

## El poder de verificación del estado de salud del trabajador y límites a la negociación colectiva

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 62/2018, de 25 de enero](#)

**Ricardo Esteban Legarreta**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Autónoma de Barcelona*

### 1. MARCO NORMATIVO

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de enero de 2018, dictada en el marco de un recurso de casación ordinaria contra la [Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016 \(proc. 161/2016\)](#), efectúa una interesante interpretación a propósito del alcance del [artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores \(ET\)](#) en un doble sentido. De una parte, examina el papel de la negociación colectiva como vía de renuncia del control y de su cesión a mutuas colaboradoras de la Seguridad Social; de otra, identifica el margen de actuación empresarial que ofrece el precepto analizado.

La sentencia se centra en el alcance del artículo 20.4 del ET que, como es sabido, prevé que:

El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.

Se trata de un artículo que ha dado lugar a una escasa doctrina judicial y que contará en adelante con la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo surgida a partir de este recurso.

Respecto al contenido del [artículo 20.4 del ET](#) cabe subrayar diversos aspectos. En primer lugar, la ley otorga al empresario una facultad de control de ausencias cuando el trabajador alegue la enfermedad como justificación. Por lo tanto, el control afecta a las situaciones de incapacidad temporal (IT) pero se extiende a todas las ausencias que se atribuyan a accidente o enfermedad del trabajador, mediando o no situación de IT. Un segundo aspecto clave está en que la verificación debe llevarse a cabo por personal médico, de lo que cabe deducir que el control deberá llevarse a cabo por personas tituladas en medicina, si bien alguna sentencia ha dado por buena la interven-

ción de psicólogo clínico (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– del País Vasco de 6 de julio de 2004 –rec. 1232/2004–). A estos efectos, la empleadora podrá contratar a empresas o profesionales externos para desempeñar esta función. Ahora bien, nada dice el ET a propósito del alcance del reconocimiento, ni bajo qué condiciones y plazos deberá citarse al trabajador, aspectos que precisamente son abordados por la [sentencia comentada](#) y por la [resolución que dio lugar al recurso](#), dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 27 de junio de 2016.

En fin, un último elemento clave es el de las consecuencias de la negativa del trabajador a someterse al control empresarial. De acuerdo con la ley, dicha negativa comporta la facultad empresarial de suspender los derechos económicos que estén a su cargo. Del redactado del [artículo 20.4 del ET](#) se deduce que la expresión «derechos económicos» debe interpretarse restrictivamente y limitarse a las mejoras de subsidios de IT, de modo que no podría suspenderse el pago de los subsidios por contingencias comunes a cargo de la empresa. Precisamente, en lo que concierne a la obligatoriedad de las comparecencias, la doctrina científica se ha inclinado en general por su no obligatoriedad –más allá de que en su caso se deberá pechar con la suspensión del pago de la mejora–, mientras que la STSJ del País Vasco de 24 de enero de 1994 (rec. 2319/1993) sugería la obligación de someterse a dicho control, lo que parece especialmente discutible cuando hay abierto un proceso de IT.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho en torno al que surge la controversia permite identificar dos órdenes de problemas. El primer elemento fáctico se refiere a la posibilidad de que el convenio colectivo pueda limitar la facultad empresarial de verificar el estado de enfermedad del trabajador incluyendo la posibilidad de «delegar» esta función en las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. Como se verá, la cláusula convencional aplicable adolece de una cierta ambigüedad al preverse en el artículo 63 del [Convenio colectivo del sector de Contact Center](#) (antes Telemarketing, –BOE de 27 de julio de 2012–) con vigencia 2010-2014, que los trabajadores vendrán obligados a aceptar, «previo aviso, poder ser reconocidos por el médico de la mutua, al objeto de que este informe sobre la imposibilidad de prestar servicio, sometiéndose la discrepancia, si la hubiere, a la Inspección médica de la Seguridad Social».

El segundo elemento de controversia está relacionado con el margen de actuación de que dispone la empleadora para actuar y tomar medidas en torno al [artículo 20.4 del ET](#). En el supuesto enjuiciado la empresa exigía a los trabajadores la comparecencia inmediata ante los facultativos externos contratados al efecto, aunque los empleados disponían –y disponen todavía– de un plazo de 72 horas para entregar el parte de baja en la empresa. A lo anterior se añaden dos elementos adicionales que son clave en la controversia. Así, el sindicato recurrente sostiene que la llamada de los trabajadores al control del [artículo 20.4 del ET](#) no es ajustada a derecho porque no nos hallamos ante un reconocimiento médico ya que para hablar en propiedad de reconocimientos médicos debería preverse la realización de pruebas diagnósticas. En fin, otro elemento controvertido tiene que ver con la discrepancia a propósito de la elaboración de informes sobre absentismo por parte de

las empresas médicas contratadas para efectuar el control. Se cuestiona la licitud de la elaboración de dichos informes cuyo contenido podría vulnerar el derecho a la intimidad de los trabajadores.

