

LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL TRABAJO

**RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL Y SU
CONFIGURACIÓN DESDE EL PUNTO
DE VISTA DEL ABSENTISMO**

CONSEJO EDITORIAL

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ
Director de publicaciones

LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN EL TRABAJO

**RÉGIMEN JURÍDICO LABORAL Y SU
CONFIGURACIÓN DESDE EL PUNTO
DE VISTA DEL ABSENTISMO**

**Jordi García Viña
José Ignacio García Ninet
Jesús Barceló Fernández
Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado**

Colección: Atelier Laboral

Director:

José Ignacio García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2016 Jordi García Viña, José Ignacio García Ninet, Jesús Barceló Fernández y Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado

© 2016 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-16652-43-3

Depósito legal: B-26339-2016

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

ÍNDICE

LA INCAPACIDAD TEMPORAL: FUENTE INAGOTABLE DE REFLEXIÓN	11
<i>José Luis Tortuero Plaza</i>	
DESARROLLO DEL PROYECTO	15
<i>Jordi García Viña</i>	
MUTUAS COLABORADORAS CON LA SEGURIDAD SOCIAL	51
<i>Jordi García Viña</i>	
1. Órganos de gobierno	54
2. Incompatibilidades y responsabilidades de los miembros de los órganos de gobierno y de participación	56
3. Régimen económico-financiero	57
1.1. Patrimonio de la Seguridad Social adscrito a las Mutuas	58
1.2. Patrimonio histórico	58
1.3. Contratación	59
1.4. Resultado económico y reservas	59
1.5. Excedentes	60
4. Situación Económica Financiera En 2015	62
5. Competencias del Ministerio de Empleo y Seguridad Social	63
6. Medidas cautelares y responsabilidad mancomunada	63
7. Disolución y liquidación	66
EL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL	67
<i>Jordi García Viña</i>	
1. Introducción	67
2. Historia	67
3. Futuro	68
4. ¿Cuál es la realidad del mercado de trabajo actual?	68
4.1. ¿Cómo es el trabajo a tiempo parcial en los países de la Unión Europea?	68
4.2. Regulación en la Unión Europea	69

4.3. Ventajas y desventajas.....	69
4.4. Evolución del tiempo parcial en la Unión Europea.....	69
4.5. Voluntario e involuntario.....	70
4.6. Relación entre el tiempo parcial y las mujeres.....	70
4.7. Relación entre el tiempo parcial y los jóvenes y/o la formación....	71
5. Preguntas.....	72
EL ABSENTISMO Y SU ESCASO INTENTO DE CONTROL EN LA NEGOCIACION COLECTIVA ESPAÑOLA 2014-2016	73
<i>José Ignacio García Ninet</i>	
1. Introducción.....	73
2. Asunto y motivacion.....	74
3. Metodología que se va a seguir.....	75
4. ¿Qué se entiende por absentismo? ¿Cuándo es grave el absentismo? El absentismo desde la perspectiva de los trabajadores.....	79
4.1. ¿Qué se nos dice en el ámbito del derecho individual del trabajo acerca de los derechos y deberes individuales en la relación de trabajo?.....	80
4.1.1. En materia de jornada.....	80
4.1.2. En materia de descanso semanal y permisos varios.....	82
4.1.3. Días de Vacaciones y posibles discrepancias a considerar....	84
4.1.4. Acerca del poder de dirección y control continuo del trabajador. Las armas de control del empleador.....	85
4.1.5. Los supuestos suspensivos del contrato de trabajo.....	86
4.1.6. Los supuestos extintivos de la relación laboral.....	87
4.1.6.1. Por lo que se refiere a la Extinción del contrato por causas objetivas.....	87
4.1.6.2. Por lo que se refiere a las causas del Despido disciplinario.....	88
4.2. Referencias breves a la cuestión en el marco del derecho Colectivo o Sindical del Trabajo.....	89
4.3. Referencias breves a la cuestión en el marco de los derechos y deberes en materia de seguridad social, con especial referencia a la Incapacidad Temporal.....	90
4.3.1. Acción protectora del Sistema Público Español de Seguridad Social y posibles mejoras a través de la negociación colectiva...	90
4.3.2. Del concepto de Accidente de trabajo, de sus ampliaciones y excepciones.....	92
4.3.3. De la Enfermedad Profesional.....	94
4.3.4. De la Enfermedad Común y del Accidente no laboral. Definiciones por exclusión.....	94
4.3.5. Restantes contingencias.....	95
4.3.6. Acerca de la Incapacidad Temporal.....	95
5. La problemática de la erradicacion del absentismo injustificado en la negociacion colectiva española. Cuestion previa.....	100
5.1. La Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017.....	100

