


Modernización y digitalización de la Incapacidad temporal desde una perspectiva crítica

Modernization and Digitalization of Temporary Disability from a Critical Perspective

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA *Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*
 <https://orcid.org/0000-0002-1248-6015>

Cita Sugerida: LÓPEZ INSUA, B.M.: «Modernización y digitalización de la Incapacidad temporal desde una perspectiva crítica». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria 6 (2024): 93-117.

Resumen

A pesar de la modernización que en el ámbito de las Administraciones Públicas introdujeron las Leyes 39/2015 y 40/2015, lo cierto es que el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, mantuvo el “modus operandi” común que venía siguiéndose de cara a la emisión de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta. La experiencia del Covid-19 evidenció la necesidad de adaptar la incapacidad temporal al proceso de digitalización para así evitar los engorrosos trámites burocráticos. El tema de la incapacidad temporal cabe, igualmente, relacionarla con el uso desmedido y abusivo que, hoy día, se hacen de las nuevas tecnologías, de ahí que no sea tan extraño encontrarnos a trabajadores de baja por esta causa o que acudan enfermos al puesto de trabajo. Lo cual evidencia la necesidad de adoptar medidas más garantistas e incisivas que respeten el derecho a un trabajo decente. Y es que, de lo que se trata es de que se cumplan con la finalidad última para la que se creó la prestación por incapacidad temporal.

Abstract

Despite the modernization that in the field of Public Administrations introduced Laws 39/2015 and 40/2015, the truth is that Royal Decree 625/2014, of 18 July, maintained the “modus operandi” which was being followed in the face of the release of medical reports, confirmation of discharge and discharge. The experience of the Covid-19 showed the need to adapt the temporary disability to the digitization process in order to avoid cumbersome bureaucratic procedures. The issue of temporary incapacity can also be related to the excessive and abusive use that, today, are made of new technologies, so it is not so strange to find workers on leave for this cause or who come sick to the workplace. This highlights the need for more effective and incisive measures to respect the right to decent work. The point is that the ultimate purpose for which the temporary disability benefit was created must be fulfilled.

Palabras clave

incapacidad temporal; nuevas tecnologías; Seguridad Social; riesgos psicosociales y modernizar

Keywords

temporary disability; new technologies; Social Security; psychosocial risks and modernize

“... su daño es mi ganancia, nadie puede tomarme a mal que no me preocupe más que de mí, no de los otros, cada cual tiene que mirar hacia sí mismo en esas relaciones”

Rudolf Von Ihering¹

¹ IHERING, R.V: *El fin en el derecho*, Estudio preliminar “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” por José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2011, p. 107.

1. LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU INCIDENCIA EN EL MUNDO DE LAS RELACIONES LABORALES: ALIMENTANDO EL DEBATE TRAS LA PANDEMIA DEL COVID-19

La incapacidad temporal (en adelante IT) constituye, en la actualidad, una de las prestaciones más problemáticas y caóticas de todo el sistema de Seguridad Social. Tal es así que, desde los últimos años, el continuo vaivén de movimientos normativos que la han acontecido no ha dudado en ningún momento de complicar, si cabía aún más, el panorama existente. Un hecho relevante ha sido, en este punto, la epidemia causada por el SARS-CoV2², puesto que ha supuesto un cambio importante en la vida social, económica y sanitaria. Esta pandemia no sólo ha supuesto adaptarse a la imparable realidad que acecha gravemente a la población mundial, sino que además ha conllevado la adopción de una serie de medidas enfocadas a proteger la salud y seguridad de los ciudadanos y todo ello al hilo de las nuevas tecnologías. Contener la propagación del virus, atender a los enfermos por COVID-19 y reforzar el sistema sanitario han sido, sin duda, los grandes retos que se han planteado tras la declaración del Estado de alarma en la nación española a través del RD 436/2020, de 14 de marzo³.

La crisis sanitaria del coronavirus constituye un tema transcendental que ha colapsado casi toda la atención mediática en un intento por buscar respuestas y soluciones ante la situación que se vive. Justo, en este punto, se ha planteado como un tema muy problemático el relativo a la protección de los trabajadores contagiados por coronavirus⁴. A fin de dar respuestas a la grave panorámica que ha ido emergiendo, de la mano del teletrabajo, como opción preferente, se ha modificado específicamente la protección que otorga el sistema de Seguridad Social para así albergar situación no contempladas por el artículo 169 y siguientes del Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). La norma debe adaptarse a la realidad, como ya en el año 2009 se hizo con el virus A HI NI o gripe A, gracias a la Resolución publicada por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social con fecha de 7 de mayo de 2009⁵. Ya, por entonces, se reconocía como situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común los periodos de aislamiento preventivo o “cuarentena”, sufridos por trabajadores contagiados de gripe A⁶.

A pesar de que el Covid-19 ha evolucionado, ha mutado y se ha reforzado, lo cierto es que también lo ha hecho la normativa en materia de incapacidad temporal y todo ello a fin de proteger “preventivamente” las situaciones de contagio, cuarentena, aislamiento y sintomatología a través de la prestación por incapacidad temporal (en adelante IT). Ciertamente, el contexto no lo ha puesto fácil y ello es porque la nación española no estaba preparada para una pandemia de esta naturaleza. De ahí que no haya resultado fácil valorar “supuestos” procesos de baja por incapacidad temporal de manera telemática, sobre todo en caso de contagio por Covid-19. De ahí que, al término, se hayan flexibilizado las reglas de juego y, todo ello, ante la posibilidad de fraude.

² Esta denominación se la concedió el Comité Internacional de Taxonomía del Virus (ICTV, en sus siglas inglesas). Al coronavirus se le llamó SARS-CoV2 por tratarse de un miembro de la familia de otros virus que fueron detectados antes, esto es, los SARS-CoV. De este modo, se dejó claro que se trata éste de un virus totalmente nuevo. Principalmente, este virus afecta al sistema respiratorio de ahí la denominación de SARS, por sus siglas en inglés, que significan “síndrome respiratorio agudo grave”.

³ Por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 (BOE núm. 67 de 14 de marzo de 2020).

⁴ LÓPEZ INSUA, B.M. “Evaluación de incapacidades temporales y permanentes” en VV.AA., MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ y SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR (Coords); JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, MARÍA PILAR RIVAS VALLEJO, MARÍA NIEVES MORENO VIDA, FRANCISCO VILA TIerno y JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS (Dir.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, Vol. 2, (TOMO II), 2021, pp. 441-520.

⁵ Véase el BOE, número 113 de 9 de mayo de 2009.

⁶ LÓPEZ INSUA, B.M. *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014.

Y es que, en torno a esta contingencia se circunscribe dos realidades enfrentadas, de un lado, la sostenibilidad económica de las arcas públicas y, de otro, el mantenimiento de los estados de necesidad ante la imposibilidad transitoria para prestar la actividad profesional habitual. Cabe afirmar que, lamentablemente, la tendencia legislativa ha sido la de endurecer los procesos de incapacidad temporal. Lo que ha convertido a la IT en una figura desnaturalizada⁷ y que pone en serio riesgo de duda la misma noción de “trabajo decente” que ya se esboza a nivel internacional y comunitario.

El derecho al “trabajo decente” –referido descriptivamente como el derecho a condiciones equitativas, dignas⁸ y satisfactorias de trabajo– ha de vincularse necesariamente con el derecho al trabajo. Por lo tanto, no se trata de un derecho circunscrito, evidentemente, a la vertiente de la libertad profesional o, en su versión algo más restrictiva, al derecho a trabajar, sino que en él se integran derechos subjetivos diferenciados, aunque íntimamente vinculados y que aparecen consagrados en el art. 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH)⁹. En efecto, no sólo se ha asegurar un derecho al trabajo como simple libertad, sino que también, en una interpretación necesariamente sistemática y finalista del marco internacional regulador de los derechos humanos, lo que se garantiza es un derecho al trabajo (y sólo un derecho a trabajar) de un determinado modo y en concretas condiciones: en un trabajo de calidad, donde deben quedar respetados los valores de salud, seguridad y dignidad de la persona que trabaja, es decir, el conjunto de los derechos sociales y fundamentales en general del trabajador subordinado¹⁰.

El derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias constituye un derecho social fundamental de carácter universal, que crea obligaciones positivas para los Estados (les impone un deber de intervención activa) respecto a garantizar la calidad del empleo y su desmercantilización relativa a través del reconocimiento de los derechos sociales del trabajador subordinado. Sin embargo, la falta de armonización europea en torno a las prestaciones por IT ha motivado el surgimiento de diferencias entre los distintos Estados comunitarios, lo que al tiempo pone en riesgo el derecho al trabajo en condiciones de dignidad como derecho vinculado a los valores de libertad e igualdad incorporando una dimensión prestacional¹¹.

El artículo 23.1 de la DUDH quiere situarse en un nivel de concreción superando la mera abstracción, pues centra su atención en las condiciones en virtud de las cuales el trabajo se presta y realza, en este sentido, la dignidad del trabajo por contraposición a su mercantilización y a la precarización de las condiciones de empleo. Lo que transmite la idea de que no es suficiente cualquier “empleo”, sino que el mismo debe contribuir a la generación del producto social, así como al valor de la actividad que desempeña el trabajador durante su vida activa. Ello, al tiempo, resultará indispensable para su plena participación e integración activa en la sociedad de pertenencia. Un trabajo indigno del

⁷ LÓPEZ INSUA, B.M. *La Incapacidad Temporal en el Sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014. De igual modo, LÓPEZ INSUA, B.M. *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 2015.

⁸ A este respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha aclarado que: “Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo”.

⁹ En esta línea, sea sitúa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras normas concordantes.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M., “La garantía internacional del derecho a un trabajo “decente””, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.177/2015, parte Estudio, p. 1 en su versión digital.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M. “Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2)”, en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, p. 395-430

hombre (malas condiciones, inseguridad, precariedad en el trabajo, esto es, sin respecto sus derechos fundamentales específicos, la salud- e inespecífico o generales) no permite alcanzar esta finalidad integradora en el orden social democrático de convivencia¹².