El contexto de la controversia es el de las discrepancias surgidas en torno a un protocolo que rige la actuación de la empresa respecto del [artículo 20.4 del ET](#) y que se presenta como razonablemente garantista. Así, el protocolo prevé que si el trabajador cede voluntariamente su número de teléfono móvil será llamado hasta tres veces y se fijará la fecha de reconocimiento de un modo flexible. Si no se le localiza se le enviará un mensaje de texto con acuse de recibo y si no se logra contactar con él se le enviarán dos burofaxes, que es la solución prevista para los trabajadores que no deseen facilitar su número de teléfono móvil o no dispongan del mismo. Solo tras la respuesta negativa al segundo burofax se procederá a descontar mejoras. Se trata de un protocolo en el que las consultas preliminares con las representaciones sindicales dieron lugar a la intervención de la Inspección de Trabajo y a un conflicto colectivo que desembocó en la [Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 27 de junio de 2016](#) que es parcialmente recurrida y que dará lugar a la [sentencia objeto de comentario](#).

### 3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL

Una parte del recurso se centra en censurar la contradicción en la que incurre la empresa al potenciar el control de las ausencias mediante encargos a empresas privadas cuando, al menos aparentemente, el artículo 63 del [Convenio colectivo de Contact Center](#), atribuye este control a las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social. En este sentido, el precepto convencional regula en su primer apartado el alcance de las mejoras de IT para los trabajadores del sector, y a continuación establece que:

Los trabajadores están obligados a presentar la baja de la Seguridad Social en un plazo de 72 horas aceptando, previo aviso, poder ser reconocidos por el médico de la mutua, al objeto de que este informe sobre la imposibilidad de prestar servicio, sometiéndose la discrepancia, si la hubiere, a la Inspección médica de la Seguridad Social.

El precepto convencional parece sugerir que tras el reconocimiento la mutua informará a la empresa sobre la posibilidad de que el trabajador pueda prestar servicio y en caso de controversia –se entiende que entre el trabajador y la empresa– la misma se someterá a la Inspección médica de la Seguridad Social. Sea cual fuera la interpretación del convenio, no parece creíble ni factible que se pueda encargar a la mutua el control empresarial del [artículo 20.4 del ET](#) y, mucho menos, que se pueda someter la resolución de conflictos entre la empresa y la mutua, de un lado, y el trabajador, de otro, a la Inspección médica del Servicio Público de Salud.

Respecto al papel de las mutuas colaboradoras en los procesos de IT por contingencias comunes –en los que sean aseguradoras–, la Ley General de la Seguridad Social –LGSS– ([art. 82.4 a](#)) les atribuye la declaración del derecho, así como la denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción. Asimismo, la LGSS les otorga la facultad de llevar a cabo «actos de control

y seguimiento» de los procesos de IT, lo que puede conducir a propuestas de alta ante la Inspección médica de los Servicios Públicos de Salud. Ahora bien, lo señalado por la LGSS no es ni mucho menos lo sugerido por el convenio colectivo, que parece haber establecido un protocolo de aplicación «imposible», mezclando los actos de control y seguimiento previstos en la LGSS con las facultades de comprobación del estado de enfermedad del ET que no corresponden a la mutua. La empresa puede contratar la actividad de control a servicios médicos externos, pero no puede atribuirlos a la mutua aseguradora ni por contrato ni por convenio. En lo que concierne a los Servicios Públicos de Salud, los mismos actúan sometidos a las normas que regulan su funcionamiento y ninguna disposición les atribuye el papel de mediadores entre la mutua (y la empresa) y los trabajadores, de modo que bien poco cabe esperar del convenio colectivo en esta materia.

Todo ello sin olvidar que en ningún momento afirma el convenio que ese «poder de verificación» de la mutua colaboradora sustituirá a las facultades del [artículo 20.4 del ET](#) o que mediante dicha cláusula las empresas renunciarán al ejercicio de sus facultades de verificación. Así lo subraya la sentencia al señalar que «lo verdaderamente relevante es que el convenio no incluya una previsión expresa que imponga a la empresa la obligación de encargar al personal médico de la mutua esos reconocimientos a los que se refiere el art. 20.4 ET».