5.2. ¿Y qué dicen los Convenios Colectivos de 2014, 2015 Y 2016 publicados en el Boletín Oficial del Estado, o sea los del máximo rango por campo de aplicación? ¿Realmente siguen al pie de la letra el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017, o solamente algunos lo han tomado en consideración, como parece de los datos que se ofrecen acá?	101
5.2.1. Referencias genéricas a la cuestión del absentismo. Problemática derivada del mismo	101
5.2.2. Aquellos convenios colectivos que dan un paso más en la delimitación de causas y herramientas para la erradicación del absentismo, conectando el tema con la Prevención de Riesgos Laborales en la empresa. ¿Absentismo médico? La función de los servicios médicos de empresa. Necesidad de campañas de concienciación	103
5.2.3. Ajustes sobre supuestos de absentismo en el despido objetivo (art. 52 ET) por causas de atención a menores o a discapacitados	105
5.2.4. Aquellos convenios colectivos que establecen incentivos económicos para reducir o eliminar el absentismo por causas comunes. Incentivos directos o indirectos.	105
5.2.5. Los convenios colectivos que regulan los complementos por Incapacidad Temporal en función de los niveles de absentismo en la empresa, de tal manera que se cobrará el completo de IT por contingencias comunes siempre que no se sobrepase un determinado porcentaje de absentismo	107
5.2.6. Los convenios colectivos que se limitan a hacer meras llamadas al compromiso de los Representantes de los trabajadores y de la Dirección de la Empresa.	108
5.2.7. Los convenios colectivos que se limitan a crear Comisiones de Trabajo al efecto. Todo <i>ad futurum</i> sin mayor compromiso	108
5.2.8. Los convenios colectivos que recalcan lo que ya se prevé en el ET a efectos de controlar y en su caso sancionar económicamente el absentismo.	108
5.2.9. Los que precisan los datos de absentismo pasados y presentes y establecen claramente todas las pautas a seguir para rebajar ostensiblemente el absentismo, creando comisiones de seguimiento al efecto	109
5.2.10. Un supuesto singular: El Convenio colectivo que gratifica la ausencia de absentismo con días de libre disposición a favor de los trabajadores.	114
Conclusión general	114
ABSENTISMO LABORAL: LA INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR COMO PRINCIPAL CAUSA	115
<i>Jesús Barceló Fernández</i>	
1. Introducción	115
2. Nivel de absentismo en España.	117