En relación con la prestación por IT se vislumbra una problemática que trae su causa en las constantes reformas económicas sufridas. Así es, se pone de relieve en todas estas modificaciones normativas esa obsesión del legislador por controlar las situaciones de “fraude” y, por consiguiente, de “absentismo injustificado en las empresas”. De ahí que, una y otra vez, modifique los parámetros ya marcados ante el fracaso de sus múltiples tentativas por erradicar todo este engranaje de abusos que sufre el sistema de Seguridad Social. Olvidando así la finalidad primordial por la que se crea esta prestación, esto es, la de protección frente a las situaciones de necesidad provenientes de los procesos por incapacidad temporal¹³. El núcleo de la institución de IT es servir a una determinada finalidad protectora. Sin embargo, cabe afirmar también que otras de las razones que han motivado a operar estas incesantes transformaciones en la prestación de incapacidad temporal viene motivado en la necesidad de contener las partidas económicas que alimentan al sistema de protección social. Y es que se piensa que la causa que ha originado estas importantes pérdidas presupuestarias, lo constituyen, sin lugar a dudas, el uso fraudulento de los procesos de baja. De ahí la tendencia sea la de endurecer los requisitos de acceso a la prestación, disminuir los periodos de disfrute de la IT, así como la cuantía del subsidio o establecer una diferenciación en función del origen de la contingencia (comunes y/o profesionales). De igual modo el recorte que en los costes económicos opera a través del establecimiento de largos periodos de espera, lleva a provocar una clara indefensión. Aparte cabe mencionar el enrevesado procedimiento de impugnación de las altas médicas que opera cuando se encuentran varias entidades implicadas (a saber: Servicios Públicos de Salud, Mutuas colaboradoras y el Instituto Nacional de la Seguridad Social). Es precisamente este último supuesto el que plantea más problemas en la praxis ordinaria. Efectivamente, la legislación española permite que el trabajador incapacitado pueda recurrir la decisión de alta, ahora bien, durante ese tiempo en el que se resuelve o no por parte del órgano correspondiente y competente, la persona -que puede ser que no esté apta para el trabajo- tiene que reincorporarse a su puesto de trabajo. Por tanto, para aquellas enfermedades que se alarguen por encima de los 730 y que revistan su calificación como de incapacidad permanente, no se establece ninguna protección (por ejemplo: la persona que padece una enfermedad de larga duración de tipo autoinmune o genético y que requiere, en muchos casos, de más de dos años para que pueda estabilizarse su situación y así posibilitar el retorno a la actividad laboral en condiciones de seguridad). Los plazos que se fijan por ley no responden realmente a la situación de cada individuo, sino que, por el contrario, marcan unos parámetros generalizados y muy estrictos para todos que no responden a la realidad social concreta de cada situación y de cada enfermedad.

La duración de la incapacidad temporal no sólo viene determinada por la asistencia sanitaria, sino también por la propia naturaleza de la fisiología de cada individuo. De tal manera, que una persona anciana tiene más dificultades para recuperarse de una dolencia que una persona joven. Ciertamente, en el segundo caso el sujeto recobrará sus plenas capacidades en menor tiempo que en el primero de los supuestos señalados. Pero es más evidente, entre individuos de la misma edad puede haber sujetos más resistentes que otros y con una capacidad de recuperación distinta entre ellos. Olvida el legislador, en este punto, que en la forma política de Estado Social (art. 1 de la Constitución Española) deben primar siempre los intereses sociales y no lo empresariales.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M, “La garantía internacional del derecho a un trabajo “decente”...op.cit., pp. 2 y siguientes.

¹³ BOZZAO, P. “Incapacidad Laboral y Seguridad Social en una sociedad de trabajo cambiante”, *Revista de Seguridad Social*, nº15, 2018.

Recuérdese, en este punto, que tras la entrada en vigor del RD-Ley 5/1992, de 21 de julio¹⁴, se traslada la carga al empresario del pago por los primeros días de baja por IT por causas comunes. Evidentemente, se pretende con este texto, alcanzar ese fin que tanto le interesa al legislador, esto es, reducir los gastos que viene soportando la Seguridad Social a través de la búsqueda de fórmulas de control de las ausencias laborales efectuadas por los visitantes privados y los médicos privados de empresa¹⁵.

Todo ello produce importantes consecuencias en cuanto al tratamiento que se ofrece a la incapacidad temporal dependiendo de su origen, lo cual resulta completamente incomprensible desde el punto de vista finalista de la prestación. Y es que, en todo momento, lo que se pretende es proteger al trabajador que se ve imposibilitado para desempeñar su trabajo habitual a causa de una situación de necesidad. Sin embargo, esta teoría parece resultar plenamente aceptada y potenciada por quienes asumen a su cargo el pago de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Por lo tanto, la solución al problema está en “castigar a justos por pegadores” en base a un pretexto o concepción indiciaria de “presunción de fraude”. Y es que por el hecho de que haya trabajadores que utilicen de forma abusiva esta prestación ya ha de presumirse equivocadamente para todos, por igual, esta misma concepción.

El déficit en la regulación de una normativa coherente con las distintas situaciones de incapacidad y con la realidad existente lleva a provocar serias consecuencias en torno al respeto y mantenimiento del derecho a la salud (como derecho social fundamental) y a unas condiciones dignas de trabajo. A este respecto, cabe citar la deficiente protección que en torno a los trabajadores precarios y temporales subsiste, pues en muchos casos no cumplen con los periodos y requisitos exigidos para el acceso a la prestación por IT (lagunas de cotización), por lo que al término se ven obligados a acudir al puesto de trabajo enfermos o en situación de incapacidad física o mental. Impera aun incansable en la cabeza del legislador la idea de “retorno inmediato al empleo” y no de curación, es por ello que no se fomente la implantación de programas de rehabilitación e inserción del trabajador en condiciones de seguridad y calidad en el empleo. Sobre este punto concreto cumple un papel muy relevante la normativa de Prevención de Riesgos Laborales y de Seguridad Social. En este sentido, entiendo que podría articularse alguna de las siguientes soluciones. Primero, en tanto se determina si la persona debe o no declararse con una incapacidad permanente en cualquiera de sus grados o una incapacidad temporal con posibilidades de curación, se debería declarar una IT-desempleo, de tal forma, que durante ese período (en la que no se sabe si se está en incapacidad temporal o en incapacidad permanente), la persona está cotizando al sistema de Seguridad Social por lo que, completaría el período de carencia y recibiría a su vez, asistencia sanitaria con cargo al desempleo. Ahora bien, puede ocurrir que esa persona haya agotado el derecho al desempleo. En ese concreto caso y a fin de no dejarlo desamparado, debería de arbitrarse una prestación social como la existente en caso de desempleo para los mayores de 55 años por la contingencia de jubilación. La razón no es otra que, gozar de la cobertura que establece el sistema de Seguridad Social, a la vez, que está cotizando. Segundo, otra solución que actuaría como alternativa a las bajas médicas podría ser la de acoplamiento del trabajador en otros puestos de trabajo o en jornadas reducidas (lo que nos llevaría a plantear una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, art. 41 Estatuto de los Trabajadores) compatibles con sus condiciones físicas –según las previsiones contenidas en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, en su art 15.1 d)–. Por lo tanto, adaptaríamos el empleo a la situación clínica del trabajador¹⁶.

¹⁴ De medidas presupuestas urgentes (BOE núm. 176, de 23 de julio de 1992).

¹⁵ LÓPEZ INSUA, B.M. *La Incapacidad Temporal en el Sistema de Seguridad Social* y LÓPEZ INSUA, B.M: *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social...* op.cit.

¹⁶ LÓPEZ INSUA, B.M. *La Incapacidad Temporal en el Sistema de Seguridad Social* y LÓPEZ INSUA, B.M. *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social...* op.cit.

La idea fuerza que impera legislativamente es la de lucha contra la lacra del absentismo laboral -como ya se ha apuntado- para reducir los gastos que soporta la Seguridad Social. Se busca incrementar la productividad, a costa de poner en peligro la salud de los trabajadores. Es por ello que, el Comité de Protección Social Europeo¹⁷ ya se haya pronunciado lamentando las consecuencias negativas que esta situación puede provocar en los trabajadores¹⁸. En efecto, el presentismo laboral (acudir al puesto de trabajo enfermo o incapacitado) acarrea, a la larga, más efectos negativos que positivos para las empresas. Y, además, hace descender la productividad y la calidad de la actividad profesional que en ellas se presta. De ahí que los trabajadores empleen los periodos vacaciones para recuperarse de sus enfermedades, en lugar de descansar¹⁹. Los procesos de IT se alargan en el tiempo, se cronifican las enfermedades e, incluso, se repiten con facilidad, por lo que las empresas se ven obligadas a contratar a otros trabajadores para sustituir a aquellos enfermos durante los procesos de IT²⁰.

Al hilo de lo anterior, hay que considerar también la actual situación de crisis económica²¹. Y es que, en tiempos en los que la pérdida y destrucción de empleo se incrementan (y, por ende, las cifras de paro) hacen su presencia estelar en el panorama jurídico las prestaciones por desempleo e incapacidad temporal. El miedo al despido origina el que los trabajadores busquen alternativas al desempleo, a saber: trabajos bajo el manto de la economía sumergida, trabajos precarios y contratos basura. Pero, desde el punto de vista de la IT, el presentismo determina el afloramiento de enfermedades difícilmente detectables, principalmente de carácter mental, al margen de aquellas físicas que pudiera padecer los trabajadores. Por lo que muchos de ellos ocultan a la empresa y compañeros de trabajo la realidad de sus enfermedades²², lo que ante la imposibilidad de desempeñar su actividad profesional con garantías de calidad y dignidad es entonces cuando emergen: depresiones, estados de ansiedad, estrés, sociopatía... etcétera. Y ello por no mencionar otros problemas laborales posibles como son los de marginalidad, *mobbing* e, incluso, el *burnout*.

Recuérdese que otros de los peligros consisten en emplear abusivamente en las empresas a los trabajadores en activo para sustituir a aquellos que se encuentran de baja y así evitar nuevas contrataciones. Indudablemente, con el paso del tiempo, este hecho provoca el riesgo de sobrecarga laboral que tanto hace disminuir la calidad de vida y productividad en la empresa. Aparecen aquí

¹⁷ Recordar que el artículo 160 del TFUE indica que: “El Consejo, por mayoría simple, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión. El Comité tendrá por misión: supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Unión, facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados miembros y con la Comisión, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 240 elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya por propia iniciativa. Para llevar a cabo su mandato, el Comité entablará los contactos adecuados con los interlocutores sociales Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité”.

¹⁸ Véase el informe titulado “*Sick pay and sickness benefit schemes in the EU SPC background report*” y publicado en <http://ec.europa.eusocialmain.jsp?catId=1135&langId=en>

¹⁹ LÓPEZ INSUA, B.M., “Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº10, 2013, pp. 243-263. Véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 192/2003, de 27 de octubre (RTC 2003, 92) y 324/2006, de 20 de noviembre (RTC 2006, 324).

²⁰ GARCÍA DE CORTAZAR NEBREA, C. “La Incapacidad Laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente”, en VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F (Director editorial y coordinador), RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 1084-1089.

²¹ BOZZAO, P. “Título VII. Incapacidad laboral y Seguridad Social en una sociedad de trabajo cambiante”, VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F (Director editorial y coordinador), RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 1197-1198.

²² GARCÍA DE CORTAZAR NEBREA, C. “La Incapacidad Laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente”...op.cit, p. 1089.

enfermedades no sólo relacionadas con la carga mental en el trabajo (ejemplo: apatía, ansiedad, estrés, irritabilidad...), sino también con la carga físicas (principalmente, músculo-esqueléticas). En ocasiones, aparecen sendos riesgos psicosociales combinados. Dependiendo de cual sean los tipos de requerimientos exigidos, el volumen de tareas a realizar y las circunstancias personales del trabajador, la exposición a estos riesgos será mayor o menor. Ahora bien, en cualquier caso, se trata éste de un factor de riesgo psicosocial que puede prever la empresa y evitar, para lo cual deberá llevar a cabo una buena política de seguridad y salud laboral²³.

