en la trabajadora”<sup>27</sup>.

### 3. TENDENCIAS MÁS O MENOS FLEXIBILIZADORAS

Según la otra línea tendencia, advertida también en la jurisprudencia de los años ochenta<sup>28</sup>, la caracterización legal de las causas del despido disciplinario, como incumplimiento contractual grave y culpable (art. 54.1 ET), comportaría que “no toda actividad durante la situación de incapacidad (...) puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, (...) a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidenciar la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa”<sup>29</sup>.

Esta postura seguramente puede considerarse el modo en que se sintetiza la aplicación de la denominada doctrina gradualista en este supuesto concreto de causa de despido disciplinario<sup>30</sup>; tesis gradualistas que no han estado, sin embargo, exentas históricamente de posturas poco uniformes e incertidumbres aplicativas, particularmente en el caso de la causa relativa a la transgresión de la buena fe contractual<sup>31</sup>, toda vez que, entre otras cuestiones, en la pérdida de confianza, por su propia naturaleza, podría resultar complejo admitir grados a efectos disciplinarios<sup>32</sup>. Con todo, a partir de pautas jurisprudenciales relativamente recientes parece confirmarse que también en esta causa de despido, como en todas, “el enjuiciamiento (...) debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción ante la infracción y la sanción y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto”<sup>33</sup>. Ello es, en esencia y a la postre, lo abogado ya por una vieja juris-

27 Cfr. STS 17-10-2023 (Rº 5073/2022). En igual sentido, STS 15-10-2024 (Rº 4484/2023).

28 De ahí que se haya hablado de dos tendencias jurisprudenciales concurrentes en el tiempo, AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit., pág. 65.

29 Cfr., literalmente o con consideraciones en la misma línea, entre otras, SSTS 29-1-1987; 3-4-1987; 7-7-1987; 26-1-1988; 22-9-1988; 24-7-1990.

30 Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit., pág. 74. En esta línea, en la doctrina judicial reciente, relacionando la aplicación de doctrina gradualista con la necesidad de valorar en cada caso concreto factores tales como el motivo de la baja, el tratamiento recuperador y el tipo de actividad desarrollado durante la IT, entre otras, SSTSJ Andalucía 21-10-2021 (Rº 1070/2021); Andalucía 7-6-2023 (Rº 2673/2021); Cataluña 8-5-2024 (Rº 707/2024); País Vasco 2-7-2024 (Rº 1409/2024).

31 Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit. págs. 42 y ss., 52 y ss., 63, 68 y ss., 74, 75, 85 y ss.

32 Cfr. AGUILERA IZQUIERDO, R., op. cit., pág. 42 y 43 y jurisprudencia allí citada. Idea que, sin necesidad de comportar un criterio de valoración extremadamente rígido, sigue reflejándose en algunas sentencias recientes de suplicación relativas a la realización de actividades durante la IT. Cfr., entre otras, SSTSJ Andalucía 19-11-2020 (Rº 1239/2020); Murcia 25-5-2021 (Rº 51/2021); Andalucía 21-10-2021 (Rº 1070/2021); Cataluña 24-3-2021 (Rº 4982/2020); Cataluña 3-5-2024 (Rº 454/2024); Canarias 13-11-2024 (Rº 1517/2024).

33 STS 19-7-2010 (Rº 2643/2010).

prudencia que, en relación al despido disciplinario por la realización de actividades durante la IT, subrayaba que *"lo que nunca ha hecho la Sala en su doctrina ha sido objetivar ninguna causa de despido, sino mantener siempre que cada caso, específicamente, ha de ser tratado y resuelto según sus particulares circunstancias y con atención especial al factor humano, que es de la máxima importancia"*<sup>34</sup>.

Una postura que, ciertamente, no supone un giro radical en cuanto al reproche disciplinario que merecen las conductas del trabajador incompatibles con su situación de absentista por incapacidad temporal, pero que se revela como más atemperada y flexible, poniendo en el acento en la necesidad de un análisis más detallado de cada supuesto concreto<sup>35</sup>. Y este es el enfoque que, aunque no privado de mayores o menores matices, cabe considerar como predominante en la abultada doctrina judicial que se viene dictando sobre el particular. A la luz de aquellas pautas jurisprudenciales, se insiste en que para determinar si las actividades realizadas suponen una trasgresión de la buena fe contractual resulta fundamental tener en cuenta el diagnóstico de la incapacidad y los requerimientos psicofísicos necesarios para la actividad llevada a cabo durante la IT, pudiendo tal valoración llegar a diversas conclusiones, varias de las cuales pueden, en todo caso, considerarse contrarias a dicha buena fe, bien por evidenciarse una simulación del proceso patológico, bien por ser la actividad desarrollada indicativa de que el trabajador podría prestar su trabajo o, en fin, ser susceptible de impedir o retrasar su recuperación, alargando la incapacidad<sup>36</sup>.

### **3.1. Las características de la dolencia y de la actividad realizada**

Desde esta perspectiva, se comprende que un parámetro usual de valoración judicial se manifieste a través de referencias al esfuerzo, exigencias o cargas físicas o psicológicas de la actividad realizada durante incapacidad, puestas en relación con las características de la enfermedad diagnosticada y, también a menudo, con las exigencias propias de la ocupación laboral del trabajador<sup>37</sup>. En este sentido, la procedencia del despido es la calificación más habitual en aquellos casos en que se considera acreditado que el trabajador, con dolencias del sistema músculo-esquelético, realiza actividades que, aunque lúdicas o de su esfera personal, se revelan igual o más exigentes que las derivadas de su prestación laboral y, por tanto, cuando menos, indicativas de su capacidad laboral y/o comprometedoras de su recuperación, como ocurre en buen número de supuestos relacionados con actividades deportivas

34 Cfr. SSTS 4-10-1985 y 15-7-1986.

35 Cfr. GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 14.

36 Cfr., en esta línea en la doctrina judicial reciente, entre otras, SSTSJ Aragón 14-12-2020 (Rº 561/2020); Cataluña 10-2-2021 (Rº 4867/2020); Cantabria 10-6-2022 (Rº 377/2022); Andalucía 14-12-2022 (Rº 872/2021); Madrid 22-6-2022 (Rº 370/2022); Andalucía 7-6-2023 (Rº 2673/2021); Cataluña 13-2-2024 (Rº 4955/2023); Castilla y León 17-6-2024 (Rº 1066/2024); Cataluña 18-2-2025 (Rº 4184/2024); Galicia 14-3-2025 (Rº 6177/2024).

37 Cfr., en esta misma línea, GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 15.

u otras con notable carga física<sup>38</sup>. Tal sería el caso, por ejemplo, del trabajador que presta servicios como gestor, sin exigencias de esfuerzo físico, y que durante la IT por cervicalgia conduce largos trayectos y realiza ciclismo<sup>39</sup>; o del trabajador que, con una lesión de hombro y siendo pastelero, se dedica durante la IT a tareas de albañilería en su domicilio<sup>40</sup>.

En cambio, siguiendo semejantes patrones de valoración, se tiende a considerar injustificado el despido cuando, a la luz de las características de las actividades imputadas como un incumplimiento, generalmente más bien propias de la vida ordinaria, social o lúdica, las mismas no pueden reputarse igual de exigentes que el desarrollo de la prestación laboral. A modo de ejemplo, el trabajador que, ocupado físicamente en el sector de la construcción y con patología traumatológica, realiza actividades tales como pasear, portando un carrito de bebé<sup>41</sup>. O el trabajador que, teniendo como ocupación la de conductor de autobús urbano y en incapacidad temporal por cervicalgia, conduce un trayecto inferior a dos horas y realiza ciertos movimientos bañándose en la playa<sup>42</sup>. Las valoraciones en este sentido se acompañan con cierta frecuencia de consideraciones en la línea de que las actividades realizadas no estaban claramente contraindicadas médicaamente<sup>43</sup>.