3. Principales causas del absentismo laboral	120
4. El absentismo por Incapacidad Temporal	125
4.1. El absentismo a causa de Incapacidad Temporal por contingencias comunes	125
4.1.1. El fraude en las bajas laborales por contingencias comunes ..	127
4.2. El absentismo a causa de Incapacidad Temporal por contingencias profesionales	130
4.2.1. Evolución del absentismo por causas de pérdida de salud. . . .	132
4.2.2. Relación entre las condiciones laborales peligrosas en los puestos de trabajo y el absentismo laboral	138
4.2.3. Principales riesgos de accidentes de trabajo y sus causas	139
5. La posible relación entre el nivel de absentismo y de desempleo.	147
5.1. Las teorías que relacionan tiempo de trabajo con nivel de renta, salario y desempleo	149
5.2. Análisis estadístico del absentismo y el desempleo	152
5.3. Posible relación entre la tasa de desempleo y la de absentismo	152
6. Conclusiones.	155
 ABSENTISMO LABORAL Y CUESTIONES DE GÉNERO. EL BUEN ABSENTISMO A FAVOR DE LA CORRESPONSABILIDAD FAMILIAR Y DE LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN MATERIA LABORAL	
<i>Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado</i>	
1. Planteamiento	159
2. De la igualdad a la maternidad: de la legislación a los convenios colectivos.	163
2.1. Los convenios colectivos por sectores	163
2.2. El Compromiso de igualdad en los convenios colectivos	166
2.3. Tratamiento legal de la maternidad en España	175
2.4. Las medidas «maternales» en los convenios colectivos: una forma de combatir la discriminación laboral de la mujer	179
2.4.1. Sobre la maternidad, como prestación.	179
2.4.2. La hora de lactancia.	180
2.4.3. Riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural. . .	184
2.4.4. Permisos con o sin retribución.	184
2.4.5. Derecho a reducción de jornada por guarda legal	188
2.4.6. Excedencias.	190
2.4.7. Mejoras en el tiempo de trabajo por maternidad	191
2.4.8. Ayudas Económicas	195
3. Algunas Cuestiones Estadísticas En Torno A La Mujer Y Al Mercado Laboral	197
4. Conclusiones.	205
5. Fuentes	209

LA INCAPACIDAD TEMPORAL: FUENTE INAGOTABLE DE REFLEXIÓN

Durante un largo periodo histórico, cuyo inicio podríamos situarlo en el Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de Medidas Presupuestarias Urgentes¹ (Ley 28/1992, de 24 de noviembre), que modificó la cuantía de la prestación y el responsable del pago durante los primeros días de incapacidad temporal por contingencias comunes, las reformas en esta contingencia —tanto a nivel de Ley como de normas reglamentarias, como veremos—, ha sido prácticamente constante a lo largo de este amplísimo periodo. En esta desmesurada y no siempre acertada vorágine reformadora, podríamos decir que se han buscado dos objetivos, por un lado frenar el gasto y luchar contra el presunto fraude —no siempre bien identificado— y, por otro, modernizar la gestión de la contingencia, tanto en sus aspectos de carácter administrativo, como sanitario.

En este trayecto normativo ha primado singularmente la reducción del gasto, objetivo razonable sí la premisa de partida identifica las causas y éstas detectan vicios o irregularidades poco razonables y corregibles. Sin embargo, la desproporcionada abundancia de reformas de todo tipo y alcance, hace sospechar que la premisa de partida, esto es, la identificación causal no ha sido correcta, al menos, en todos sus extremos. Si esto es así, la norma correctora de la causa tiene efectos limitados e insuficientes. A ello debemos añadir que sí la técnica jurídica utilizada no es la correcta, a la insuficiencia de eficacia, en términos de objetivos, se añaden un sinnúmero de efectos colaterales indeseables.

Las sucesivas Leyes reformadoras de la LGSS.94 han sido abrasivas. Desde la desnaturalización del artículo 128 (afortunadamente subsanado en la LGSS.15) referido históricamente al concepto de incapacidad temporal, incorporando cuestiones competenciales —por cierto, incompletas y subsanadas por una Resolución que rectifica una Ley, al olvidar la norma reformadora el carácter universal del art.128— y un procedimiento

1. El artículo 6 del referido RDL modificó el número 1 del artículo 129 e incorporo un nuevo d) al artículo 208 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo,(LGSS.74). La constitucionalidad de las medidas referidas fue declarada por STC 37/1994 (RTC 1994, 37) y STC 129/1994 (RTC 1994, 129).