Más allá de la discusión a propósito del papel de la negociación colectiva, destacan en la [STS de 25 de enero de 2018](#) tres cuestiones litigiosas. La primera de ellas hace referencia a que los trabajadores son citados de modo inmediato para comparecer ante las empresas médicas contratadas. El recurso alega que tanta celeridad no es razonable si tenemos en cuenta que la normativa reglamentaria concede un plazo de 72 horas para que los trabajadores entreguen los partes de baja a las empresas (art. 7.1 [RD 625/2014](#)). Ciertamente el [artículo 20.4 del ET](#) nada dice al respecto, ni tampoco el protocolo elaborado con carácter unilateral por la empresa. De ahí que el Tribunal Supremo señale que la empleadora tiene plena libertad para citar a los trabajadores de modo inmediato, aunque no hayan transcurrido ni las 72 horas para entregar el parte de baja. Existiría además otra razón para avalar la práctica empresarial y es que el [artículo 20.4 del ET](#) no está vinculado única y exclusivamente a ausencias por enfermedad con cobertura de IT, sino que permite comprobar la «solidez» de la enfermedad cuando esta sea alegada sin que se haya iniciado una situación de IT. Además, parece razonable que si las mutuas aseguradoras pueden citar desde el primer momento para los actos de control y seguimiento del [artículo 82.4 de la LGSS](#) –aunque no respondan de los subsidios hasta el decimosexto día de proceso–, las empresas también podrán hacerlo en ejercicio del [artículo 20.4 del ET](#). A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo es tolerante con la práctica empresarial porque subraya que el sistema de convocatoria de trabajadores recogido en el protocolo es muy garantista. En este sentido, no le falta razón al Alto Tribunal en su valoración, ya que la regulación de las convocatorias a revisión de mutuas (art. 9.3 [RD 625/2014](#)) no exige un doble intento de notificación por burofax, como sí hace el protocolo empresarial de aplicación del [artículo 20.4 del ET](#).

Ahora bien, que la citación «exprés» pueda tildarse de «legal» no significa que sea razonable porque comporta, en muchos casos, un atosigamiento e incomodidad innecesarios sobre todo si por la información ofrecida telefónicamente o por los antecedentes de los trabajadores se deduce la solidez de la causa de la IT. Cabe añadir que las dinámicas de comprobación «exigentes» ya

habían recibido el aval de la doctrina judicial si tenemos en cuenta que la STSJ del País Vasco de 24 de enero de 1994 (rec. 2319/1993) consideró ajustado a derecho que la empresa citase semanalmente a los trabajadores.

Una segunda cuestión controvertida es el reproche que el sindicato recurrente dirige a la empresa al señalar que la intervención no constituye «un reconocimiento médico en el verdadero sentido de esa expresión, en tanto que no se lleva a cabo ninguna prueba diagnóstica para estudiar y analizar la patología». De este modo, se cuestiona que los reconocimientos «superficiales» llevados a cabo por personal facultativo puedan constituir una manifestación del poder de verificación por parte de la empresa. Ante esta alegación el Alto Tribunal subraya que «corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada en el ejercicio de esa facultad de dirección y organización».

La valoración del Tribunal Supremo me parece adecuada teniendo en cuenta que el [artículo 20.4 del ET](#) se refiere al mero «reconocimiento» como método orientado a determinar si el estado de enfermedad o accidente justifica las ausencias. Y no es el único caso en el que el mero reconocimiento se presenta como suficiente. Antes al contrario, el [Real Decreto 625/2014](#) regula el control y seguimiento de la IT por parte de las mutuas fundamentándolo en un mero reconocimiento (art. 9.3 [RD 625/2014](#)). Asimismo, un reconocimiento poco invasivo sería suficiente para que los facultativos del Servicio Público de Salud o de mutuas colaboradoras –en procesos de IT por contingencias profesionales– concedan bajas médicas (art. 2.1 [RD 625/2014](#)). Es más, la [Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida](#) refleja cómo en la práctica los trabajadores que voluntariamente lo deseen podrán aportar informes médicos del tratamiento seguido y, eventualmente, resultados de pruebas que se les hayan practicado.