De igual modo, las nuevas formas de trabajo flexible a través de las nuevas tecnologías de la información (el teletrabajo) y el trabajo a domicilio pueden poner en serio riesgo la salud del trabajador y, por ende, la misma condición de “trabajo decente”. Esencialmente este lance se hace mayor en mujeres que en hombres, pues son todavía mayoritariamente ellas las que se encargan del cuidado y el mantenimiento del hogar familiar²⁴. Aunque en un principio pudiera parecer que ello facilita la conciliación de la vida familiar y laboral (así como la inserción de colectivos marginados en el mundo laboral, a saber: los discapacitados), lo cierto es que ello puede provocar también una sobrecarga laboral. Por supuesto, debe tenerse en cuenta también los factores antes mencionados de volumen de tareas, nivel de responsabilidad, la libertad individual para regular el ritmo de trabajo.... etcétera. Sin embargo, ya se encuentran trabajadores que han desarrollado problemas de falta de distinción entre el trabajo y la vida familiar y social. Muy relacionado con este dato se encuentra el concepto de interrupción y pausa en el trabajo, el cual tiene mayor probabilidad de producirse en los teletrabajadores y trabajadores a domicilio. Entiendo, por lo tanto, que una combinación satisfactoria entre el trabajo y la vida socio-familiar exige separar claramente el lugar de trabajo y una serie de normas comunes acordadas en relación con la concentración no interrumpida del trabajo. Ciertamente, la empresa ostenta ahí un poder esencial para la prevención, detección de estos riesgos y la garantía de un trabajo en condiciones de calidad²⁵.

De otro lado, los empresarios hacen cada vez más uso de la geolocalización, la videovigilancia y, en general, las nuevas tecnologías para comprobar no sólo el uso diligente que hacen los trabajadores, sino también para controlar los procesos de baja por incapacidad temporal. Se trata éste de un tema polémico en donde se pone en *hack* de juego el derecho a la intimidad personal y sanitaria. Recuérdese que existen unos límites del acceso a la información sanitaria del trabajador por parte de la empresa, ya que lo contrario vulneraría el derecho fundamental a la intimidad²⁶.

2. TRABAJO DECENTE *VERSUS* INCREMENTO DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL²⁷

El debate en torno al establecimiento de un sistema de protección y garantía del trabajo decente, así como el incremento de las medidas de control de la IT ha constituido causa raíz para

²³ A saber: las empresas pueden proveer de capacitaciones, incentivos diarios, descanso correspondiente, pausas activas y reconocimiento del trabajo; pequeños aportes que ayudan – de alguna u otra forma- a disminuir la sobrecarga laboral.

²⁴ LÓPEZ INSUA, B.M. *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017.

²⁵ Se debe realizar un estudio de viabilidad teniendo en cuenta cuestiones personales, de espacio y relacionadas con el trabajo (esto es, trabajos basados en proyectos, interrupciones frecuentes...etcétera). Para ello, la empresa debe pasar unos criterios de selección y procedimientos claramente determinados.

²⁶ Destacamos la sentencia del TSJ de Castilla y León de 21 de marzo de 2005. En esta ocasión la Sala consideró que se había vulnerado el derecho fundamental del trabajador -que había sido despedido- por no haber facilitado los datos sobre su salud- pues la empresa había realizado un acceso informatizado no consentido a los datos relativos a las dolencias del trabajador.

²⁷ LÓPEZ INSUA, B.M. “Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (I): Incapacidad para trabajar”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L; GORELLI HERNÁNDEZ, J y DE VAL TENA, Á.L (Diris) y LÓPEZ INSUA, B.M (Coord): *El trabajo decente*, Granada, Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social nº111, 2018, pp. 573-598.

el surgimiento de una acalorada disputa en sede doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo, contra de todo pronóstico, el legislador español ha inclinado la balanza a favor de un sistema poco garantista y proteccionista de las situaciones de baja que ocasionan una incapacidad temporal. De ahí que, hoy por hoy, se encuentren muchos trabajadores enfermos trabajando bajo condiciones que poco respetan la calidad y salud laboral. Y es que, de nuevo la sombra del fraude merodea incansable en la cabeza del legislador, por lo que a fin de evitar posibles abusos o situaciones de absentismo injustificado concede al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), pero también a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (MSCC) un incremento de las competencias en materia de control de la incapacidad temporal.

Haciendo gala de los objetivos marcados, la Ley 35/2014²⁸ modifica y moderniza el régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (anteriormente denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional)²⁹, haciendo especial énfasis en las actividades de control y seguimiento de los procesos de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes que podrán llevar a cabo estas entidades privadas. Y es que, tras estas reformas, no sólo podrán las mutuas gestionar la prestación económica en estos supuestos, sino también decidir sobre la denegación, suspensión, anulación y extinción del subsidio por incapacidad temporal. Cabe señalar que todas estas nuevas facultades y competencias a favor de las Mutuas, ya en parte se contienen en el RD 625/2014³⁰. Por lo que lo único que pretende ahora el legislador es regular, con rango de ley, la gestión y control de la prestación temporal por incapacidad que podrán llevar a cabo las Mutuas en paralelo a la elaboración contenida en el RD 625/2014.

Aparte de lo hasta ahora expuesto, debe tenerse en cuenta que la incapacidad temporal puede ser considerada una institución poliédrica en la que confluyen tres niveles normativos distintos: el de la asistencia sanitaria, el de la suspensión de la relación laboral y, por último, el de la prestación económica de Seguridad Social. La encrucijada que marcan estos tres elementos base se ve complicada con la aparición de la asistencia sanitaria. Y es que la existencia del subsidio de Seguridad Social y el mantenimiento de la interrupción del contrato de trabajo viene determinada por el control ejercido por la atención médica. De ahí que lo ideal sea forzar la vuelta a través de la labor médica de valoración de las enfermedades.

No es singular entonces que una moneda tenga dos caras que deban tratarse una cada vez, pues del mismo modo se comprueba como de facto este ámbito se disocia en un plano financiero y otro sanitario. Así pues, de una parte, encontramos diversos agentes que se encargan del pago de esta prestación: el Instituto Nacional de la Seguridad Social, las Mutuas y las empresas que voluntariamente decidan colaborar en la gestión. Y, de otra parte, se presentan los organismos a los que compete la vertiente digamos hipocrática de las dolencias: el Servicio Público de Salud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social a través de los Equipos de Valoración de Incapacidades y, por supuesto, las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Nótese entonces que el Instituto Nacional de la Seguridad Social está incluido en ambas relaciones, lo que en sí mismo puede interpretarse como un contrasentido con respecto a los márgenes que delimitan la dicotomía médico-financiera. Lo cierto es que esta institución pertenece propiamente dicha al campo gestor de la prestación, más por motivos

²⁸ Ley de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (BOE núm. 314, de 29 de diciembre de 2014).

²⁹ En esta Ley se moderniza el régimen jurídico de aplicación, de dos formas, por un lado, se articulan distintos mecanismos para que la gestión se desarrolle con la debida eficacia y eficiencia, y por otro lado, se confiere mayor relevancia y distintas facultades a los destinatarios de la colaboración, los trabajadores por cuenta ajena protegidos, las empresas asociadas y los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

³⁰ 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 (BOE núm. 176 de 21 de julio de 2014).

para algunos inciertos y para otra clara semilla de la desconfianza pura y dura hacia los profesionales sanitarios, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha invadido el terreno sanitario de forma abrupta al crear un órgano subordinado a él cuyas funciones se solapan con las del Servicio Público de Salud. Usando al Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) como pretexto para monitorizar el seguimiento de altas y bajas en los procesos intercurrentes de Incapacidad Temporal, el Instituto Nacional de la Seguridad Social se ha apropiado de competencias que no sólo no le corresponden, sino para las cuales no tiene formación científica especializada en materia laboral alguna que respalde sus pretensiones.

El conflicto abierto de intereses entre ambas entidades ocasiona en la práctica ingentes problemas de difícil solución que generan un debate sin visos de concluir a medio plazo. Es por ello que las vías jurisprudenciales tienden a colapsarse ante la avalancha de demandas exigidas desde un lado y otro del contrapeso socio-laboral, lo que a la postre hace inevitable tener que recurrir a la tormenta de los diversos pronunciamientos doctrinales y jurisprudencial que se han sucedido un año tras otro en relación a la incapacidad temporal. Pero si la fachada del dilema no es fácil de leer, sus ramificaciones se convierten en una pesadilla legislativa salpicada por doquier de claroscuros normativos. Así pues, la manifiesta confusión jurídica que despierta la incapacidad temporal requiere del empleo de todas las pistas plasmadas en los textos legales, hasta el punto de tener que auxiliarse con escritos que marcan su fecha varios años atrás a la promulgación de la actual Constitución Española.

Algunos de los problemas más llamativos que se suceden, en este ámbito, son los de excesivo control o *ius variandi* del empresario, en relación con el juego de entidades implicadas para suspender o extinguir el subsidio por IT; el abandono justificado o injustificado por parte del trabajador al tratamiento médico y los conflictos de competencias entre los Servicios Públicos de Salud, MCSS e INSS.

2.1. El “*ius variandi*” del empresario ante los procesos de baja por incapacidad temporal

Para el supuesto que el trabajador esté realizando actividades lúdicas durante el disfrute de la IT la doctrina científica, así como la jurisprudencia han mostrado su unanimidad al admitir la compatibilidad entre el subsidio y la realización de esa actividad cuando exista recomendación médica³¹. Concretamente, se tratan de casos en lo que a causa de una depresión³², estrés, estados de ansiedad... etcétera, el médico recomiende al paciente que participe en otras actividades de entretenimiento³³, realice trabajos, haga ejercicio físico o se relacione con los demás para superar su

³¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.ª J, “La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido. Comentario a la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002”, *Actualidad Laboral*, n.º 31, 2003, pp. 2697 y siguientes. TOSCANI GIMÉNEZ, D, “La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos”, *Revista Capital Humano*, n.º 235, 2009, p. 120.

³² Ver las sentencias de los TSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006 (LA LEY 1666225/2006); Comunidad de Valencia de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3004) y de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (AS 2009/2527).

³³ Por ejemplo, en la STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006 (LA LEY 1666225/2006) se estudia un supuesto en que tras padecer el trabajador un trastorno adaptativo mixto (ansioso depresivo) a causa de contingencias de origen común se le aconseja participar en actividades que le hiciesen sentir bien. En la STSJ de Valencia de 22 de julio de 2008 (AS 2008/3004) se analiza el caso de un trabajador de la comercial Carrefour S.L que sufre una depresión debido al consumo de drogas y a las malas relaciones familiares que mantiene (se encontraba en fase de separación matrimonial), siéndole recomendado por el facultativo sanitario público como parte de su terapia para evitar el aislamiento y mejorar su autoestima, que realice aficiones y tareas de entretenimiento que le permitan fomentar su intercomunicación social y humana. Y, finalmente, la STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2009 (AS 2009/2527). Aquí el trabajador de la empresa Mercadona S.A es dado de baja médica por presentar una sintomatología ansiosa-depresiva, que se produce con motivo del mal ambiente de trabajo (*mobbing*) que viene sufriendo por su condición de homosexual. Al comprobarse que durante el transcurso de su IT realizaba actividades por cuenta ajena (en el bar del que era propietario su compañero sentimental) fue despedido por la empresa. No obstante, los informes médicos confirmaban que desde que realizaba otras actividades y se relacionaba con otras

enfermedad. Sin embargo, precisamente, es en este campo en donde más se produce la intervención de la esfera laboral pues, en la mayoría de estos casos, haciendo uso el empresario del poder que se le confiere para verificar el estado de la enfermedad de sus trabajadores (artículo 20.4 ET), pone en marcha distintos mecanismos para controlar el absentismo y la posible existencia de fraude³⁴. De este modo si el empleador comprueba la existencia de una flagrante deslealtad o transgresión de la buena fe contractual (*bona fides*), podrá proceder al despido disciplinario por la vía del artículo 54. 2 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Y es que, no se trata el art.20.4 del ET de una norma garantista con los derechos de los trabajadores, sino que inspirada en el artículo 5 del *Statuto dei lavoratori* crea un sistema de control que pretende evitar las conductas fraudulentas y antiabsentistas en las empresas, facultando para ello la utilización de una serie de mecanismos que no se paran en analizar si interfieren o no en los derechos de las personas.

Normalmente, ese control por parte del empresario se lleva a cabo a través de la vía de los detectives privados (quienes emplean cámaras de video y móviles para fotografiar al trabajador)³⁵, el sometiendo del enfermo o accidentado a controles médicos adicionales a los de Seguridad Social y el recurso a las nuevas tecnologías (principalmente, a través del sistema de geolocalización), los cuales resultan en ocasiones abusivos³⁶.

En lo que respecta a los detectives privados la simple verificación por el empresario³⁷ de la realización por el beneficiario de otras actividades, por cuenta propia o ajena, supone el despido inmediato del mismo. Ahora bien, la valoración de los efectos que esa carta de despido produce (procedente, improcedente o nulo) se debe dejar en manos del Juez³⁸. Como dice el TSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005 (LA LEY 165627/2005), para que no se produzca una violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen, el seguimiento debe hacerse en lugares públicos, entradas y salidas

personas, su evolución había mejorado notablemente, siendo finalmente dado de alta a los tres meses siguientes de la fecha del despido. Por esta razón el TSJ entiende, que como la actividad que realizaba no revestía el carácter de laboral, sino que era realizada en régimen de amistad o familiar (artículo 1.3 d) del ET) y no ponía en peligro, ni dilataba en el tiempo su mejoría, era perfectamente compatible con la percepción del subsidio por IT.

³⁴ GOÑI SEIN, J.L. *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 213 a 223: “El control de las ausencias por enfermedad es un tema enmarañado en el que confluyen diversos elementos de análisis: desde las causas sociológicas sobre el absentismo, hasta las económicas directamente ligadas a aquéllas, pasando por las de restablecimiento de la salud y las normas deontológicas elaboradas para el conjunto de profesionales médicos”.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^o.N y MALDONADO MOLINA, J.A. *Manual de Seguridad Social*, Madrid, décima edición, 2023, pp. 294 y 295. Lo más frecuente es que sean las empresas que colaboren en la gestión de la prestación por IT y las MCSS, las que utilicen esta vía de control privado de los estados de enfermedad, siendo menos habitual cuando es el INSS el que se responsabiliza del abono de este subsidio. Evidentemente, cuando la IT sea originada por contingencias comunes el uso de detectives privados es más solicitado que cuando se trate de riesgos profesionales, ya que es ahí en donde más se presume el fraude.

³⁶ Por ejemplo, se suele dar mucho esta práctica a la hora de negociar en los convenios colectivos la protección social complementaria “externa” a la del sistema público de Seguridad Social. Me refiere en particular, dentro de los diferentes instrumentos existentes, a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Para un análisis más completo, ver GARCÍA NINET, J.I, “La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (Coordinación): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

³⁷ Los detectives privados aportan como prueba a la empresa, videos y fotografías en las que se ve al trabajador enfermo realizando otras actividades o desempeñando otros empleos en lo que no se evidencia signo algún de sufrir una incapacidad. Por ejemplo, levantando peso al tiempo que padece una lesión de espalda (Ver STSJ de Las Palmas de Gran Canarias de 23 de febrero de 2006, LA LEY 30522/2006); pintando mientras se encontraba de baja por justificar un dolor en los dedos (STSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005, LA LEY 165627/2005)... etcétera.

³⁸ GOÑI SEIN, J.L. *El respeto a la esfera privada del trabajador*... op. cit., p. 249: “... el informe del agente investigador será ilegítimo y, por tanto, inatendible siempre que concierna a hechos de la personalidad privada del trabajador; y será válida y admisible cuando tenga por objeto bien hechos extraños a la esfera de la *privacy* o bien hechos pertenecientes a esta esfera, pero conscientemente expuestos al conocimiento general del público o cognoscibles por cualquiera, es decir, vicisitudes personales que son de dominio público (por ejemplo: la participación en un partido de fútbol, la asistencia a bares o similares, la realización de trabajos en comercios abiertos al público... etcétera)”.

de establecimientos, siendo ilegítimo si las grabaciones o fotografías se toman estando el trabajador en su casa. El valor de la prueba de los detectives privados no es documental, sino simplemente testifical. Véanse las STSJ de 13 de Cataluña de 13 de mayo de 1005 (LA LEY 107574/2005) y de 27 de julio de 2005 (LA LEY 165627/2005) y del TS de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987/781). Téngase en cuenta aquí la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de julio de 2013, en donde se estudia el despido de un trabajador que está de baja por IT. En concreto, el trabajador (se trataba de un albañil) sufre un proceso de baja calcificada de hombro izquierdo y tendinitis. El TSJ no dio valor de prueba a las imágenes grabadas y fotografías efectuadas por el detective privado tomadas en el jardín de su casa sin su consentimiento, pero sí las que se tomaron cuando el empleado realizaba tareas como limpiar los cristales de su casa, porque tales tareas las estaba efectuando a la vista de cualquier persona que pudiera pasar por la calle en ese momento.

En algunas ocasiones, los jueces han estimado favorablemente los informes y el documental audiovisual que realizan estos detectives privados sobre el trabajador incapacitado para declarar el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual (véase la STSJ de Las Palmas de Gran Canarias de 23 de febrero de 2006 (LA LEY 30522/2006). En esta misma línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife, de 28 de junio de 2005, considera válidas las fotografías e imágenes tomadas por la agencia de detectives que siguió al trabajador durante varios días. Se trataba de un recepcionista de hotel que se encontraba de baja por dolores de espalda. Fue grabado trabajando en una tasca que explotaba, realizando además diversas actividades físicas incompatibles con el motivo de su baja. Sin embargo, en otros casos se ha desestimado esta prueba porque o bien no se acredita la falta imputada al sujeto (STS de 5 de febrero de 1987, RJ 1987/781); o se detecta que la conducta del individuo ha sido inducida por el detective privado (STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006, LA LEY 1666225/2006) o, incluso, se considera que originada por contingencias comunes el uso de detectives privados es más solicitado que cuando se trate de riesgos profesionales, ya que es ahí en donde más se presume el fraude.

Del mismo modo, se legitima al empresario para supervisar (por sorpresa o no) las calificaciones realizadas por los facultativos de la Seguridad Social (Señala a este respecto el TSJ del País Vasco, de 24 de enero de 1994: "... no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho de controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a su salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado...") y, en el caso, de que el trabajador se negase a someterse a dicho los controles privados la empresa estará facultada para proceder a la imposición de una sanción que, normalmente, supone la retirada de la mejora voluntaria por incapacidad temporal. Con referencia al valor probatorio de esas pruebas en sede judicial, los resultados no producen valor vinculante alguno o superior a la certificación médica del sanitario del trabajador, por lo que no pueden ser alegados como causa que justifique el despido o la suspensión de la prestación económica.

Como dice el TSJ de Cataluña de 27 de julio de 2005 (LA LEY 165627/2005), para que no se produzca una violación del derecho a la intimidad ni a la propia imagen, el seguimiento debe hacerse en lugares públicos, entradas y salidas de establecimientos, siendo ilegítimo si las grabaciones o fotografías se toman estando el trabajador en su casa.

El valor de la prueba de los detectives privados no es documental, sino simplemente testifical. Véanse las STSJ de 13 de Cataluña de 13 de mayo de 1005 (LA LEY 107574/2005) y de 27 de julio de 2005 (LA LEY 165627/2005) y del TS de 5 de febrero de 1987 (RJ 1987/781).

En algunas ocasiones, los jueces han estimado favorablemente los informes y el documental audiovisual que realizan estos detectives privados sobre el trabajador incapacitado para declarar el despido procedente por transgresión de la buena fe contractual (véase STSJ de Las Palmas de Gran Canarias de 23 de febrero de 2006 (LA LEY 30522/2006). Sin embargo, en otros casos se ha desestimado esta prueba porque o bien no se acredita la falta imputada al sujeto (Ver STS de 5 de febrero de 1987, RJ 1987/781); o se detecta que la conducta del individuo ha sido inducida por el detective privado (STSJ de la Región de Murcia de 16 de octubre de 2006, LA LEY 1666225/2006); o incluso, se considera que la actividad puntualmente realizada por el enfermo no reviste la suficiente gravedad y proporción como para acarrear su despido (STSJ de Cataluña de 29 de septiembre, AS 2009/2527).

Desde la vertiente de Seguridad Social los efectos que produce trabajar por cuenta propia o ajena, al tiempo que se disfruta de una baja por IT, no son otros que los de suspensión de la prestación económica por un período de tres meses como máximo... o la extinción del subsidio (artículo 47.1 c) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social -LISOS-), así como el posible reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas (artículo 47.3 de la LISOS).

Ahora bien, cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en un caso de vigilancia del empresario con visitas domiciliarias. La sentencia, fechada a 19 de julio de 2003, declaró nulo el despido de un trabajador que prestaba servicios en una empresa de la industria química. En el convenio colectivo de la empresa se tipificaba como falta de los trabajadores la ausencia de su domicilio cuando se encontraran en situación de incapacidad temporal. La empresa tenía contratado un servicio externo que se dedicaba a visitar los domicilios particulares de los trabajadores en baja. El empleado tenía un problema de rodilla y estaba pendiente de intervención quirúrgica, y fue encontrado ausente en su domicilio en diversas fechas. Si bien la vigilancia con visitas domiciliarias no va contra los derechos fundamentales de los trabajadores, el tribunal consideró que la medida de permanencia obligada en el domicilio era desproporcionada a su finalidad. La situación de incapacidad para el trabajo no exige que el trabajador se deba ver privado de su libertad e intimidad, de la posibilidad de desarrollo de su vida privada.

Otra sentencia que llama la atención es la del Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife de 30 de enero de 2015 en donde el empresario recurre a un perito calígrafo para comprobar la veracidad de los partes médicos presentados por el médico. En efecto, para controlar la realidad de la enfermedad de la empleada, una empresa solicitó una pericial caligráfica, pues estaba convencida de que la trabajadora había manipulado los partes médicos; en uno de ellos se había pautado «reposo» durante uno o varios días. A resultas de ello la trabajadora fue despedida. Se cuestionó si la empresa podía o no aportar ciertos documentos, como justificantes médicos o peticiones de anticipos para el cotejo caligráfico sin su conocimiento y consentimiento y si dicha actuación vulneraba la intimidad personal y familiar de la trabajadora. El TSJ concluyó que NO, que los documentos que la empresa facilitó al perito calígrafo para realizar el cotejo de letras o realmente no afectaban a la intimidad de la demandante, o lo hacían de forma muy escasa y tangencial. Pero, incluso admitiendo que existiera esa afectación, la actuación empresarial no se puede considerar contraria a Derecho, pues existían fines constitucionalmente legítimos.

2.2. El eterno conflicto de intereses entre el derecho a la libertad del trabajador y la protección del patrimonio empresarial

El art. 175.2 del TRLGSS se refiere ahora a la posibilidad de suspensión del derecho al subsidio cuando se produzca un rechazo o abandono por parte del beneficiario del tratamiento médico prescrito. Ello supone, únicamente, que cuanto el trabajador decida obedecer a someterse al tratamiento indicado se reanuda entonces, nuevamente, el disfrute de la prestación. Precisamente, en este punto puede llegar a producirse una intromisión ilegítima del empleador en la recuperación de la salud del trabajador, al imponer el sometimiento a este último a un excesivo control médico. Ciertamente, se plantea aquí una fuerte tensión en torno al respecto a la recuperación del trabajador y el trabajo decente, pues no se olvide que en todo momento se busca el retorno inmediato de los trabajadores sea cual sea su estado de salud.

Como ya se ha visto, la IT consiste en una contingencia protegida por nuestro ordenamiento jurídico que precisa para el percibo del correspondiente subsidio que la persona reciba asistencia sanitaria, de tal manera, que si no concurre este requisito no será posible el disfrute de ese derecho. Por tanto, se pretende de una parte restablecer la salud del sujeto con el fin de que pueda reanudar

su actividad laboral y, de otra parte, se persigue controlar la normal evolución de esas dolencias incapacitantes para lo cual resultará imprescindible la expedición de los partes de baja y confirmación de la baja por parte del personal médico, siendo pues éstos los que marquen el inicio y el final de la incapacidad temporal.

En todo este entramado se entrecruzan una triplicidad de intereses, de un lado se encuentran los del empleador, quien tratará de suplir temporalmente esa ausencia en la empresa mediante el recurso a otros compañeros de trabajo, incremento de tareas o incluso contrataciones temporales. Y es que, de lo que se trata es de evitar el menor daño posible al nivel de ingresos empresarial. De otro lado, el trabajador lucha entre su deber por recuperarse y su libertad para decidir sobre el sometimiento a determinadas intervenciones cuando éstas resulten ser demasiado peligrosas o contrarias a sus principios. Y, por último, el sistema de Seguridad Social busca que el empleado mejore lo más rápidamente posible de sus dolencias no sólo para que pueda volver a reincorporarse a su puesto de trabajo, sino también para descargarse de los gastos que esta situación le origina³⁹.

Históricamente, nuestro ordenamiento jurídico ha partido de la idea clave de que el beneficiario está obligado a “observar las prescripciones de los facultativos que le asistan conforme dispone el número uno del artículo ciento dos de la Ley de la Seguridad Social” (artículo 17 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, en adelante RAS)⁴⁰. De lo contrario, es decir, cuando rechace o abandone sin causa razonable el tratamiento indicado, el trabajador será sancionado con la suspensión de los derechos económicos que pudiera corresponderle (artículo 175.2 LGSS)⁴¹.

No obstante, el punto más conflictivo de esta controversia es el relativo al derecho del enfermo a disponer de su propio cuerpo⁴². Y es que, el paciente no sólo tiene que ser siempre informado por el médico que le asista⁴³ de las distintas opciones clínicas posibles, sino que, además, deberá decidir libremente cual de todas aquellas técnicas recomendadas desea que le sea aplicada. Ahora bien, para que el facultativo sanitario pueda llevar a cabo dicho tratamiento necesitará, previamente, del consentimiento del sujeto⁴⁴, salvo en caso de que concurren alguna de las siguientes circunstancias: a)

³⁹ GARCÍA NINET, J.I. “La incapacidad temporal”, en VV.AA, OJEDA AVILÉS, A (Coord): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 88. GARCÍA NINET, J.I., “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”, *Tribuna Social*, nº 61, 1996, p. 88.

⁴⁰ Publicado en el Boletín Oficial del Estado, núm. 284 de 28 de noviembre de 1967 y véase también el artículo 102.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

⁴¹ El artículo 102.1 de la LGSS de 1974, vigente aún en la actualidad, regula una previsión más o menos similar: “El beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten. Cuando sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado, podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones por incapacidad permanente”. También en este mismo sentido, el artículo 11.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril General de Seguridad Social (en donde se dice que: “Serán obligaciones de los ciudadanos con las instituciones y organismos del sistema sanitario: 1. Cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios”).

⁴² TORTUERO PLAZA, J.L. *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*, Madrid, Universidad Complutense- Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1987, p. 349. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Incapacidad temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, nº53, 1993, p. 11.

⁴³ Se trata de un derecho que le corresponde a toda personal tal y como prevé el artículo 4 de 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.

⁴⁴ Ver artículo 2 en su apartado segundo y tercero de 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: “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley” (apartado segundo). “El paciente o usuario tiene derecho a

cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública⁴⁵; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas y; c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento (Artículo 10.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

Cuando el trabajador se niegue a recibir el tratamiento señalado⁴⁶ se deberá instar la alta voluntaria, pues de lo contrario la Dirección del correspondiente centro sanitario, con el consentimiento del facultativo encargado del caso, podrá expedir el alta forzosa⁴⁷. Sin embargo, en el caso de que existan tratamientos alternativos, aunque estos fuesen de carácter paliativo, no procederá el alta forzosa debiendo ser informado el paciente sobre cada uno de ellos y, en caso de que se opusiese a recibirlos, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oír al paciente y, si persistiese en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión⁴⁸.

Si el rechazo del trabajador a recibir el tratamiento prescrito se refiere en particular a aquellos de tipo quirúrgico o especialmente penoso, entonces el procedimiento que habrá de seguirse será el que describe el artículo 17.2 de la RAS. Únicamente resultará exigible este mecanismo para el supuesto de que sea beneficiario de la asistencia sanitaria quien haya solicitado de la Entidad Gestora o colaboradora autorización, bien para no someterse al tratamiento que le haya sido prescrito o abandonarlo ulteriormente. Junto a esta petición de desistimiento el paciente deberá adjuntar cuantos documentos médicos considere pertinentes y justifiquen su pretensión⁴⁹. La Entidad Gestora, MCSS o Empresa colaboradora, previos los informes técnicos que considere preciso solicitar de los facultativos, adoptará la decisión que estime procedente⁵⁰. El sujeto podrá recurrir esta decisión ante las Comisiones Técnicas Calificadoras provinciales constituidas al efecto en Tribunales Médicos⁵¹. Sin

decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles” (apartado tercero). Del mismo modo el artículo 8.1 y 2 de ese mismo texto normativo: “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

Además, el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales proclamada por el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo (Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 (LCEur 2000, 3480), recoge el derecho de las personas a que se exija el necesario consentimiento, libre e informado, para ser objeto de prácticas médicas.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

Esta idea también queda expresada en el artículo 10.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad: “A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención...”.

⁴⁵ En ese caso se llevarán a cabo las medidas previstas en la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Ver TORTUERO PLAZA, J.L. La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral) ... op.cit., p. 350.

⁴⁶ A excepción de los casos que señala el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad.

⁴⁷ Ver artículo 10.9 y 11.4 de la Ley General de Sanidad. En esta línea, el artículo 21.1 de la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: “En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley...”.

⁴⁸ Ver artículo 21.1 (últimos párrafos), así como el apartado 2 de ese mismo artículo en la Ley reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁴⁹ Ver artículo 17.2 de la RAS. En este mismo sentido, ver STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002/7794).

⁵⁰ Ver artículo 17.3 de la RAS.

⁵¹ Ver artículo 17.4 de la RAS. Tras desaparecer las Comisiones Técnicas Calificadoras provinciales, es ahora el INSS el único competente para resolver sobre este procedimiento tal y como dispone el artículo 3.4 del Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de incapacidad permanente en la Seguridad Social: “Será competencia del Instituto Nacional de la Salud, cualquiera que sea la Entidad gestora

embargo, cuando el individuo simplemente se haya limitado a acudir por vía de hecho al abandono del tratamiento, sin solicitar autorización de la deudora de la prestación, no podrá requerirse la tramitación de procedimiento alguno, pudiendo en este caso el INSS proceder a sancionar al trabajador mediante la suspensión de la IT (artículo 132 de la actual LGSS y 102 de la LGSS de 1974). Si el trabajador entiende que la sanción impuesta no se ajustada a derecho podrá acudir a la jurisdicción competente en ejercicio de su derecho para impugnar la decisión de la Gestora⁵², pues late aquí el derecho del enfermo a disponer de su propio cuerpo⁵³. De ahí que resulte tan difícil compaginar el respeto a determinados derechos constitucionales⁵⁴ con la obligación del individuo de acelerar el proceso curativo para su más pronta reincorporación al puesto de trabajo⁵⁵. Quizás por ello, aunque también por la redacción tan ambigua que ofrece el artículo 17 de la RAS y que claramente contradice lo que dispone la LGSS, se haya discutido en sede doctrinal y judicial la determinación de sobre a quién le corresponde la probanza de la irracionalidad de la decisión adoptada por el trabajador. Incliniéndose la opinión mayoritaria por la inversión de la carga de la prueba, esto es, porque sea la Entidad Gestora o colaboradora (según en caso) la responsable de demostrar el sinsentido que supone el comportamiento abusivo del sujeto respecto al tratamiento prescrito⁵⁶.

Determinar cuándo una conducta es racional y cuando constituye abandono no es tarea nada sencilla, pues no aparecen delimitados en la ley unos criterios concretos a seguir, sino que por el contrario se evalúa esa actitud en función de las circunstancias precisas⁵⁷. Durante años lleva ya la jurisprudencia tratando de colmar esa laguna existente en nuestro sistema jurídico. No obstante, la enorme litigiosidad que ofrece ese juego de intereses contrapuestos entre las partes conduce a que, en ocasiones, para un mismo supuesto existan pronunciamientos muy contradictorios. A este respecto entienden los tribunales que no existe causa de abandono cuando: sufriendo simultáneamente una patología de tipo traumático y otra de carácter psíquico el médico recomiende al trabajador, como terapia, regresar por un tiempo a su país de origen y continuar allí el tratamiento rehabilitador aprovechando su estancia⁵⁸; o habiendo agotado otras posibilidades terapéuticas sin conseguir mejora

o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate: 4. Resolver las reclamaciones que se promuevan por los beneficiarios de la asistencia sanitaria contra las decisiones en las que se haya calificado de no razonable la negativa de aquéllos a seguir los tratamientos que les hubieran indicado los facultativos que les asisten, en los supuestos previstos en el artículo 17 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre”.

⁵² Ver el fundamento de derecho tercero de la STS de 22 de abril de 2002 (RJ 2002/7794) y el fundamento de derecho primero de la STSJ de Castilla y León, Burgos de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007/14165).

⁵³ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. “Incapacidad temporal y maternidad”... op.cit., p. 11. BARBA MORA, A. *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*... op.cit., p. 97.

⁵⁴ No sólo el derecho al propio cuerpo, sino también a la libertad religiosa, ideológica... etcétera.

⁵⁵ FERNÁNDEZ PRATS, C. *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 317. Véase STSJ de Castilla y León, Valladolid de 8 de junio de 2005 (AS 2006/2885). Considera este tribunal, que los derechos a la integridad física, psíquica, así como a la dignidad, prevalecen incluso por encima de la obligación de recibir un determinado tratamiento quirúrgico, y todo ello con independencia de si dicha intervención se llegase a efectuar o no con éxito.

⁵⁶ En esta línea ver, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. “Incapacidad temporal y maternidad” ... op.cit., p.11. GARCÍA NINET, J.I: “La incapacidad temporal” ... op.cit., p. 91. SALA FRANCO, T: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, op.cit., p. 63. MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*... op.cit., p. 225. FERNÁNDEZ PRATS, C. *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*... op.cit., p. 317. BARBA MORA, A. *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012, p. 96. En contra, ver STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2000 (JUR 2001/30473).

⁵⁷ MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 226 y 227.

⁵⁸ Ver STSJ de Cataluña de 16 de julio de 1999 (AS 1999/3155): “Sin embargo, la actuación de la recurrente no puede ser calificada como irrazonable, por lo siguiente: 1) Sufriendo simultáneamente una patología de tipo traumático y otra de tipo psiquiátrico, el médico que le atendía por esta última le aconsejó como terapia que regresara una temporada a su país de origen; 2) La recurrente puso en conocimiento del médico que le había operado la mano derecha su intención de ir a Marruecos, manifestándole éste que por su parte no existía ningún inconveniente en

alguna y siempre que no entrañe peligro inminente para el enfermo la intervención quirúrgica solicite el alta médica⁵⁹; o por no acudir a las sesiones de rehabilitación prescritas a consecuencia de un suceso accidental ocurrido durante el transcurso de una intervención quirúrgica de cirugía estética⁶⁰; o cuando el paciente se oponga a recibir una intervención quirúrgica arriesgada que no garantice ningún éxito⁶¹; o en el supuesto de que el trabajador decida ser intervenido en un centro de la Seguridad Social en el que ya se encontraba en lista de espera, en vez del concertado por la Mutua⁶²; o si a causa de su hepatopatía alcohólica el acreedor de la prestación no cumplierse con las prescripciones médicas aconsejadas, llevando a cabo así hábitos incompatibles con el tratamiento previsto⁶³; o cuando no se le requiera de manera formal al sujeto para ser intervenido quirúrgicamente⁶⁴ y, finalmente, en caso de que el paciente se niegue a someterse a una intervención quirúrgica que trae su causa en unas secuelas que son ocasionadas durante el trascurso de una prueba practicada con la misma aseguradora, aportando éste como prueba al juicio, otros informes médicos que así lo corroboran⁶⁵.

Por el contrario, la doctrina judicial considera que la causa de rechazo al tratamiento es injustificada en los casos que: la operación quirúrgica que se le ofrece al demandante constituye la

que la actora realizara allí tratamiento, de modo que ésta dejó el tratamiento prescrito en una situación de legítima confianza de que su actuación era correcta, y tenía la aprobación de quien correspondía; y 3) La recurrente en Marruecos siguió efectivamente tratamiento médico rehabilitador de su mano derecha durante 39 sesiones desde el 21-7-1997 al 11-9-1997, abonando 150 DH por sesión, de modo que tampoco hubo abandono del mismo, sino continuación por otros medios”.

⁵⁹ Ver STSJ de Andalucía, Málaga de 22 de junio de 2001 (JUR 2001/286192).

⁶⁰ STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2001 (AS 2001/4096): “En el caso de autos, el abandono se ha producido en efecto, lo cual obliga a examinar si el mismo fue por causa razonable, en otras palabras, si el sometimiento a la intervención quirúrgica de cirugía estética constituye una causa razonable de abandono. Y a tal efecto debe decirse que dicha intervención, en cuanto tenía carácter ambulatorio, no determina en sí necesidad alguna de abandonar el tratamiento rehabilitador prescrito a la actora, habiendo tenido lugar el mismo de forma totalmente ajena a la voluntad de ésta, como consecuencia de un suceso accidental acaecido durante el trascurso de la citada intervención, que determinó finalmente un resultado inesperado constituido por la necesaria hospitalización para atender a las secuelas de dicho accidente. Y es precisamente éste el que provoca la imposibilidad de la actora de acudir a las correspondientes sesiones de rehabilitación que le habían sido prescritas”.

⁶¹ STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 1996 (AS 1996/624); de Andalucía, Granada de 6 de mayo de 1998 (AS 1998/6037) y de Castilla-La Mancha de 16 de octubre de 2002 (JUR 2003/90193). En contra, STSJ de Galicia, de 7 de marzo de 1995 (AS 1995/962).

⁶² Ver STSJ de Castilla y León, Valladolid de 7 de abril de 2004 (JUR 2004/153380): “... partiendo del relato de los hechos probados..., no es absolutamente exacto que el actor rechazara sin causa razonable el tratamiento que le fue indicado, en este caso una intervención quirúrgica, sino que a propuesta por la Mutua Fremap la intervención quirúrgica en un centro concertado para septiembre de 2002, el actor prefirió ser operado en un centro de la Seguridad Social en el que se encontraba ya en lista de espera, operación que tuvo lugar el 6 de noviembre de 2002, por lo que no demoró sustancialmente su curación para lucrar las prestaciones económicas por Incapacidad Temporal más allá de unos días para el supuesto de que la operación propuesta por la Mutua hubiera podido llevarse a cabo en Septiembre; reputamos pues razonable y no injustificada la decisión del actor de ser intervenido en un centro de la Seguridad Social máxime cuando ya se encontraba en lista de espera y sólo faltaban unos escasos días para ser operado...”.

⁶³ STSJ de Asturias de 4 de febrero de 2005 (JUR 2005/201427).

⁶⁴ STSJ de Andalucía, Granada de 6 de mayo de 1998 (AS 1998/6037) y de las Islas Canarias, Las Palmas de 27 de enero de 2006 (JUR 2006/100264).

⁶⁵ STSJ de Andalucía, Granada de 2 de abril de 2008 (JUR 2008/269255).

única solución a sus dolencias⁶⁶ y no se ofrece tratamiento alternativo⁶⁷; desista el trabajador de una intervención quirúrgica por miedo⁶⁸ o no acuda a los llamamientos para suministrarle un tratamiento sin mediar causa alguna y alargando, por consiguiente, la duración de la enfermedad⁶⁹; se oponga el enfermo por motivos religiosos a ser intervenido quirúrgicamente debido al alto riesgo de ejecutar una transfusión sanguínea⁷⁰; o se compruebe que posee el sujeto en sangre unos niveles de medicación inferiores a los indicados⁷¹.

En este sentido, la doctrina científica ha negado que exista una suspensión del subsidio de IT cuando lo que se produce es una incomparecencia del sujeto a la recogida de los partes de confirmación de la baja⁷². Del mismo modo, tampoco cabe justificar como de irracional la negativa del trabajador a ser atendido por un concreto facultativo, ya que, en virtud del artículo 13 de la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente⁷³, podrá éste decidir escoger de manera libre a otro especialista. Sin embargo, negarse a practicar una determinada prueba médica sí constituirá una causa poco defendible⁷⁴ siempre que no exista otro mecanismo alternativo.

⁶⁶ Ver la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de noviembre de 1988 (RTCT 1988/7564): “Frente a la antigua doctrina conforme a la cual la negativa a seguir un tratamiento quirúrgico era siempre razonable, en base a que por sencilla que sea siempre implica una serie de riesgos, en el estado actual de la medicina deben tenerse en cuenta los avances de la cirugía, con los consiguientes aumentos de eficacia y disminución de riesgos, de tal modo que la negativa injustificada del trabajador no debe permitir la continuidad en el disfrute de los beneficios de la Seguridad Social, máxime cuando se trata de un supuesto de Incapacidad Laboral Transitoria, cuya finalidad es la de conseguir la plena recuperación del productor...”.

⁶⁷ STSJ del País Vasco de 25 de septiembre de 2007 (JUR 2008/35179): “... los facultativos del servicio público de salud advierten de la mejoría experimentada por la recurrente en su vida al margen de lo laboral, pero no se comprometen a diagnosticar una más o menos próxima recuperación de las facultades exigidas por su ocupación laboral de seguir con el tratamiento rehabilitador (gimnasia). Ello lleva necesariamente a considerar que la única alternativa viable para la vuelta al trabajo de la trabajadora pasa por la intervención pautada por los servicios de la entidad colaboradora, lo que determina, en aplicación del artículo 132.2 LGSS, la suspensión del derecho al subsidio por no aceptar el tratamiento establecido para superar la patología incapacitante”.

⁶⁸ STSJ de Andalucía, Granada de 17 de julio de 1998 (AS 1998/3745).

⁶⁹ STSJ de Galicia de 19 de julio de 2000 (AS 2000/2120) y de Madrid de 12 de diciembre de 2005 (JUR 2007/35766). En este mismo sentido, véase Muñoz Molina, J: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* o.cit., p. 228.

⁷⁰ STSJ de Castilla y León, Valladolid de 6 de abril de 2001 (AS 2001/2891): “... el actor se niega a ser tratado quirúrgicamente por el INSALUD, por temor de que en el curso de la operación hubiera de ser objeto de una transfusión de sangre, lo que constituye una negativa injustificada a ser objeto del oportuno tratamiento médico, en un caso además que por la sencillez de la operación de que se trataba, existía un mínimo riesgo para su vida y salud, y que por ello no puede ser respaldada por unas creencias religiosas que además no tienen el menor respaldo de la comunidad científica, y si el actor decidió acudir a la medicina particular para ser intervenido sin ningún tipo de trasfusión (técnica médica que por cierto es cuestionada por los Médicos de la Seguridad Social), ello constituye un acto voluntario que se realiza «extramuros» del Sistema de Seguridad Social, no sólo en lo que respecta a la asistencia sanitaria que no tiene obligación de prestar de la forma que el actor pretende, sino también con referencia a los aspectos económicos que se derivan de la posición del actor, por lo que tampoco la Seguridad Social tiene obligación de asumir unas prestaciones de las que voluntariamente ha renunciado al negarse a ser sometido al correspondiente tratamiento médico para obtener el restablecimiento de su estado sanitario, lo que evidentemente puede hacer y disponer libremente de su salud, pero no puede por ello disponer de los fondos públicos...”.

⁷¹ STSJ de Galicia de 29 de abril de 2009 (JUR 2009/256654) y 30 de marzo de 2012 (AS 2012/1510).

⁷² JOVER RAMÍREZ, C. *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de Seguridad Social...* op.cit., p. 384. MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social...* o.cit., p. 228. FERNÁNDEZ PRATS, C. *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., p. 319.

⁷³ Artículo 13. Derecho a la información para la elección de médico y centro: “Los usuarios y pacientes del Sistema Nacional de Salud, tanto en la atención primaria como en la especializada, tendrán derecho a la información previa correspondiente para elegir médico, e igualmente centro, con arreglo a los términos y condiciones que establezcan los servicios de salud competentes”.

⁷⁴ FERNÁNDEZ PRATS, C. *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social...* op.cit., p. 318.

En definitiva, el concepto de lo que se ha de interpretarse como razonable y lo que no, resulta ser tan sumamente subjetivo que podría conducirnos a incurrir en contradicción ante unos mismos hechos, pues dependiendo de los valores por los que nos inclinemos la resolución al caso podrá ser distinta. Por esta razón, entiendo que resulta estrictamente necesario el examen de todas las piezas que confluyen en un mismo puzzle y, por supuesto, resulta clave la apreciación si existe o no mala fe del sujeto protegido, con la clara intención de para prolongar más allá de lo permitido el disfrute de la prestación⁷⁵.

2.3. El recurso a la “geolocalización” como mecanismo de control empresarial de los procesos de baja por incapacidad temporal

La geolocalización del trabajador constituye una medida de control empresarial a través de la cual podrá éste conocer la posición exacta de los empleados en cada momento. En esta misma dirección, el artículo 2 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) aclara que: “... cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal de un usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público”. Por lo tanto, a través de esta medida de tratamiento de datos personales (artículo 4 del Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en los que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. Aquí se define a los “datos personales” como: “... toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”), el empresario vía GPS puede localizar por medio de vehículos, relojes inteligentes, *tablets* y teléfonos móviles a sus trabajadores. Este mecanismo de control resulta ser más habitual en comerciales, empresas de transporte y de reparto de mercancías, por lo tanto, en aquellas actividades en donde los trabajadores deban desplazarse para poder prestar sus servicios. No obstante, también se ha empleado el mecanismo de la geolocalización en los casos en los que el trabajador está de baja por incapacidad temporal, pues se sospecha sobre el uso “diligente” y “abusivo” de los procesos por incapacidad temporal

Al amparo del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, el empresario podrá “... adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales...”, debiendo respetar siempre los derechos digitales fundamentales de los trabajadores, entre los que se encuentra el derecho a la intimidad. La jurisprudencia ha venido recalando la importancia de que, en el ámbito laboral, se informe a los trabajadores que vayan a ser geolocalizados al tiempo que se respete los requisitos de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (entre otras, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias de 27 de diciembre de 2017; del País Vasco de 20 de mayo de 2017; de Asturias de 30 de marzo de 2017; de Andalucía (Granada) de 15 de julio de 2015; J de Madrid de 21 de marzo de 2014; de Castilla y León —Valladolid— de 8 de marzo de 2013). De igual modo, destaca la sentencia la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2019). En todo caso, estos dispositivos solo deberán estar en funcionamiento durante la jornada laboral del trabajador pues, como establece el artículo 87 de la

⁷⁵ LÓPEZ INSUA, B.M. “Derechos, garantías y deberes de los beneficiarios en situación de Incapacidad Temporal”, en VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F (Director editorial y coordinador), RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 97-122.

LO 3/2018: “... el empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”. Por lo tanto, una vez haya finalizado la jornada laboral y fuera del tiempo de trabajo, será preciso que el empresario cuente con el consentimiento previo y expreso del trabajador para mantener activados los sistemas de geolocalización, sin que pueda ampararse en su poder de dirección y control que, conforme al artículo 20.3 del ET le permite “adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales”. De este modo, los trabajadores podrán saber que los datos recogidos con el GPS pueden ser utilizados para fines de optimización de los procesos, aumento de la seguridad, control de las tareas, programas de motivación y rendimiento, aunque también como vía sancionadora y/o disciplinaria. Se trata, por tanto, de cumplir con el principio de transparencia e información que prevé el artículo 11 de la LO 3/2018 de Protección de Datos. En otras palabras, el recurso a estos mecanismos de monitorización deberá siempre respetar el derecho a la dignidad del trabajador, pero también a la intimidad del trabajador, en tanto que el artículo 20 bis del ET reconoce el derecho del trabajador “a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización”.

A fin de que se respete el derecho a la intimidad de los trabajadores, el artículo 87.3 de la LO 3/2018 establece que: “... los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales”, contando para ello con la participación de los representantes de los trabajadores. Asimismo, “el acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores”, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la intimidad del trabajador⁷⁶.

Los trabajadores deberán ser previamente informados (expresa, precisa e inequívocamente) de las consecuencias de la obtención de dichos datos o de la negativa de suministrarlos. En caso contrario, podrán los tribunales declarar la nulidad de la actuación empresarial por violación de derechos fundamentales. Ahora bien, ¿qué ocurre en caso de que el trabajador esté de baja por incapacidad temporal?

Pese a la posición favorable que algunos tribunales vienen manteniendo en caso de geolocalización durante el desempeño de la actividad laboral, en caso de baja por incapacidad temporal encontramos sentencias muy contradictorias. En este sentido, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo considera, a fecha de 15 de septiembre de 2020 (recurso núm. 528/2018)⁷⁷, que es lícito que la empresa recoja los datos del geolocalizador GPS del vehículo de empresa del trabajador siempre que: 1) esté informado de su instalación, 2) tenga restringida la utilización del coche a la actividad laboral y 3) sólo recojan información sobre el movimiento y localización del vehículo.

El Supremo analiza aquí el recurso de una empresa dedicada al comercio al por menor de equipos de telecomunicaciones y considera procedente el despido disciplinario de una supervisora, acordado por la compañía ante la “utilización intensa” del coche de empresa que tenía asignado en

⁷⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C, “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Aranzadi Digital*, núm. 4 de 2019.

⁷⁷ Para un conocimiento más exhaustivo véase LÓPEZ INSUA, B.M. “Derecho a la intimidad en el trabajo y nuevas tecnologías”, en VV.AA., *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo en el siglo XXI* (ORTEGA LOZANO, P.G y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (Coord); MONEREO PÉREZ, J.L., VILA TIerno, F., ESPÓSITO, M y PERÁN QUESADA, S (Dir), Granada, Comares, 2021, pp. 253-306.

un periodo en que ella estaba de baja médica y el fin de semana inmediatamente anterior, pese a la prohibición del uso del vehículo para fines ajenos a la actividad laboral. Dicho uso fue registrado por el sistema de localización por GPS del coche, de cuya instalación fue informada en su día la trabajadora.

Destaca el Tribunal Supremo lo siguiente: “la trabajadora conocía que el vehículo no podía ser utilizado fuera de la jornada laboral y, junto a ello, que el mismo estaba localizable a través del receptor GPS. De ahí que no aprecie ninguna invasión en sus derechos fundamentales con la constatación de los datos de geolocalización que permiten ver que el indicado vehículo es utilizado desobedeciendo las instrucciones de la empresa en momentos en que no existía prestación de servicios”. En este sentido, el Supremo entiende que no ha quedado afectado el derecho a la intimidad de la trabajadora en tanto que, a través del sistema de geolocalización, sólo se conocía la ubicación y movimientos del vehículo que utilizaba la misma, de acuerdo con lo pactado.

Recuerda el tribunal que la utilización de los datos de localización del vehículo en los términos indicados en la carta de despido de la empresa “no refleja –ni tiene capacidad para ello- ninguna circunstancia personal de la trabajadora. Lo que pone de relieve es que ésta lo utilizó –o pudo permitir que otros lo hicieran- con incumplimiento manifiesto de las instrucciones al respecto, dado que, en los periodos de descanso laboral de la actora, así como durante su situación de baja el GPS debería haber reflejado la inmovilización del vehículo”.

Por ello, estima el recurso de la empresa contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada y con fecha de 19/10/2017), que consideró nulo el despido por entender que no era correcto usar los datos del GPS que correspondían a tramos horarios ajenos a la jornada laboral, y confirma íntegramente la sentencia inicial dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Almería, que desestimó la demanda de la trabajadora al entender procedente el despido.

En la línea de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Granada se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en una sentencia de 10 de mayo de 2011, en donde se afirma que la geolocalización del trabajador que está de baja por incapacidad temporal constituye un ilícito que se entromete “injustificada y desproporcionadamente” en la esfera privada del trabajador. El TSJ del País Vasco declara nulo el despido de un trabajador que fue cesado por realizar actividades en principio incompatibles con su situación de enfermedad, tomando la empresa como prueba de su incumplimiento los datos obtenidos del GPS que el detective colocó en los bajos del vehículo. Y es que, como indica esta sentencia, los detectives no disponen de una patente de corso para interferir en el derecho a la intimidad de las personas sirviéndose de las nuevas tecnologías, debiendo utilizar únicamente aquellos métodos que respeten el derecho a la vida privada del sometido a control. No hubo ni consentimiento ni autorización, ni tampoco circunstancias especiales que pudiesen justificar su instalación.

3. LA DIGITALIZACIÓN DE LOS PARTES MÉDICOS DE BAJA, CONFIRMACIÓN Y ALTA POR INCAPACIDAD TEMPORAL

En el BOE número 4, de 5 de enero de 2023, sale publicada una importante novedad legislativa, a saber: el Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el conocido 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 duración. Asimismo, cabe relacionar este Real Decreto con la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, que desarrolla el Real Decreto 625/2014 y que, se ha visto recientemente modificado, gracias a la Orden ISM/2/2023, de 11 de enero (BOE número 11, de 13 de enero de 2023).

Recuérdese que, en el año 2014, salieron publicadas dos importantes modificaciones en materia de incapacidad temporal, de un lado, el mentado “Real Decreto 625/2014” y, de otro, la “Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social”.

El miedo ante el uso fraudulento que durante los procesos de baja (sobre todo por contingencias comunes) venía produciéndose fue el detonante de sendas reformas. Y es que, el debate en torno al establecimiento de un sistema de protección o de incremento de las medidas de control ha constituido base o causa raíz para el surgimiento esta acalorada disputa en sede doctrinal y jurisprudencial. Sin embargo y, contra de todo pronóstico, el legislador español ha inclinado la balanza a favor de un sistema poco garantista y proteccionista de las situaciones de baja que ocasionan una incapacidad temporal. De nuevo la sombra del fraude merodea incansable en la cabeza del legislador, por lo que a fin de evitar abusos o situaciones de absentismo injustificado concede al Instituto Nacional de la Seguridad Social, pero también a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social un incremento de las competencias en materia de control de la incapacidad temporal.

Haciendo gala de los objetivos marcados, la Ley 35/2014 modifica y moderniza el régimen jurídico de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social (anteriormente denominadas Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional), haciendo especial énfasis en las actividades de control y seguimiento de los procesos de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes que podrán llevar a cabo estas entidades privadas. Y, de igual modo, les confiere a las mutuas la posibilidad decidir sobre la denegación, suspensión, anulación y extinción del subsidio por incapacidad temporal. Por otro lado, el Real Decreto 625/2014, mejora la coordinación de actuaciones por parte del Servicios Públicos de Salud, Entidades Gestoras y Mutuas Colaboradoras, al tiempo que aligera los trámites y obligaciones burocráticas. Además, con este Real Decreto se flexibilizan los plazos de emisión de los partes médicos de confirmación y se potencia la utilización de las nuevas tecnologías.

A pesar de este diseño, lo cierto es que el Real Decreto 625/2014 mantuvo el *modus operandi* tradicional, mediante el cual el facultativo entregaba a la persona trabajadora, además del parte médico destinado a la misma, una copia en papel de los partes médicos de baja, confirmación y alta del trabajador. Todo ello, a fin de que el trabajador actuara como intermediario con la empresa, dentro del plazo estimado. No obstante, la experiencia de lo ocurrido durante la pandemia del COVID-19, así como el avanzado desarrollo de los sistemas informáticos (puestos en funcionamiento, entre las Administraciones Públicas, tras las Leyes 39/2015 y 40/2015, ambas de 1 de octubre) evidencian la necesidad de modificar estos engorrosos trámites burocráticos. Se busca así evitar las consecuencias gravosas que para las personas trabajadoras supone todo este esquema, lo cual resulta congruente con la misma naturaleza de la prestación por incapacidad temporal.

Ciertamente, hace años que la Administración Pública utiliza los sistemas informáticos para agilizar y mejorar la relación con sus empleados, sin embargo, esta práctica no se trasladado -hasta ahora- a los procesos de baja por incapacidad temporal por razones que desconocemos. De igual modo, sorprende que tampoco se haya hecho extensible a otros procesos de baja, como son los derivados de los periodos de inactividad durante el riesgo durante el embarazo, lactancia, nacimiento de hijo... etcétera⁷⁸.

⁷⁸ Véase MALDONADO MOLINA, J.A: “El fin de la entrega del parte de baja por el trabajador a la empresa” (Consulta: 6 de febrero de 2023). Disponible en <https://www.transformaw.com/blog/el-fin-de-la-entrega-del-parte-de-baja-por-el-trabajador-a-la-empresa/>

El Real Decreto 1060/2022 modifica los artículos 2.3, 6.3 y 7 del RD 625/2014 e introduce las siguientes novedades: 1. Se elimina la segunda copia del parte de baja que el facultativo venía entregando al trabajador para que éste lo remitiera a la empresa, INSS o Mutua y 2. Todas las notificaciones se efectuarán por vía telemática.

Esta norma no entrará en vigor hasta el 1 de abril de 2023 y ello es porque el legislador quiere realizar aquí un aterrizaje suave que permita, a todos los entes implicados, adaptarse al nuevo sistema informatizado. Esta norma únicamente afectará a los trabajadores que comiencen su baja por incapacidad temporal a partir de la entrada en vigor del RD 1060/2022, incluyendo los procesos que estén en curso y que no hayan superado los 365 días de duración (a fecha de 1 de abril de 2023).

La dinámica a seguir, a partir del 1 de abril de 2023, será la siguiente: 1) El servicio público de salud o, en su caso, la mutua o la empresa colaboradora, remitirá los datos contenidos en los partes médicos de baja, confirmación y alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social, por vía telemática, de manera inmediata, y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de su expedición. 2) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, a su vez, comunicará a las empresas los datos identificativos de carácter meramente administrativo relativos a los partes médicos de baja, confirmación y alta emitidos por los facultativos del servicio público de salud o de la mutua, referidos a sus personas trabajadoras, como máximo, en el primer día hábil siguiente al de su recepción en dicho Instituto. 3) Las empresas tienen la obligación de transmitir al Instituto Nacional de la Seguridad Social a través del sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED), con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados a partir de la recepción de la comunicación de la baja médica, los datos que se determinen mediante orden ministerial. La citada transmisión no será obligatoria cuando la persona trabajadora pertenezca a algún colectivo respecto del cual la empresa o empleador no tenga obligación de incorporarse al sistema RED.

Cabe resaltar que estamos ante obligaciones de carácter imperativo, por lo que su incumplimiento podrá constituir una infracción leve, como tipifica el artículo 21.4 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

A modo de conclusión: indicar que, aunque realmente se mejora el modo de presentación de los partes de baja, confirmación y alta del trabajador, lo cierto es que, por otro lado, este sistema va a llevar a una clara reducción en los plazos de revisión médica que se efectúan por parte de los facultativos médicos, lo cual no queda exento de críticas. En efecto, hasta ahora el paciente tenía que esperar 15 días para saber si continuaba en proceso de baja o era dado de alta, sin embargo, ese corto *lapsus* de tiempo se ve alterado con esta reforma. Las consecuencias negativas que con ello se va a provocar acarrearán consecuencias para una evaluación favorable de los procesos de baja por incapacidad, sobre todo en aquellos pacientes más nervioso o con enfermedades en donde influya la sintomatología psíquica. Quizás, en este punto, la normativa tenía que haber ofrecido alguna aclaración o ampliación de los plazos para no perjudicar al trabajador. De igual modo, tampoco se resuelve el problema que plantea (sobre todo para las empresas) la emisión de partes médicos de baja en viernes. Y es que, parece que el legislador no ha detectado el problema práctico que ello supone, en tanto que las empresas tienen que responder rápidamente para no ser sancionadas, al tiempo que buscan una persona que sustituya al trabajador de baja.

Finalmente, cabe preguntarse en este punto lo siguiente: ¿quedan afectadas, por la digitalización de la IT, las nuevas causas que recoge 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 embarazo⁷⁹? En particular, se crean por medio de la LO 1/2023 tres nuevas situaciones: el síndrome menstrual secundario, la situación posterior a la interrupción del embarazo, voluntaria o no, cuando resultan incapacitantes para el trabajo y, finalmente, la semana trigésima novena de la gestación, que pasa a ser considerada como especial situación incapacitante a efectos laborales. Nada resuelve, al respecto, el Real Decreto 1060/2022 y lógicamente porque se tratan de situaciones creadas con posterioridad a la publicación de la mentada norma. No obstante, entiendo que al tratarse de causas que dan lugar a un proceso de incapacidad temporal inferior a 365 días cabe incluirlas, igualmente, en el proceso de digitalización.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “Incapacidad temporal y maternidad”, *Tribuna Social*, nº53, 1993, p. 11.
- BARBA MORA, A.: *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2012, p.97.
- BOZZAO, P.: “Incapacidad Laboral y Seguridad Social en una sociedad de trabajo cambiante”, *Revista de Seguridad Social*, nº15, 2018, p. 220.
- BOZZAO, P.: “Título VII. Incapacidad laboral y Seguridad Social en una sociedad de trabajo cambiante”, VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F (Director editorial y coordinador), RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 1197-1198.
- FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La protección de la Incapacidad Temporal en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 317-319.
- GARCÍA DE CORTAZAR NEBRED, C.: “La Incapacidad Laboral temporal en la Unión Europea. Panorama desde el puente”, en VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F (Director editorial y coordinador), RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 1084-1089.
- GARCÍA NINET, J.I.: “La prestación complementaria de la I.L.T., Invalidez Provisional e Invalidez Permanente en la negociación colectiva de los años 1990, 1991 y 1992”, en VV.AA., OJEDA AVILÉS, A (Coordinación): *III Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p.91.
- GARCÍA NINET, J.I.: “Causas de pérdida o de suspensión de la prestación económica por Incapacidad Temporal”, *Tribuna Social*, nº 61, 1996, p.88.
- GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal”, en VV. AA, OJEDA AVILÉS, A (Coord): *La Incapacidad Temporal*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 88.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Control empresarial de la actividad laboral mediante la videovigilancia y colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Novedades de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales”, *Aranzadi Digital*, núm. 4 de 2019, p. 5.
- GOÑI SEIN, J.L.: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 213 a 223.
- IHERING, R.V.: *El fin en el derecho*, Estudio preliminar “El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del Derecho” por JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, Granada, Comares, 2011, p. 107.

⁷⁹ BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

- LÓPEZ ÁLVAREZ, M.^a J.: “La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido. Comentario a la STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002”, *Actualidad Laboral*, n.º 31, 2003, p. 2697.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Vacaciones e IT: perspectiva comunitaria y española”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº10, 2013, pp.243-263.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derechos, garantías y deberes de los beneficiarios en situación de Incapacidad Temporal”, en VV.AA., ORTIZ CASTILLO, F. (Director editorial y coordinador), RODRÍGUEZ INIESTA, G y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords), *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 97-122.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Trabajo decente y prestaciones ante situaciones de necesidad (I): Incapacidad para trabajar”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L; GORELLI HERNÁNDEZ, J y DE VAL TENA, Á.L (Dirς) y LÓPEZ INSUA, B.M (Coord): *El trabajo decente*, Granada, Comares. Colección Trabajo y Seguridad Social nº111, 2018, pp. 573-598.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a la intimidad en el trabajo y nuevas tecnologías”, en VV.AA., *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo en el siglo XXI* (Ortega Lozano, P.G y Ruiz Santamaría, J.L (Coord); Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Espósito, M y Perán Quesada, S (Dirς), Granada, Comares, 2021, pp. 253-306.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Evaluación de incapacidades temporales y permanentes” en VV.AA., MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ y SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR (Coords); JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ, MARÍA PILAR RIVAS VALLEJO, MARÍA NIEVES MORENO VIDA, FRANCISCO VILA TIERNO y JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS (Dirς)., *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia Covid-19*, Navarra, Aranzadi Thomson Reuters, Vol. 2, (TOMO II), 2021, pp. 441-520.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: *El control de la incapacidad temporal tras la reforma legislativa de las Mutuas Colaboradoras de la Seguridad Social*, Granada, Comares, 2015.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 25-178.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2014, pp. 45-108.
- LÓPEZ INSUA, B.M.: “Impacto de las nuevas tecnologías en la protección de la incapacidad temporal”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L y MALDONADO MOLINA, J.A (Dirς), VIDA FERNÁNDEZ, R y MUROS POLO, A. (Coords)., *Los sistemas de protección social ante la incidencia de la disrupción digital*, Granada, Comares, 2023.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: “El fin de la entrega del parte de baja por el trabajador a la empresa” (Consulta: 6 de febrero de 2023). Disponible en <https://www.transformaw.com/blog/el-fin-de-la-entrega-del-parte-de-baja-por-el-trabajador-a-la-empresa/>
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La garantía internacional del derecho a un trabajo “decente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* num.177/2015, pp.1-2.
- MONEREO PÉREZ, J.L y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2)”, en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirς), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, pp. 395-430.

- MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^a.N y MALDONADO MOLINA, J.A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, décima edición, 2023, pp. 294 y 295.
- MUÑOZ MOLINA, J.: *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 225-228.
- SALA FRANCO, T.: *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005, p. 63.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: *La Incapacidad Temporal para el trabajo en la Seguridad Social (Tesis Doctoral)*, Madrid, Universidad Complutense- Facultad de Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 1987, pp. 349-350.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D.: “La compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal con la realización de otros trabajos”, *Revista Capital Humano*, n° 235, 2009, p. 120.