administrativo de disconformidad, de razonable ubicación en norma de rango menor. Pasando por la creación de figuras incompresibles, como el alta o la baja médica a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas (algunas todavía existen en LGSS.15). Añadiendo la creación de una figura insólita, al establecer que «extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal... podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez...» (art. 131.bis. 3 LGSS.94, hoy art. 174.3 LGSS.15), donde parece como si el acceso al derecho fuera «graciable», al tiempo que se anula el valor universal de las cotizaciones. Hasta, la generalizada ausencia de toma en consideración de los efectos que la ordenación y reformas de la incapacidad temporal tienen sobre el contrato de trabajo, derivando generalmente en situaciones complejas (cuando no grotescas) para el empresario.

Desde la perspectiva reglamentaria, es destacable la ausencia de una voluntad unificadora, ni siquiera conseguida con los nuevos reglamentos de gestión y control, innecesariamente duplicados (por un lado, el RD 1430/2009, de 1-IX, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medias en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal; y por otro, el RD 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). Mayor crítica merece —aunque sea generalizada para todas las prestaciones del Sistema—, la ausencia absoluta de normas reglamentarias actuales, en materia de incapacidad temporal, las referidas a todas las materias ajenas a la gestión, donde la sucesión normativa arranca de las normas de desarrollo de la LSS.1966 (Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas; Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria —incapacidad temporal— en el Régimen General de la Seguridad Social) y se van sucediendo en el tiempo hasta la actualidad. Este sinsentido puede apreciarse en la sección normativa de la propia Web de la Seguridad Social, donde cada norma va acompañada de una sucesión de interminable de notas, vigencias, aclaraciones... que ofrecen una imagen anacrónica y de absoluta inseguridad jurídica.

La técnica legislativa referida —sucesión de reformas en la LGSS, ausencia de normas reglamentarias completas y unitarias, desajustes entre la Ley y el reglamento...— ha provocado en reiteradas ocasiones, que la Ley actúe como Reglamento, con los efectos derivados correspondientes (desnaturalización de la Ley) y que el Reglamento se invista de las potestades de la Ley, o lo que es lo mismo, contravenga lo dispuesto en la Ley, incluso minusvalorando la protección constitucional de los derechos, y/o sobrepasado los términos de las delegaciones². Debemos recordar, como lo ha hecho recientemente el Tribunal Constitucional con referencia al artículo 43 CE (STC de 21 de julio de 2016

2. MORENO ROMERO, F. *Las normas contra legem en la ordenación de la incapacidad temporal y balance sobre la incidencia registrada*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, escenifica y analiza supuestos concreto de esta especie de invasión competencial ascendente y descendente, p. 31

(Pleno), al analizar la vulneración de la reserva de ley. En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (como recuerda STC 111/2014, de 26 de junio (RTC 2014, 111), FJ 4) que «la reserva de ley es compatible con la colaboración reglamentaria. Hemos excluido, sin embargo, ‘que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el FJ 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad ‘a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley’, criterio ‘contradicho con evidencia mediante cláusulas legales [...] en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir’ (STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 5)».

Cierto es que en la incapacidad temporal intervienen todo un conjunto de sujetos e instituciones —Servicio Público de Salud, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, empresario y trabajador, así como, en ocasiones, al Servicio Público de Empleo Estatal— que dificultan su ordenación, singularmente desde la esfera competencial. No obstante y como veremos, el equilibrio, la ponderación y la racionalidad no se han conseguido, idespués de más de 20 años de reformas!, ¿tan difícil es...?