Algo similar se aprecia, aunque tal vez con matices de mayor rigurosidad a la hora de enjuiciar la transgresión de la buena fe contractual, en otras decisiones judiciales que se refieren a la realización de ciertas actividades laborales o profesionales. La procedencia del despido se tiende a considerar obvia al quedar acreditado que, durante las ausencias por incapacidad, el trabajador desarrolla, incluso pese a que

38 En la jurisprudencia antigua, véase, por ejemplo, SSTS 14-7-1986 y 4-10-1988 –trabajadores, con lumbalgia crónica o problemas de rodilla, que juegan partidos intensos de frontenis–; 21-2-1989 –trabajador, con rotura de bíceps, que realiza labores agrícolas–. En la doctrina judicial reciente, entre otras, SSTSJ Islas Baleares 21-2-2025 (Rº 534/2024) –trabajador, con artrosis de cadera, que practicó, con frecuencia semanal, partidos de paddle–; País Vasco 2-7-2024 (Rº 1409/2024) –trabajador, con dolencias en un brazo, que realiza regularmente equitación a nivel profesional–; Asturias 20-5-2025 (Rº 2762/2024) –trabajador, con dolencia de menisco, que participa reiteradamente en actuaciones musicales, realizando movimientos varios y bailando–; Castilla y León 23-5-2025 (Rº 890/2025) –trabajador, con problema de menisco, que realiza exigentes actividades de mantenimiento de su vivienda–. Otras resoluciones de distintos TSJ en la misma línea que las anteriores, por ejemplo, SSTSJ Andalucía 19-11-2020 (Rº 1239/2020); Aragón 14-12-2020 (Rº 561/2020); Galicia 29-7-2021 (Rº 2380/2021); Aragón 21-11-2021 (Rº 813/2022); Galicia 15-11-2022 (Rº 3757/2022); Extremadura 29-3-2023 (Rº 893/2022); Murcia 3-5-2023 (Rº 999/2022); Castilla-La Mancha 18-12-2023 (Rº 895/2023); Castilla y León 17-6-2024 (Rº 1066/2024); Canarias 25-7-2024 (Rº 714/2024).

39 STSJ Cataluña 11-2-2025 (Rº 4310/2024).

40 STSJ Canarias 22-2-2024 (Rº 625/2023).

41 STSJ Cataluña 20-3-2023 (Rº 6893/2022).

42 STSJ Andalucía 13-12-2023 (Rº 2829/2023). Similamente, en la jurisprudencia antigua, STS 24-7-1990; y, en la doctrina judicial reciente, entre otras, SSTSJ Castilla-La Mancha 23-7-2021 (Rº 962/2021); SSTSJ Extremadura 11-1-2022 (Rº 730/2021); Cataluña 1-2-2022 (Rº 6237/2021); Andalucía 31-3-2022 (Rº 2247/2020).

43 Cfr. en esta línea, por ejemplo, SSTSJ Extremadura 21-9-2020 (Rº 629/ 2019); Cataluña 4-2-2021 (Rº 4933/2020); Madrid 7-2-2022 (Rº 937/2021); Canarias 23-9-2022 (Rº 339/2022); Castilla y León 3-2-2025 (Rº 3139/2024).

la prueba se refiera a momentos bastante concretos, el mismo o muy similar tipo de actividad que presta para la empresa<sup>44</sup>; pero también cuando se realizan otras actividades por cuenta ajena o propia que se juzgan con exigencias, cuando menos, análogas y/o de características que se valoran como incompatibles con la dolencia diagnosticada. Así se entendió, por ejemplo, al resultar probado que un trabajador, empleado por una empresa en tareas de limpieza y aquejado de un problema de rodilla, acudió durante la IT, al menos siete días, a los locales del negocio hostelero que regenta, permaneciendo de pie, dando instrucciones a los empleados y atendiendo a clientes<sup>45</sup>. O cuando un trabajador, ocupado en el servicio de atención al usuario en una empresa pública y en IT con diagnóstico de lumbalgia, realizó, durante, al menos, tres días, tareas propias de corredor de seguros<sup>46</sup>. A este respecto, algunas decisiones judiciales se apoyan en la “Guía de Valoración Profesional”, publicada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social<sup>47</sup>, que estima la carga y exigencias medias que requieren las diversas ocupaciones<sup>48</sup>.

En diverso sentido, pero no de forma incongruente con el mismo enfoque valorativo, se ha considerado, a modo de ejemplo, improcedente el despido de un trabajador, en IT por patología en el codo y ocupado habitualmente en tareas físicas de logística en un supermercado, que colabora puntualmente en el negocio comercial de su esposa, pero sin prueba alguna de la ejecución una actividad igual o más exigente, que implicase coger pesos o movimientos repetitivos y que, por tanto, pudiera entenderse incompatible con dicha patología<sup>49</sup>.

44 En esta línea, en la jurisprudencia antigua, STS 23-7-1990. Y en la doctrina judicial reciente, por ejemplo, SSTSJ Andalucía 1-7-2020 (Rº 241/2020); Cataluña 17-2-2021 (Rº 4177/2020); Galicia 10-11-2021 (Rº 4226/2021); Canarias 26-4-2022 (Rº 972/2021); Madrid 4-10-2023 (Rº 102/2023); Castilla-La Mancha 15-2-2024 (Rº 26/2024); Canarias 11-4-2024 (Rº 869/2023); Cataluña 8-5-2024 (Rº 707/2024); Andalucía 31-10-2024 (Rº 3128/2024); Galicia 14-3-2025 (Rº 6177/2024).

45 STSJ Murcia 30-4-2024 (Rº 791/2023). En esta misma línea, en la jurisprudencia antigua, por ejemplo, STS 3-4-1987 y 7-7-1987. Y en la doctrina judicial reciente, entre otras, SSTSJ Cataluña 6-4-2021 (Rº 5127/2020) —peón en una empresa dedicada a la fabricación de productos alimenticios, en IT por dolencias en el hombro, que durante la incapacidad presta servicios por cuenta ajena como camero—; Cantabria 25-10-2021 (Rº 619/2021) —trabajador, soldador y con patología de rodilla, que durante la IT, al menos dos días, presta servicios como mecánico de vehículos—; Islas Baleares 26-10-2022 (Rº 239/2022); —trabajador que presta servicios como auxiliar técnico en el ámbito ganadero y que, durante la IT por fascitis plantar, se dedica a trabajos agrícolas de conducción de un tractor—; Cataluña 13-2-2024 (Rº 4955/2023) —trabajador, operario en una fábrica de materiales de vehículos, que, durante la baja, por síndrome del túnel carpiano, se ocupa de tareas varias propias del negocio hostelero de su compañera sentimental—. Para otras sentencias con la misma orientación, véase, por ejemplo, SSTSJ Galicia 27-4-2020 (Rº 62/2020); Andalucía 29-6-2020 (Rº 237/2019); Cataluña 24-3-2021 (Rº 4982/2020); Canarias 12-7-2022 (Rº 112/2022); Murcia 18-10-2022 (Rº 154/2022); Murcia 20-6-2023 (Rº 1270/2022).

46 STSJ Cataluña 28-4-2025 (Rº 4341/2024).

47 Disponible en: [https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA\\_VALORACION\\_PROFESIONAL\\_2014\\_reduc.pdf?MOD=AJPERES&CVID](https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/661ab039-b938-4e50-8639-49925df2e6bf/GUIA_VALORACION_PROFESIONAL_2014_reduc.pdf?MOD=AJPERES&CVID).

48 Cfr., entre otras, SSTSJ Cataluña 6-4-2021 (Rº 5127/2020); Canarias 22-2-2024 (Rº 625/2023); Andalucía 25-4-2024 (Rº 1169/2023); Cataluña 18-2-2025 (Rº 4184/2024).

49 STSJ Canarias 12-9-2024 (Rº 829/2024). En la misma línea, SSTSJ La Rioja 3-6-2021 (Rº 73/2021) y Comunidad Valenciana 29-3-2022 (Rº 3662/2021).

La pauta valorativa que apunta a un cierto cotejo entre las exigencias de la ocupación laboral y las de las actividades desarrolladas durante la IT también se observa cuando la patología es de carácter psicológico –supuesto de notable y creciente incidencia, junto con ciertas dolencias músculo-esqueléticas<sup>50</sup>–, sin perjuicio de que en estos casos la valoración se pueda tornar todavía más compleja, dada la particular morfología de estas patologías. De un significativo número de supuestos resueltos por la doctrina judicial reciente, se colige que, si hay factores o cargas psicológicas presentes en la actividad laboral y en la actividad considerada incompatible por la empresa que se pueden valorar, cuando menos, como equiparables –v.gr. actividades que requieren atención al público o un grado de concentración semejante–, la procedencia del despido resulta difícil de objetar<sup>51</sup>. Así, en esta línea, se ha considerado justificado el despido, argumentando que si una trabajadora, aquejada de agorafobia, estaba capacitada para presentar la autoría de un libro en público y participar en otros eventos con finalidad promocional y lucrativa, también lo estaría para desarrollar su actividad laboral como dependiente en un comercio<sup>52</sup>.

- 50 Así, en los análisis elaborados por la Mutua Umivale Activa y el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, sobre la evolución del absentismo por incapacidad temporal en el periodo 2018-2013, se puede leer: *“En conjunto, estas dos patologías más difícilmente objetivables, algias (cervicalgias, lumbalgias, etc.) y salud mental, ya representan el 51,1% de los días de baja de los asalariados del Régimen General (...)”, dos tercios del aumento en el indicador de absentismo entre 2018 y 2023 corresponden a estas dos patologías. En el caso del Régimen General, el aumento total ha sido de 1,5 puntos porcentuales (del 4,1% al 5,6%, un incremento del 36%) y cada una de esas patologías ha contribuido de modo similar (0,51 puntos por algias y 0,48 puntos por salud mental), explicando el 68% del incremento*. Véase la nota publicada al respecto en: [https://umivaleactiva.es/dam/umivale-activa/absentismo-y-competitividad/notas\\_breves\\_umivale\\_activa\\_IVIE\\_6.pdf](https://umivaleactiva.es/dam/umivale-activa/absentismo-y-competitividad/notas_breves_umivale_activa_IVIE_6.pdf)
- 51 Cfr., entre otras, SSTJ Cantabria 19-10-2020 (Rº 457/2020) –trabajadora que presta servicios de limpieza y que, durante la IT por trastorno de ansiedad, trabaja en el bar que regenta su marido, realizando tareas de cocina, limpieza, sirviendo comidas y bebidas, etc.–; Andalucía 21-10-2021 (Rº 1070/2021) –trabajador, que realiza tareas administrativas y docentes para un centro formativo, y que durante la IT, por dolencia de ansiedad severa, participa como ponente en congresos internacionales–; Cataluña 14-12-2021 (Rº 1744/2021) –trabajadora, con responsabilidades administrativas, que durante la IT por depresión, actúa profesionalmente como actriz teatral–; Canarias 6-7-2023 (Rº 1024/2022) –trabajadora, comercial de una empresa aseguradora, que, durante la IT por dolencias psicológicas, se dedica a tareas de atención al público en el negocio familiar–; Comunidad Valenciana 12-12-2024 (Rº 2242/2024) –dependiente de supermercado, con IT por trastorno depresivo, que trabaja en negocio hostelero familiar–; Cataluña 18-2-2025 (Rº 4184/2024) –trabajadora que presta servicios como comercial y que, durante la IT por ansiedad, se dedica a tareas varias en negocio hostelero familiar–; Comunidad Valenciana 11-4-2024 (Rº 3317/2023) –administrativa, en IT por depresión, que durante la IT se publicita como coach nutricional, colabora con una empresa y realiza actividades varias promocionales de la misma en redes sociales–; Canarias 13-11-2024 (Rº 1517/2024) –trabajador dedicado a tareas de limpieza que, estando de IT por patología psíquica, presta servicios por cuenta propia como técnico frigorista–. Otras resoluciones con una orientación similar, por ejemplo, SSTJ Aragón 22-10-2021 (Rº 654/2021); Aragón 29-11-2022 (Rº 854/2022); Andalucía 25-4-2024 (Rº 1169/2023); Andalucía 1-10-2024 (Rº 2085/2023).
- 52 STSJ Cataluña 21-2-2025 (Rº 4453/2024). Diferente es el supuesto y la calificación del despido como improcedente, del trabajador, también con agorafobia, respecto del cual lo único acreditado es que participó en conversaciones sobre un eventual proyecto empresarial en el que podría participar en un futuro, STSJ Cataluña 16-2-2023 (Rº 4894/2022).

No obstante, pero nuevamente de modo, a mi juicio, coherente con lo anterior, se ha calificado como improcedente el despido en otros supuestos en que la carga o complejidad psicológica de la actividad desarrollada durante la IT no se revelaba, ciertamente, como equiparable a la exigida por la ocupación habitual. Por ejemplo, en el caso del trabajador que, siendo encargado de una estación de servicio, gestionando personal, operaciones con proveedores y otras tareas de atención al público, durante la IT, por trastorno de ansiedad, colabora marginalmente en el negocio familiar, realizando tareas como vaciar papeleras o de atención puntual a los clientes<sup>53</sup>.

Por otra parte, junto con una valoración sobre si la carga psicológica exigida podría considerarse más o menos dispar, en la calificación de improcedencia también parece en ocasiones influir el hecho de que la patología psicológica se vincule con el trabajo o ambiente laboral habitual<sup>54</sup>. A este respecto, la cuestión que cabría plantearse es, si para que ello pueda considerarse relevante a efectos de justificar la actividad llevada a cabo durante la IT, puede bastar con una conexión trabajo-patología referenciada médicaamente a partir de lo manifestado por el propio trabajador o debe exigirse que se aduzcan en el propio proceso sobre despido hechos significativos, probados o, cuando menos, no controvertidos, que avalen dicha conexión.

Por lo demás, tanto en el caso de actividades lúdicas o sociales como de otras con una dimensión más laboral o profesional, se detectan resoluciones judiciales contrarias a otorgarle valor exculpante al hecho de que la conducta considerada incompatible se hubiera realizado en un momento avanzado de recuperación del trabajador, toda vez que este tipo de alegaciones, en buena medida, corroborarían la existencia de un incumplimiento contractual consistente en prolongar innecesariamente la situación de incapacidad<sup>55</sup>.

53 STSJ Galicia 20-4-2021 (Rº 696/2021). En una línea similar, en la jurisprudencia antigua, SSTS 29-1-1987 y 18-7-1990. Y en la doctrina judicial reciente, SSTSJ Canarias 30-6-2020 (Rº 221/2020); Castilla-La Mancha 4-2-2022 (Rº 2057/2021); Andalucía 2-5-2024 (Rº 1303/2023); Cataluña 17-9-2024 (Rº 3081/2024); Canarias 30-1-2025 (Rº 1620/2020).

54 Cfr., en esta línea, SSTSJ Canarias 30-6-2020 (Rº 221/2020) –trabajadora, que presta servicios como conductora, que durante la IT, por trastorno de ansiedad relacionado con sus condiciones laborales, actúa puntualmente como camarera–; Comunidad Valenciana 22-9-2020 (Rº 117/2020) –trabajador, prestador de servicios como peón de construcción, que, durante la IT por trastorno de ansiedad que se relaciona con problemas laborales, realiza actividades de instrucción deportiva a niños–; Castilla-La Mancha 14-3-2024 (Rº 244/2024) –trabajadora, operaria de recepción de pedidos, que, durante la IT informada médicaamente como derivada de problemas de clima laboral, se sigue dedicando a tareas lucrativas consistentes en labores de manicura en su domicilio–; Murcia 8-4-2025 –trabajador, con categoría de auditor y funciones de director de operaciones, que durante la IT, por ansiedad relacionada con el ambiente laboral, actúa de forma retribuida como árbitro en un partido de fútbol. Por el contrario, pero coherentemente, considerando justificado el despido por realizar durante la IT una actividad laboral semejante y no quedar acreditado el origen laboral de la patología psíquica invocado por el trabajador, STSJ Cataluña 8-5-2024 (Rº 707/2024). En la doctrina, apuntado que el hecho de que patología se derive del ambiente laboral podría contribuir a considerar admisible la conducta realizada durante la IT, GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 15.

55 Cfr., en esta línea, SSTSJ Cataluña 24-3-2021 (Rº 4982/2020); Andalucía 7-6-2023 (Rº 2673/2021); Islas Baleares 15-7-2024 (Rº 153/2024). Y, con esta misma orientación, en la jurisprudencia antigua, SSTS 26-11-1985 y 26-1-1988. Con todo, también se detecta algún pronunciamiento en sentido con-

### **3.2. ¿Es necesaria la prueba de la simulación de la enfermedad o de que la actividad realizada ha interferido en la recuperación?**

Como se deduce de lo expuesto hasta ahora, los tribunales centran mayoritariamente la atención en las características de la dolencia y de la actividad realizada para declarar su incompatibilidad, sin que en tal valoración y conclusión se suelan admitir argumentaciones o alegaciones de descargo en torno a la inexistencia de prueba concreta sobre la simulación de la enfermedad o sobre los efectos perjudiciales de la conducta del trabajador sobre su recuperación. Frente a alegaciones en esta dirección, se expresan con cierta frecuencia razonamientos judiciales que apuntan a que de la tipificación del quebrantamiento de la buena fe contractual cabe inferir que la simple conducta contraria al espíritu de la ley y del contrato, quebrando la confianza de la relación laboral, aunque sin tales resultados concretos, puede reputarse como un incumplimiento sancionable con el despido<sup>56</sup>.

Con todo, para algunas sentencias de suplicación la inexistencia de una prueba en el sentido apuntado sí que parece determinante a efectos de calificar el despido como improcedente. Así, por ejemplo, en el caso en que se declaró injustificado el despido de un trabajador que, con lesión de muñeca pendiente de cirugía, quedó acreditado que disputó un partido de fútbol, con movimientos y apoyos de la muñeca lesionada, considerándose judicialmente que la empresa no habría cumplido con la carga de probar una simulación o empeoramiento de las lesiones como consecuencia de la actividad realizada; y ello a pesar de reconocerse que el trabajador habría sobrepasado las recomendaciones médicas de hacer actividad física ligera/moderada –vgr. caminar, pasear–, que no pusiera en riesgo la lesión<sup>57</sup>. O, semejantemente, en el caso del trabajador que, en IT por traumatismo de hombro, actuó como guitarrista en un concierto de rock, portando la guitarra en el hombro y realizando energéticos movimientos, valorándose ello en suplicación, revisando la decisión del juzgador de instancia, como prueba insuficiente de una actividad física exigente que hubiera perturbado o demorado la curación del trabajador<sup>58</sup>.

También en la misma línea se pueden reseñar algunos supuestos relativos a actividades de tipo profesional o intelectual. Tal sería el supuesto relativo a una trabajadora, con funciones de comercial, realizando visitas para captar clientes o atenderles, que, durante la IT con orientaciones diagnósticas psíquicas y físicas diversas y poco claras, asistió, al menos, a cinco eventos, exigiendo algunos de ellos despla-

trario, apoyándose en el informe médico que declaró que en el momento de los hechos imputados el trabajador estaba muy recuperado, solicitando voluntariamente el alta médica tan sólo dos días después, STSJ Cataluña 16-10-2024 (Rº 2194/2024).

56 Cfr., en esta línea, entre otras, SSTJ Andalucía 1-7-2020 (Rº 241/2020); Cantabria 19-10-2020 (Rº 457/2020); Andalucía 19-11-2020 (Rº 1239/2020); Cataluña 2-12-2022 (Rº 4985/2022); Cataluña 15-1-2024 (Rº 3701/2023); País Vasco 2-7-2024 (Rº 1409/2024); Comunidad Valenciana 12-12-2024 (Rº 2242/2024).

57 STSJ Cataluña 21-2-2022 (Rº 5003/2021).

58 STSJ País Vasco 6-2-2024 (Rº 2304/2023).

zamientos desde Barcelona a Madrid y a Marbella, relacionados con la promoción de los productos de una entidad, respecto de la cual quedó, asimismo, acreditado que la trabajadora constaba como administradora y directora, habiendo realizado en este sentido diversas actividades —llamadas, correos electrónicos e incluso una reunión— para gestionar las consultas formuladas por el detective contratado por la empresa. Siendo estos, en esencia, los hechos declarados probados, el razonamiento judicial descansa fundamentalmente en no considerar acreditado que la actividad de la trabajadora interfiriera en su recuperación o fuera “sumamente” (sic) expresiva de una simulación<sup>59</sup>. Y, en este mismo punto, da la impresión que cabe aludir también al criterio adoptado en otra sentencia de suplicación, revocando la de instancia, en el supuesto en que una trabajadora, dedicada a tareas administrativas y en IT, con diversos diagnósticos y riguroso tratamiento farmacológico, refiriendo la propia trabajadora astenia, cursó un máster que implicó, sólo de horas presenciales, una ocupación media semanal de 30 horas durante 9 meses, señalándose judicialmente “que no consta que el cursar tal master haya entorpecido o dificultado su recuperación ni consta tampoco que la IT y su alcance incapacitante no concurrieran realmente”<sup>60</sup>.

A mi modo de ver, sin perjuicio de que es el insoslayable análisis de los específicos hechos concurrentes el que permite una valoración más ajustada de cada caso, desde una perspectiva general es la primera de las orientaciones la que parece más fundada y razonable. Desde el punto de vista conceptual, ya se ha apuntado que cabe identificar la transgresión de la buena fe contractual, a efectos del despido disciplinario, con una conducta que, aunque pueda estar conectada al ejercicio de un derecho o facultad, cause “lesión o riesgo” para los intereses de la otra parte, quebrando la confianza de la relación laboral<sup>61</sup>. Y, seguramente por ello, de la jurisprudencia que estableció como obligada pauta un examen individualizado de las circunstancias concurrentes para valorar la gravedad de las conductas realizadas durante la incapacidad, no parecía desprenderse la carga empresarial de una prueba exacerbada como a la que apunta la doctrina judicial recién reseñada, sino que el foco de valoración se centró más bien en, si por las características de la probada conducta del trabajador, la misma era “susceptible” de perturbar su recuperación o evidenciar su aptitud laboral<sup>62</sup>.

59 STSJ Cataluña 13-2-2020 (Rº 6099/2019). Similarmente, el caso de una trabajadora, con funciones comerciales y administrativas en un negocio de servicios de telecomunicaciones, que, durante la IT por cervicalgia, firma un contrato como comercial autónoma de una empresa de cuidados de belleza, con la prueba, además, de que realizó la gestión de varios pedidos y acudió físicamente en varias ocasiones a eventos y reuniones de trabajo. Tales hechos fueron valorados judicialmente como actos más propios de la vida personal ordinaria que no revelan un perjuicio su curación o una capacidad laboral simuladora de la incapacidad, STSJ País Vasco 4-6-2024 (Rº 1220/2024).

60 STSJ País Vasco 26-1-2021 (Rº 1642/2019).

61 Cfr., de nuevo, la STS 19-7-2010 (Rº 2643/2010).

62 Y, en este sentido, fueron seguramente las pautas valorativas apuntadas, focalizadas en las características de la dolencia y de la actividad del trabajador, sin alusiones a la acreditación de una simulación de la enfermedad o un agravamiento de la misma, las que, por ejemplo, llevaron, a la STS 3-4-1987, a calificar de procedente el despido de un trabajador que, en IT por lesión del brazo,

Téngase en cuenta, por otra parte, que la carga probatoria que parece exigírsela a la empresa por sentencias como las reseñadas se puede topar con un problema no menor en esta materia, cual es que la misma no tiene por qué saber antes de la celebración del juicio sobre despido cuál es la dolencia concreta padecida por el trabajador, siendo ello un dato personal especialmente protegido legalmente<sup>63</sup>. De suerte que, seguramente en la mayoría de los casos, la información y prueba disponible se refiere a las características de la actividad desarrollada durante la IT, pero sin poder conocer y aportar datos concretos sobre su incompatibilidad y/o contraindicación con la enfermedad padecida<sup>64</sup>.

Por lo demás, la segunda de las tendencias reseñadas puede plantear algunas dudas en el plano procesal, sobre todo cuando la sentencia de suplicación revise la calificación del despido efectuada en la instancia, pero sin que haya una modificación de hechos probados, ni estimación de motivo alguno relativo a un error evidente en la valoración de la prueba por parte del juzgador de instancia. Es asentado criterio jurisprudencial que, salvo con las apuntadas excepciones, corresponde a dicho juzgador, según se infiere del art. 97.2 LRJS, la facultad privativa de valorar el conjunto de la prueba practicada, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica<sup>65</sup>. Y, muy conectado a ello, la jurisprudencia se muestra reacia a entender que la alusión a la prueba negativa, esto es, la referencia a la inexistencia de prueba que avale una afirmación judicial, sirva para revisar la valoración del juzgador de instancia<sup>66</sup>.

colaboró en el negocio hostelero familiar, considerándose que tareas como el acarreo de botellas y otras análogas no podían considerarse “compatibles con el normal proceso de recuperación”. Pero, en cambio, partiendo de unas mismas premisas valorativas, se declaró, por la STS 29-1-1987, improcedente el despido del trabajador que, durante la IT por depresión, supervisaba el puesto castañas de su esposa y realizaba algunas otras actividades, como ir a comprar el pan o conducir el vehículo de su propiedad; ocupaciones que no se consideraron que entrañaran ningún “peligro” para la curación del trabajador. O, por poner otros ejemplos, semejantes pautas valorativas llevaron, a la STS 26-1-1988, a declarar procedente el despido del trabajador que, en IT por cólico hepático y sin recomendación de precisar reposo domiciliario, se desplaza en coche, unos 60 km y durante tres días consecutivos, para ir jugar a un casino, considerándose ello indicativo de que podría haberse reincorporado también a sus trabajos en oficina y de visita de clientes. Y, en cambio, pero, a mi modo de ver, de forma coherente con los mismos patrones valorativos, la STS 22-9-1988 entendió improcedente el despido de un trabajador, en IT también por cólico nefrítico, en que lo probado es que durante menos de 2 horas permaneció en el interior de los locales de una tercera empresa, no considerándose ello dato indicativo de una simulación de la enfermedad, ni un obstáculo grave para la curación.

63 Cfr. arts. 9 LO 3/2018; 7 Ley 41/2002; 22 Ley 31/1995 y concordantes.

64 Reflexionando en esta línea, LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E., op. cit, pág. 33 y 34.

65 Cfr., entre muchas otras, STSS 24-5-2000; 7-3-2003; 13-7-2010 (Rº 17/2009); 13-5-2019 (Rº 246/2018); 12-7-2023 (Rº 6/2023).

66 Cfr., entre otras, SSTS 21-6-1994 (Rº 3210/1993); 26-7-2013 (Rº 8/2010); 24-11-2015 (Rº 154/2015); 17-12-2019 (Rº 127/2018). A este respecto, en un supuesto de despido disciplinario por realización de actividades durante la IT, ante la alegación de la parte trabajadora relativa a que no se había aportado a los autos ninguna prueba de carácter médico que permitiera deducir que la actividad realizada pudiera contribuir a perjudicar la curación, se señala, por la STSJ Cantabria 11-1-2021 (Rº 715/2020), que no es posible recurrir a la prueba negativa, como tal inadmisible en el proceso laboral.

### 3.3. Las recomendaciones médicas

Desde una perspectiva situada, asimismo, en una valoración *ad hoc* de las circunstancias concurrentes, cobra sentido que en la doctrina judicial sean habituales referencias en torno al seguimiento de las recomendaciones médicas por parte del trabajador<sup>67</sup>. Ello parece lógico como pauta de valoración objetiva de las potenciales consecuencias de la actividad del trabajador sobre su problema de salud, así como en cuanto a la mayor o menor diligencia adoptada por el mismo y, por ende, sobre la culpabilidad exigida en el incumplimiento merecedor del despido disciplinario<sup>68</sup>. Nótese, a este respecto, que de la jurisprudencia cabe inferir que, para que concurra la causa extintiva referente a la transgresión de la buena fe contractual, carece de trascendencia la existencia o no de una voluntad del trabajador de comportarse deslealmente, siendo suficiente la negligente falta grave de ese deber consustancial al contrato de trabajo<sup>69</sup>.

Pues bien, como se apuntaba, la alusión a que las actividades realizadas por el trabajador durante la IT estaban expresamente contempladas en las recomendaciones médicas, o a que no se revelaron como claramente contrarias a las mismas, resulta bastante usual en las resoluciones judiciales que consideran no justificado el despido adoptado invocando la transgresión de la buena fe contractual<sup>70</sup>. Así, por ejemplo, no se consideró justificado el despido de un trabajador al que se le prescribió evitar la sedestación prolongada y los hechos probados únicamente pusieron de manifiesto que había conducido su vehículo durante breves lapsos de tiempo<sup>71</sup>. Asimismo, se

67 Siguiendo una pauta también presente en la antigua jurisprudencia que subrayó la necesidad de una valoración de las circunstancias concurrentes e individualizadora de la conducta del trabajador. Cfr., entre otras, SSTS 19-11-1988 y 16-11-1990.

68 En esta línea, se ha apuntado que no seguir las prescripciones médicas supone una transgresión de la buena fe contractual en tanto que desconocimiento de la diligencia debida por parte del trabajador enfermo. Cfr. GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., *op. cit.*, pág. 10.

69 Cfr., en la jurisprudencia más reciente, STS 19-7-2010 (Rº 2643/2010). Y en relación con la jurisprudencia más antigua, véase AGUILERA IZQUIERDO, R., *op. cit.*, pág. 48. Específicamente, respecto al despido disciplinario por realización de actividades durante la IT, véase, por ejemplo, STS 20-11-1986. Y en la misma línea, en la doctrina judicial reciente, entre otras, SSTSJ Canarias 26-4-2022 (Rº 972/2021) y Andalucía 7-6-2023 (Rº 2673/2021).

70 Cfr., por ejemplo, SSTSJ Comunidad Valenciana 22-9-2020 (Rº 117/2020) —trabajador en IT por trasiego de ansiedad, que realiza actividades al aire libre en un club de kayak a las que se aludía en las propias recomendaciones médicas—; Cataluña 4-2-2021 (Rº 4933/2020) —trabajador que, una vez superada la fase de reposo prescrita y estando en periodo de rehabilitación, realiza actividades del entorno familiar, tales como llevar en coche al hijo al colegio, tirar la basura y pasear el perro—; Andalucía 10-2-2025 (Rº 2254/2024) —trabajador que ocasionalmente se dedica a labores de jardinería a las que se aludía en un informe médico—; Castilla y León 3-2-2025 (Rº 3139/2024) —trabajador con problemas lumbares y con recomendaciones de hacer ejercicios para fortalecer la columna, que realiza actividades de esfuerzo no excesivo, tales como lavar el coche o ir al supermercado—. Para otros pronunciamientos con una orientación semejante, véase, entre otras, SSTJ Extremadura 21-9-2020 (Rº 629/ 2019); Castilla-La Mancha 23-7-2021 (Rº 962/2021); Cataluña 12-3-2021 (Rº 4275/2020); Madrid 7-2-2022 (Rº 937/2021); Extremadura 11-1-2022 (Rº 730/2021); Canarias 13-5-2022 (Rº 1194/2021); Cantabria 10-6-2022 (Rº 377/2022); Castilla-La Mancha 10-2-2023 (Rº 2175/2022); Andalucía 16-5-2024 (Rº 1262/2023); Canarias 30-1-2025 (Rº 1620/2020).

71 STSJ Madrid 6-7-2020 (Rº 277/2020).

calificó como improcedente el despido de un trabajador que, estando de baja por trastorno de ansiedad y habiéndosele indicado como pauta de afrontamiento “*darle espacio a gustos y aficiones*”, actuó tres veces, en un periodo de tres meses, como integrante de un grupo de música<sup>72</sup>. Por el contrario, pero lógicamente, una conducta que se revela como contraria o se deduce como no recomendada por las prescripciones médicas suele comportar la procedencia del despido<sup>73</sup>. Y, en este sentido, se reputó concurrente un incumplimiento de la suficiente entidad en el caso del trabajador que, en situación de incapacidad por fascitis plantar, se dedicó a la práctica del pádel, resultando que existían unas recomendaciones médicas, que ya incluso antes de la situación de IT o ante una eventual reincorporación, indicaban que el trabajador utilizase un calzado especial diferente a las botas de trabajo habituales<sup>74</sup>.

La cuestión, como seguramente ya se podrá haber advertido, es que las recomendaciones pueden ser más expresas o implícitas y/o más específicas o genéricas, por lo que es un dato que en bastantes ocasiones debe valorarse de modo contextualizado a la luz del conjunto de hechos probados. Por ejemplo, la valoración de las posibles recomendaciones existentes no puede obviar en el momento concreto en que las mismas se efectúan<sup>75</sup>; o debe considerar también las contraindicaciones del tratamiento farmacológico prescrito, como ocurre singularmente con la ingesta de alcohol y determinada medicación para patologías psicológicas<sup>76</sup>. Y, en todo caso, en este terreno de las recomendaciones más o menos expresas, de un buen número de sentencias de suplicación se desprende que la inexistencia de recomendaciones de reposo absoluto o las recomendaciones en la línea de hacer actividades propias de la vida ordinaria, o de hacer ciertas actividades pautadas de recuperación, o incluso de “terapia ocupacional”<sup>77</sup>, no amparan conductas con exigencias, cuando menos,

72 STSJ País Vasco 21-2-2025 (Rº 2626/2024). Y, similarmente, STSJ País Vasco 22-1-2025 (Rº 2551/2024).

73 Cfr., entre otras, SSTSJ Islas Baleares 23-4-2020 (Rº 376/2019) —trabajadora con dolencia de muñeca y prescripción de reposo postural que realiza varias actividades de entrenamiento con uso de la muñeca—; Cantabria 23-9-2022 (Rº 646/2022) —trabajador con lumbalgia ciática que, teniendo sólo recomendado hacer natación, realiza ciclismo—; Murcia 18-10-2022 (Rº 154/2022) —trabajador, en IT por infección respiratoria y prescripción de reposo domiciliario, que sale del domicilio para realizar tareas como fotógrafo—. En la misma línea, entre otras, SSTSJ Murcia 25-5-2021 (Rº 51/2021); Islas Baleares 26-10-2022 (Rº 239/2022).

74 STSJ Cataluña 19-3-2025 (Rº 5127/2024).

75 Cfr., considerando procedente el despido, pues ni antes ni después del despido existía recomendación de hacer ejercicios y tan sólo después del despido se le recomienda al trabajador efectuar ciertos ejercicios de musculación, STSJ Cataluña 3-5-2024 (Rº 454/2024).

76 Cfr. SSTSJ Comunidad Valenciana 6-10-2020 (Rº 1372/2020); Madrid 22-6-2022 (Rº 370/2022); Andalucía 10-7-2025 (Rº 2483/2024). No obstante, considerando que el consumo fue tan puntual y moderado que no interfirió en la evolución de la enfermedad, STSJ Cataluña 16-10-2024 (Rº 2194/2024).

77 En este sentido, en su día, el TS consideró en algún caso justificado el comportamiento de un trabajador con depresión, declarando improcedente el despido por concurrir la circunstancia de que el médico de la Seguridad Social que atendía al trabajador había autorizado e incluso recomendado su intervención en un cursillo, como beneficiosa terapia ocupacional, porque al realizarse en distinto ambiente y con un contenido también distinto del de su funciones habituales podía incidir favorablemen-

asimilables a las de la actividad laboral del trabajador<sup>78</sup>. Y, asimismo, las recomendaciones de reposo relativo o, en el caso de dolencias de tipo psicológico, las recomendaciones en la línea de hacer vida social y alimentar los *hobbies*, se han entendido en bastantes casos insuficientes para considerar legítimo el comportamiento del trabajador que se dedica —aunque, de nuevo, la prueba se refiera a momentos más o menos puntuales— a una actividad laboral o con fines lucrativos —o, cuando menos, promocionales—, como, por ejemplo, la gestión de un negocio propio, impartiendo clases de artes marciales y otras tareas de atención al público<sup>79</sup>.

### **3.4. ¿Tiene fundamento un tratamiento menos flexible en el caso de la realización de actividades laborales o profesionales?**

Al hilo de lo anterior y de otras consideraciones precedentes, probablemente sigue siendo, en alguna medida, cierta la observación apuntada por la doctrina de que los tribunales han venido siendo menos permeables a que las tesis flexibilizadoras penetren en el terreno de las actividades laborales o profesionales, considerándose el despido improcedente en supuestos más bien excepcionales de actividades marginales y/o con livianas exigencias físicas o psicológicas<sup>80</sup>. Una orientación que cabe inferirse de un considerable número de pronunciamientos recientes, que, a la hora de declarar la procedencia del despido por incompatibilidad entre la IT y el desarrollo de otra ocupación, se refieren, con mayor o menor énfasis, al ánimo de lucro de la actividad y/o al perjuicio causado no sólo a la empresa, sino también a la Seguridad Social, subrayando así una idea ya presente en la antigua jurisprudencia<sup>81</sup>. Y, de hecho, algu-

te en su estado depresivo, STS 4-10-1985. En la misma dirección, véase también SSTS 21-3-1984 y 15-7-1986.

78 Cfr. en esta línea, entre otras, SSTSJ Andalucía 19-11-2020 (Rº 1239/2020); Canarias 8-6-2022 (Rº 24/2022); Cataluña 2-12-2022 (Rº 4985/2022); Extremadura 29-3-2023 (Rº 893/2022); Andalucía 7-6-2023 (Rº 2673/2021); Canarias 22-2-2024 (Rº 625/2023); Castilla y León 17-6-2024 (Rº 1066/2024); Castilla y León 23-5-2025 (Rº 890/2025).

79 SSTSJ Murcia 11-2-2025 (Rº 782/2014). Con una orientación similar, véase, entre otras, SSTSJ Cataluña 21-2-2025 (Rº 4453/2024) —trabajadora con agorafobia que de dedica a eventos promocionales de un libro de su autoría—; Andalucía 25-4-2024 (Rº 1169/2023) —trabajadora con patología psíquica que se ocupa a jornada completa a la gestión de un negocio comercial propio—. Otras resoluciones en la misma línea que las precedentes, SSTSJ Comunidad Valenciana 6-10-2020 (Rº 1372/2020); Andalucía 1-10-2024 (Rº 2085/2023); Andalucía 21-10-2021 (Rº 1070/2021); Andalucía 29-10-2020 (Rº 753/2020); Aragón 29-11-2022 (Rº 854/2022); Comunidad Valenciana 12-12-2024 (Rº 2242/2024). Y en caso de dolencias físicas, SSTSJ Andalucía 1-7-2020 (Rº 241/2020) —trabajador, con ciática y recomendación de reposo los primeros días, de andar, no más de 20-30 minutos los siguientes días, evitando largos periodos tanto sentado como de pie, que realiza actividades como agente inmobiliario—; Comunidad Valenciana 18-2-2020 (Rº 3140/2019) —trabajador con recomendación de reposo relativo y deportivo, que trabaja en su propio negocio de hostelería—; STSJ Cantabria 11-1-2021 (Rº 715/2020) —trabajadora, con dolor de cóccix y prescripción de reposo relativo, que se dedica a dar masajes de forma retribuida—.

80 GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., pág. 19 y 20.

81 Cfr., en esta línea, entre otras, SSTSJ Andalucía 29-6-2020 (Rº 237/2019); Cantabria 11-1-2021 (Rº 715/2020); Cataluña 10-2-2021 (Rº 4867/2020); Cataluña 24-3-2021 (Rº 4982/2020); Andalucía 21-10-2021 (Rº 1070/2021); Cantabria 25-10-2021 (Rº 619/2021); Murcia 18-10-2022

na doctrina judicial se manifiesta expresamente en el sentido de que la jurisprudencia obrante cabría inferir una mayor rigurosidad respecto a la posible compatibilidad entre IT y actividades laborales<sup>82</sup>.

Frente a ello, la ya citada doctrina formula objeciones en la línea de no considerar justificado este tratamiento más riguroso. Aun siendo cierto que la normativa de Seguridad Social prevé como causa de pérdida o suspensión de la prestación de IT la circunstancia de que *"el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena"* (art. 175.1.b LGSS), se entiende que la consideración del fraude a la Seguridad Social a efectos del despido disciplinario supone, en buena medida, situar la valoración de la transgresión de la buena fe extramuros de la esfera contractual, por ser la incompatibilidad prestación de IT y trabajo lucrativo una cuestión más de índole asegurativa, conectada a la inexistencia de situación de necesidad económica. Y se alude, además, a que la jurisprudencia en materia de Seguridad Social ya habría flexibilizado el rigor de la tradicional regla de incompatibilidad<sup>83</sup>, admitiendo que unas dolencias puedan incapacitar para una actividad profesional pero no para otra y que, por tanto, cabe compatibilizar percibo de la prestación de IT y trabajo en casos de pluriactividad o pluriempleo previo a la situación de IT; lo que se entiende que también sería predicable para los supuestos de una actividad iniciada con posterioridad a la declaración de IT<sup>84</sup>.

Personalmente, no estoy tan seguro de tales objeciones y planteamientos. Si existe una declaración legal expresa de incompatibilidad entre la incapacidad temporal y la realización de trabajos, no parece irrazonable que en los casos de despido disciplinario se haga presente un enfoque de valoración jurídica, que module un prisma más condicionado por el criterio médico a observar cuando se trata de otras actividades de ocio o

(Rº 154/2022); Canarias 6-7-2023 (Rº 1024/2022); Madrid 4-10-2023 (Rº 102/2023); Cataluña 13-2-2024 (Rº 4955/2023); Comunidad Valenciana 11-4-2024 (Rº 3317/2023); Comunidad Valenciana 12-12-2024 (Rº 2242/2024); Murcia 11-2-2025 (Rº 782/2014); Cataluña 18-2-2025 (Rº 4184/2024); Cataluña 28-4-2025 (Rº 4341/2024).

82 Cfr. SSTSJ Madrid 30-3-2023 (Rº 58/2023) y Andalucía 1-10-2024 (Rº 2085/2023).

83 Salvo error u omisión por mi parte, se trata de único pronunciamiento recogido en la STS 19-2-2002 (Rº 2127/2001). Al respecto, entre otros, JOVER RAMIREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 380 y 381; LÓPEZ INSUA, B. M.: "La suspensión de la incapacidad temporal a causa de la realización de trabajos por cuenta propia y ajena: aspectos laborales y de Seguridad Social", Justicia Laboral, Nº 52, 2012, pág. 4 y 5 (versión digital).

84 Este es, en esencia, el planteamiento de GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E., op. cit., págs. 23-25. Y con una postura en la misma línea, invocando el derecho al trabajo ex art. 35 CE, RODRIGUEZ CARDO, I.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2017, pág. 104 y ss. En la doctrina judicial reciente, aludiendo a la jurisprudencia citada en la nota anterior a efectos de considerar improcedente el despido de una trabajadora que, durante la IT, realiza, muy puntualmente y estando previamente en régimen de pluriactividad, una actividad de la misma profesión que la prestada para la empresa, SSTSJ Castilla-La Mancha 4-2-2022 (Rº 2057/2021). Por su parte, citando varios supuestos en que se ha estimado improcedente el despido de quienes hallándose en IT habían continuado trabajando en la actividad que ya venían realizando en régimen de pluriempleo, STSJ País Vasco 26-3-2021 (Rº 1642/2020).

sociales<sup>85</sup>. Además, no sólo es que resulta bastante palmario el carácter taxativo con el que se viene expresando el legislador —incluso tras la aludida jurisprudencia— al declarar la incompatibilidad entre prestación de IT y trabajo por cuenta ajena o propia<sup>86</sup>, sino que parece complejo abogar por una separación tan nítida entre lo que serían cuestiones propias de la Seguridad Social y de la esfera de la relación laboral. Incluso aunque la incompatibilidad legal se asocie a la circunstancia de que el trabajador perciba ingresos durante situación de IT, no parece que lo deducible del conjunto de la normativa en materia de Seguridad Social resulte ajeno al ámbito de las obligaciones recíprocas del contrato de trabajo, habida cuenta tanto de la obligación empresarial de seguir cotizando por el trabajador durante la IT (art. 144.4 LGSS) —cotizaciones que, como todas, está ya previsto que se vayan incrementando como medida para fortalecer la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social<sup>87</sup>—, cuanto de los “pagos directos” y “pagos delegados” de la propia prestación económica de IT a los que queda obligado también el empresario (arts. 102 y 173.1 LGSS). Obligaciones empresariales impuestas por la normativa de Seguridad Social, si bien asumidas directamente frente al trabajador<sup>88</sup>, amén de los posibles “complementos” o “mejoras” de origen convencional y netamente contractuales, pero basadas en una declaración de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal por parte del sistema de Seguridad Social y tomando en consideración que la normativa de dicho sistema contempla unas prestaciones no equivalentes al salario percibido por el trabajador. La yuxtaposición de elementos de Seguridad Social y de obligaciones contractuales parece, por tanto, evidente.

En definitiva, considerando lo anterior, no parece que consideraciones acerca de los fines lucrativos perseguidos por la actividad desarrollada por el trabajador durante su ausencia por IT y sobre el fraude que la misma puede comportar para el sistema de Seguridad Social —entendido en sentido amplio, lo que incluye, desde luego, al empresario, dadas sus variadas e intensas obligaciones implicadas—, aunque sin tener un valor absoluto, resulten impropias a la hora de valorar el posible quebrantamiento de un deber laboral con los perfiles como los que presenta la buena fe contractual. Como se ha señalado en otros momentos, la buena fe limita el ejercicio de los derechos del trabajador para evitar lesión o riesgo de la otra parte, poniéndose el acento en la quiebra de la confianza establecida través de la relación laboral<sup>89</sup>. Caracterización

85 Cfr., en esta línea, las reflexiones de SEPULVEDA GOMEZ, M.: “La realización de actividad de ocio durante la incapacidad temporal como causa de despido disciplinario”, Aranzadi Social, Nº 5, 2012, pág. 3 y ss. (versión digital). Y en la doctrina judicial reciente, con consideraciones que apuntan en esta misma dirección, STSJ Comunidad Valenciana 12-12-2024 (Rº 2242/2024).

86 Cfr., en esta línea, MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, Aranzadi, 2005, pág. 220 y 221.

87 Cfr. art. 127 y Disp. Transitoria 43<sup>a</sup> LGSS, sobre la cotización vinculada al Mecanismo de Equidad Intergeneracional.

88 De hecho, la naturaleza de la figura del “pago directo” resulta una cuestión bastante controvertida, sin que parezca que se pueda concluir que estamos simplemente ante una prestación de Seguridad Social, pues concurren diversos ingredientes propios de las obligaciones contractuales laborales. Al respecto, véase JOVER RAMIREZ, C., op. cit., pág. 110 y ss.

89 Cfr. STS 19-7-2010 (Rº 2643/2010).

que, como también ya se apuntó, se deja sentir en la doctrina jurisprudencial unificada reciente que ha entendido procedente el despido por transgresión de la buena fe, por ejemplo, en el caso de hurtos de productos de la empresa, a pesar de su escaso valor económico<sup>90</sup>; o en el caso del consumo de drogas, sin necesidad de prueba específica de que ello hubiera interferido en las tareas de conducción del trabajador<sup>91</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Aranzadi, 1997.
- AGUILERA IZQUIERDO, R.: "El despido en situación de incapacidad temporal ¿Indicio suficiente de discriminación por razón de enfermedad?", Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social, Nº 8, 2024.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las causas de despido disciplinario en el Tribunal Supremo", en (AAVV): *Las causas del despido disciplinario en la jurisprudencia*, Aranzadi, 2018.
- GIL PLANA, J.: "Las vicisitudes probatorias del informe de detectives", en (AAVV): *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Wolters Kluwer, 2020.
- GOERLICH PESET, J. M. y NORES TORRES, L. E.: "El fraude a la incapacidad temporal como causa de despido", Revista de Información Laboral, Nº 11, 2017.
- GOERLICH PESET, J. M.: "Tratamiento retributivo del absentismo: ¿la última entrada? A propósito de la STS 40/2025, 20 enero", El Foro de Labos: <https://www.elforodelabos.es/2025/02/tratamiento-retributivo-del-absentismo-la-ultima-entrada-a-proposito-de-la-sts-40-2025-20-enero/>
- JOVER RAMÍREZ, C.: *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2006.
- LÓPEZ BALAGUER, M. y TALENS VISCONTI, E.: "El seguimiento de las bajas por IT y por IP en el ámbito privado en la doctrina de los tribunales", en (AAVV): *La actividad de los detectives privados en el ámbito laboral*, Wolters Kluwer, 2020.
- LÓPEZ INSUA, B. M.: "La suspensión de la incapacidad temporal a causa de la realización de trabajos por cuenta propia y ajena: aspectos laborales y de Seguridad Social", Justicia Laboral, Nº 52, 2012.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.; RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: "La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación" Trabajo y Derecho, Nº 110, 2024.

90 Cfr. SSTS 17-10-2023 (Rº 5073/2022) y 15-10-2024 (Rº 4484/2023).

91 Cfr. SSTS 21-2-2023 (Rº 3723/2021) y 9-1-2024 (Rº 3852/2022).

MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, Aranzadi, 2005.

RODRÍGUEZ CARDO, I.: *La incapacidad temporal como causa de extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2017.

SEPULVEDA GÓMEZ, M.: “La realización de actividad de ocio durante la incapacidad temporal como causa de despido disciplinario”, Aranzadi Social, Nº 5, 2012.

# 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 Estado<sup>1</sup>, 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 legislaciones<sup>2</sup>. 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.<sup>a</sup> 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 cuestiones<sup>3</sup>: 1.<sup>a</sup>) La justificación de las ausencias. 2.<sup>a</sup>) El control y seguimiento empresarial de las ausencias legalmente justificadas o no. 3.<sup>a</sup>) El tratamiento retributivo convencional del absentismo laboral justificado e injustificado. 4.<sup>a</sup>) 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 prevista<sup>4</sup>. 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 duración<sup>5</sup>. 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

<sup>5</sup> 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 servicio<sup>6</sup>.

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/1744/2010<sup>7</sup>.

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.<sup>ª</sup>) 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.<sup>ª</sup>) 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 transcrita<sup>8</sup>. 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 tra-

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

jador, y de las que eventualmente puedan haberse negociado<sup>9</sup>. 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 recuperación<sup>10</sup>.

- 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 Mutua<sup>11</sup> 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 estatutario<sup>12</sup>.
- 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 laboral<sup>13</sup>.
- 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 anteriormente<sup>14</sup>. Si la entidad empleadora 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 efecto<sup>15</sup>.

- 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 IT<sup>16</sup>, 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 directa<sup>17</sup>. Recuérdese 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)<sup>18</sup>.
- 7.º) La verificación de que el estado de salud del trabajador no es impedimento 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 STSJ 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 verificarán 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 perdida 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 científica<sup>19</sup>. 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 social<sup>20</sup>.

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.<sup>a</sup> LOPD) y tiene carácter mínimo respecto de la autonomía colectiva (art. 91 LOPD). Finalmente, las DD.FF. 13.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup> 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.<sup>º</sup>) 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 exterior<sup>21</sup>. 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 seguimiento<sup>22</sup>.

- 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 encendaron 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 pública<sup>23</sup>. 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 trabajador<sup>24</sup>.

#### **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 colectiva<sup>25</sup>.

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.<sup>a</sup>, «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 complementos<sup>26</sup>. 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 incompatibilidad<sup>27</sup>.
- 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 CE<sup>28</sup> o el derecho a la huelga, no pueden computarse como faltas laborales de asistencia, disminuyendo la retribución por asistencia del trabajador<sup>29</sup>. 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 embarazo<sup>30</sup>, ni las bajas por paternidad, adopción o acogimiento<sup>31</sup>, ni las ausencias o reducciones de jornada por lactancia<sup>32</sup>. 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 mujeres<sup>33</sup>.

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 disfrutan 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 profesional<sup>34</sup>. 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 parcial<sup>35</sup>. 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 legal<sup>36</sup>. 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 trabajador<sup>37</sup>.

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 plus<sup>38</sup>.

## 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 Administración<sup>39</sup>. 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.<sup>a</sup> 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)<sup>40</sup>. 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 afectadas<sup>41</sup>. 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)<sup>42</sup>.

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 sustituirlo<sup>43</sup>. Las faltas graves serán establecidas por las leyes de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de la Comunidad Autónoma 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]<sup>44</sup>.

- 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]<sup>45</sup>.

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.

## Sobre la revista

**Trabajo y Empresa**, es una Revista Derecho del Trabajo con la que la Editorial Tírant lo Blanch pretende desarrollar un espacio de producción científica con vocación pluralista y, a su vez, con la vista especialmente puesta en el análisis de cuestiones jurídico-laborales de especial interés para la gestión de las empresas.

**Trabajo y Empresa**, es una revista cuatrimestral. De los tres números publicados a lo largo del año, uno tendrá carácter monográfico sobre un tema seleccionado por el equipo editorial y los otros dos números se estructurarán con los siguientes contenidos: *Sección artículos*: se publicarán los trabajos cuya temática y contenido resulte de especial interés para la línea editorial, siguiendo el criterio de los informes de evaluadores externos y del equipo editorial. *Sección jurisprudencial*: se publicarán trabajos que constituyan estudios jurisprudenciales relevantes y/o comentarios a sentencias de particular interés, siguiendo también el criterio de los informes de los evaluadores externos y del equipo editorial. Se publicará, asimismo, una reseña de actualidad jurisprudencial seleccionada y elaborada por el equipo editorial.



# Equipo editorial

El primer compromiso de **Trabajo y Empresa** es con la calidad. Para ello se ha arbitrado un sistema de selección y evaluación de los originales y se ha estructurado un Comité de redacción y un Comité científico de alto nivel. El equipo editorial es el siguiente:

## **Director:**

Francisco Pérez de los Cobos Orihuela  
*Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

## **Secretario de redacción:**

Ángel Jurado Segovia.  
*Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.*

## **Comité de redacción**

María Amparo García Rubio  
*Profesora Titular. Universidad de Valencia.*

Juan Gil Plana.  
*Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Mónica Llano Sánchez  
*Profesora Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

Magdalena Llompart Bennàssar  
*Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Enrique Nores Torres  
*Profesor Titular. Universidad de Valencia.*

Margarita Tarabini-Castellani Aznar.  
*Profesora Titular. Universidad de las Islas Baleares.*

Javier Thibault Aranda  
*Profesor Titular. Universidad Complutense de Madrid.*

## **Comité científico**

Raquel Aguilera Izquierdo

*Catedrática. Universidad Complutense de Madrid.*

Icíar Alzaga Ruiz

*Catedrática. Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

Stefano Bellomo

*Professore Ordinario. Università Sapienza di Roma.*

Ángel Blasco Pellicer

*Catedrático. Universidad de Valencia. Magistrado del Tribunal Supremo.*

Alberto Cámara Botía

*Catedrático. Universidad de Murcia.*

Maria Teresa Carinci

*Professoressa Ordinaria. Università degli studi di Milano.*

María Antonia Castro Argüelles

*Catedrática. Universidad de Oviedo.*

Francisco Javier Gárate Castro

*Catedrático. Universidad de Santiago de Compostela.*

Salvador del Rey Guanter

*Catedrático. Esade Law School.*

Juan García Blasco

*Catedrático. Universidad de Zaragoza.*

Joaquín García Murcia

*Catedrático. Universidad Complutense de Madrid.*

Ignacio García-Perrote Escartín

*Catedrático. Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

*Magistrado del Tribunal Supremo.*

José María Goerlich Peset

*Catedrático. Universidad de Valencia.*

Jesús Lahera Forteza  
Catedrático. *Universidad Complutense de Madrid.*

María Lourdes López Cumbre  
Catedrática. *Universidad de Cantabria.*

Manuel Luque Parra  
Catedrático. *Universidad Pompeu Fabra.*

Jesús Martínez Girón  
Catedrático. *Universidad de A Coruña.*

Jesús Mercader Uguina  
Catedrático. *Universidad Carlos III de Madrid.*

José Luis Monereo Pérez  
Catedrático. *Universidad de Granada.*

Erik Monreal Bringsvaerd  
Catedrático. *Universidad de las Islas Baleares.*

Ana Orellana Cano  
*Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid*  
y Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Rosario Palma Ramalho  
Catedrática. *Universidad de Lisboa.*

Antonio Preteroti. Ordinario  
*Università degli studi di Perugia.*

Margarita Isabel Ramos Quintana  
Catedrática. *Universidad de La Laguna.*

Miguel Rodríguez-Piñero Royo  
Catedrático. *Universidad de Sevilla.*

Remedios Roqueta Buj  
Catedrática. *Universidad de Valencia.*

Carmen Sáez Lara  
Catedrática. *Universidad de Córdoba.*

Carolina San Martín Mazzucconi  
Catedrática. *Universidad Rey Juan Carlos.*

Yolanda Sánchez-Urán Azaña  
Catedrática. *Universidad Complutense de Madrid.*

Wilfredo Sanguineti Raymond  
Catedrático. *Universidad de Salamanca.*

Concepción Rosario Ureste García  
*Magistrada del Tribunal Supremo.*





# **Normas de edición e instrucciones para la remisión de originales**

## **Admisión de originales y sistema de evaluación ciego por pares**

Los originales publicados en la sección artículos y en la sección jurisprudencial serán sometidos al criterio de evaluadores externos, garantizando el anonimato de los autores. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado por el equipo editorial. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta especialmente: i) la idoneidad temática; ii) la calidad y el rigor de los argumentos; iii) la adecuación de la estructura expositiva del texto; iv) las fuentes bibliográficas, jurisprudenciales o de otro tipo.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del equipo editorial, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si éstos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

## **Criterios generales para la presentación y remisión de originales**

Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.

Los originales de los artículos de la sección artículos tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras y los de la sección jurisprudencial una extensión entre 6.000 y 12.000 palabras, en ambos casos con un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático Word.

Al comienzo del texto ha de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los

autores desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo. Los autores harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (teléfono y dirección electrónica).

Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado "Sistema de numeración decimal de capítulos" y se escribirán solo con cifras arábigas (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...)

Todos los artículos deberán ir, asimismo, precedidos de un resumen de en torno a 10 líneas en castellano y en inglés (Abstract). Así como de una lista de cinco o seis palabras clave en castellano y en inglés (key words). El título del artículo también debe escribirse en español y en inglés.

Por lo que se refiere al sistema de citas de bibliografía y jurisprudencia, los trabajos seguirán las siguientes pautas:

Libros: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva), lugar de edición, nombre del editor, páginas (sin las grafías pág. o pp.). Ejemplo: Vives Antón, Tomás (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 55-56.

Capítulos de libro: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (directores, coordinadores, editores, etc., precedidos de en), título del libro (ver arriba), lugar de edición, nombre del editor y páginas sin grafías. Ejemplo: Pérez Pérez, María y Martínez Martínez, Laura (2014): "Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación", en Ramos Ramos, María (coord.): *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid, Teorema, 34-51.

Artículos de revista científica: apellidos y nombre, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares), nombre de la revista (en cursiva), número y/o volumen de la revista y páginas sin grafías. Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): "The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context", *Ratio Juris*, 28, 1-14.

En cuanto a la cita de decisiones judiciales, se seguirán los siguientes ejemplos: STC 136/2001, 18 junio 2001, STS 28 noviembre 2017 (Rº 2868/2015); STSJ Andalucía 22 marzo 2018 (Rº 2362/2017); SJS nº 1 Tortosa 27 junio 2017 (Procedimiento nº 473/2016); STJUE diciembre 2016 (asunto C395/15, Daoudi); STEDH 12 enero 2016 (Nº 61496/08, Barbulescu contra Rumania).

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección

**[trabajoempresa.revista@gmail.com](mailto:trabajoempresa.revista@gmail.com)**

Los autores deben remitir dos archivos diferenciados del original. La diferencia es que uno deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al evaluador conocer su autoría.



## Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para  
**mejorar el día a día**  
del **operador jurídico**



Adéntrese en el universo  
de **soluciones jurídicas**

**96 369 17 28**

**atencionalcliente@tirantonline.com**

**[prime.tirant.com/es/](http://prime.tirant.com/es/)**