De este modo, el reconocimiento o examen médico sin pruebas diagnósticas parece adecuarse a las exigencias del [artículo 20.4 del ET](#). Es más, como señala *obiter dicta* el Tribunal Supremo, parece cuestionable que el empresario pudiese someter al trabajador a pruebas diagnósticas que no tengan «como finalidad una mejora o estudio de su estado de salud». Puede recordarse que cuando las mutuas colaboradoras actúan como aseguradoras tienen notablemente limitadas las posibilidades de realizar pruebas diagnósticas: para ello será necesario la previa autorización del facultativo del Servicio Público de Salud y el consentimiento informado del paciente ([art. 82.4 d\) LGSS](#)). Vistas estas limitaciones parecería razonable no ver margen alguno para decretar la realización de pruebas en el contexto del [artículo 20.4 del ET](#). De hecho, la realización de pruebas médicas ha sido censurada por la [STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004 \(rec. 1232/2004\)](#), al constatar que las mismas se utilizaron para elaborar un informe que, a la postre, se utilizó en contra del trabajador, víctima de una situación de acoso laboral.

La última de las cuestiones litigiosas tiene relación con la objeción sindical a la elaboración de informes de absentismo, ante los riesgos de afectación al derecho a la intimidad de los trabajadores. Como es sabido, este es uno de los elementos más sensibles del [artículo 20.4 del ET](#) ya que el personal facultativo dictaminará ante la empresa si el estado de enfermedad o accidente justifica la ausencia, pero no puede desvelar qué patología o dolencia afecta al empleado. Respecto a los informes de absentismo, los mismos identifican las jornadas de ausencia, la clasificación según

tipo de dolencia y el porcentaje de absentismo. Si bien, señala el Alto Tribunal, la lectura de los informes y de los datos consignados «no permite identificar ni directa, ni indirectamente a ningún paciente», por lo que se deduce un riesgo intrascendente de cara al derecho a la intimidad. A lo anterior cabe matizar que la empresa afectada acredita una plantilla de 4.000 trabajadores, lo que permite desdibujar los datos. Ahora bien, mi impresión es que en el caso de empresas pequeñas y con baja incidencia de procesos de IT, puede ser más fácil conectar los datos con los trabajadores.

#### 4. POSIBILIDAD DE TRASCENDENCIA Y VALORACIÓN CRÍTICA

La [resolución objeto de comentario](#) tiene la indudable relevancia de ser la primera sentencia del Tribunal Supremo que ha zanjado algunas cuestiones en torno a la aplicación práctica del «poder de comprobación» del [artículo 20.4 del ET](#). Dado que no se prodigan las sentencias de duplicación en la materia, no ha habido hasta ahora sentencias dictadas en unificación de doctrina. Por ello la [STS de 25 de enero de 2018](#), dictada en casación ordinaria, constituye doctrina del Tribunal Supremo en una materia que no contaba con la aportación de ese órgano judicial.

A este respecto, la sentencia tiene la utilidad de clarificar que si bien las empresas pueden contratar la realización de estas funciones a centros médicos externos, no es de recibo que las mutuas colaboradoras ejerzan estas funciones, por mucho que el convenio colectivo aplicable lo prevea. Por ello, los negociadores del convenio colectivo de *Contact Center* deberían tomar buena nota de lo señalado por la sentencia ya que el [convenio vigente en el periodo 2015-2019](#) mantiene intacta la cláusula (art. 63.5) desautorizada por el Tribunal Supremo.

Dicho lo anterior, me parece especialmente interesante que el Tribunal Supremo se haya mostrado reticente a la hora de dar luz verde a que el personal facultativo a cargo del control del [artículo 20.4 del ET](#) pueda obligar a la realización de pruebas médicas. Comparto el criterio del Alto Tribunal favorable a un reconocimiento simple, ya que una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento sugiere que es lo más adecuado.

Asimismo, parece razonable jurídicamente –aunque no siempre sea racional en la práctica– que las citaciones a los trabajadores se puedan producir desde el primer momento. Además, con las cautelas ya expresadas, creo que la elaboración de informes de absentismo encaja en el marco del [artículo 20.4 del ET](#) en el bien entendido que se elaboren preservando la intimidad de los trabajadores que se hayan ausentado por motivos de salud.

Por lo demás, es una lástima que la falta de recurso empresarial contra la sentencia de la Audiencia Nacional no haya permitido al Tribunal Supremo confirmar un elemento subrayado por el órgano de instancia en el sentido de que las empresas estarán obligadas a asumir los gastos que genere la asistencia a las compareencias «cuando la enfermedad o accidente sean graves o dificulten la movilidad de los trabajadores y no sea posible efectuar el control por otro medio que no sea acudir al centro médico». En tal caso, los gastos de desplazamiento que se acrediten serán a cargo de la empresa, en tanto que plasmación del deber de buena fe contractual del artículo 1258 del [Código Civil](#). Además, ese planteamiento judicial puede contribuir a mayores dosis de sentido común evitando que se cite sistemáticamente a trabajadores cuyo estado de salud no lo haga necesario.