Cierto es también, que en su momento asistimos a un constante y alarmante incremento del gasto en incapacidad temporal —especialmente entre los años 2002 y 2004—³, que justificó en parte que las principales reformas de los últimos años se hayan centrado casi en exclusividad sobre la ordenación de los mecanismos de control, bajo la hipótesis de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto. No obstante, las reformas no se plantearon la problemática existente en forma sosegada y reflexiva, sino más bien conducidas por la obsesión razonable del gasto y la idea de que el fin justifica cualquier medio. En este orden, el aluvión normativo, producido entre el año 1997 y el año 2007 —y posteriormente entre el 2009 y 2014— buscó la reordenación de los mecanismos de control con la finalidad de alcanzar el resultado económico deseado. No obstante, desde hace años el gasto en incapacidad temporal alcanzó el espacio de normalidad y, aún más, la crisis económica se ha encargado de

3. En el referido periodo el incremento de los salarios oscilo entre el 3,6 y el 3,9 por 100, con un ascenso de la población protegida del 7,73 por 100 para todo el periodo, el gasto en incapacidad temporal se incrementó con un 11,82% para el 2002, con un 12,45% para el 2003 y con un 14,45% para el 2004. Los datos pueden verse en PANIZO ROBLES, J. A., «La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación)», Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 275 y en GRANADO MARTINEZ, O., El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en La Economía de la Seguridad Social, III Congreso de la Asociación de Salud y Seguridad Social publicadas por la editorial Laborum, Madrid 2006, pp. 147-158

reducirlo considerablemente, tanto por razones técnicas —menos afiliados, menos salarios...—, como humanas, el miedo a perder el empleo ha hecho que el trabajador —salvo en situaciones extremas— acuda a trabajar estando incapacitado. Datos, que en los últimos años están repuntando, lo que hace pensar en otras causas que no han sido debidamente ponderadas.

No obstante, si globalizamos el gasto en incapacidad temporal, a los datos referidos habría que añadir el impacto económico que supone para el empresario y referido a las siguientes materias: el coste de los días cuarto a decimoquinto de la baja, el mantenimiento de la obligación de cotizar, los gastos de sustitución del trabajador, las mejoras pactadas en los convenios colectivos, los gastos para ejercitar el control..., en fin, un volumen de gasto nada despreciable, que normalmente se silencia cuando la referencia se hace al «gasto público».

Igualmente y en los términos globales referidos, habría que añadir el montante nada despreciable de los Fondos destinados al ahorro en incapacidad temporal con los que se financia los acuerdos de colaboración —y otras fórmulas— con las Comunidades Autónomas, así como, los gastos de personal, estructura y funcionamiento de los equipos médicos creados en las entidades gestoras y colaboradoras para el control de la incapacidad temporal, y los gastos derivados del incremento de los Equipos de valoración de incapacidades para responder a sus nuevas y crecientes competencias. Estos serían algunos de los factores que han implicado incrementos de gasto «permanente» y que han sido creados o incrementados en el desarrollo de las políticas que pretendían y han conseguido una retención del gasto en incapacidad temporal. Queda ahora por determinar su proporcionalidad y equilibrio.

La construcción del binomio control-gasto hace referencia a una problemática extensa y variada. En efecto, cuando para reducir el gasto apostamos por un mayor control, estamos poniendo de manifiesto varias cuestiones, por un lado, que el controlador no ejerce satisfactoriamente su función y, por otro, que el controlado utiliza el instituto de forma no siempre correcta. Con todo la cuestión es más compleja

Comencemos por lo evidente. No cabe duda que la presión desproporcionada, continuada y cuasi amenazante (por parte de todos los intervinientes en el proceso de incapacidad temporal, facultativo del Servicio Público de Salud, inspección del SPS, facultativos de la mutua, empresario, inspectores médicos del INS...) sobre el trabajador y desde el mismo momento de la baja médica, produce sus efectos. Otra cosa es, si el referido es el procedimiento deseado, razonable y respetuoso con los derechos del trabajador.

Salvando los objetivos de gestión, sin duda importantes en sí mismos, el balance de resultados, ofrece disfunciones que traen su causa en materias ajenas a los estrictos mecanismos de control (efectos de la crisis, reforma del mercado laboral, precariedad en el empleo...), que más bien nos sitúan en un espacio productivo con demasiados vicios.

Madrid, septiembre 2016

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Director del Título de Experto en Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid