



Roj: **SAN 2633/2016 - ECLI:ES:AN:2016:2633**

Id Cendoj: **28079240012016100111**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **161/2016**

Nº de Resolución: **114/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RICARDO BODAS MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2633/2016,**
STS 481/2018

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

MADRID

SENTENCIA: 00114/2016 **AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIALMADRID** SENTENCIA: 00114/2016

28079 24 4 2016 0000174

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Social

Secretaría de D^a. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA Nº: 114/2016

Fecha de Juicio: 22/06/2016

Fecha Sentencia: 27/06/2016

Fecha Auto Aclaración:

Núm. Procedimiento: 161/2016

Tipo de Procedimiento: DEMANDA

Procedim. Acumulados:

Materia: CONFLICTO COLECTIVO

Ponente Ilmo. Sr.:D. RICARDO BODAS MARTÍN

Índice de Sentencias:

Contenido Sentencia:

Demandante: -CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO

Codemandante:

Demandado: -UNISONO SOLUCIONES CRM SA.

-GESEME SL

-TEBEX SA

-FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO



- FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT
- UNIÓN SINDICAL OBRERA
- CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, CSI-F
- SOMOS SINDICALISTAS

Codemandado:

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia : *Pretendiéndose que la externalización de la actividad empresarial de control de las ausencias de los trabajadores, causadas por enfermedad o accidente, vulnera lo dispuesto en el convenio colectivo, que encomienda dicha función a las Mutuas, se desestima dicha pretensión, por cuanto el convenio encomienda a las Mutuas la gestión de la IT en los mismos términos que la regulación legal, sin que dicha actividad se relacione, de ningún modo, con la suerte de la mejora de prestación de IT a cargo de la empresa, tratándose, por tanto, de una actividad distinta a la potestad empresarial de controlar dichas ausencias, cuya organización corresponde a la empresa, sin otra limitación que efectuarla mediante reconocimiento a cargo de personal médico, lo que se ha producido dentro de las exigencias de buena fe, garantizando los derechos a la integridad física y a la intimidad de los trabajadores. - Se desestiman las pretensiones subsidiarias referidas al protocolo del sistema de control implantado por la empresa, que se consideran razonables y no lesivas de derecho alguno. - Se estima, sin embargo, el derecho de los trabajadores a que la empresa les satisfaga los gastos, que se vean obligados a realizar para acudir a los reconocimientos, puesto que la medida se les impone por la empresa, que no les puede imponer costes suplementarios.*

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Social

Núm. de Procedimiento: 161/2016

Tipo de Procedimiento: DEMANDA DE CONFLICTO COLECTIVO

Índice de Sentencia:

Contenido Sentencia:

Demandante: -CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO

Codemandante:

Demandado: -UNISONO SOLUCIONES CRM SA.

-GESEME SL

-TEBEX SA

-FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO

-FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT

-UNIÓN SINDICAL OBRERA

-CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, CSI-F

-SOMOS SINDICALISTAS

Ponente Ilmo. Sr.:

DON RICARDO BODAS MARTÍN.

S E N T E N C I A N º: 114/2016

Ilmo. Sr. Presidente:

D. RICARDO BODAS MARTÍN

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Ramón Gallo Llanos

Dª. Mª Carolina San Martín Mazzucconi

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil dieciséis.



La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento nº **161/2016** seguido por demanda de SINDICATO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES DE LA CONFEDERACION GENERAL DEL TRABAJO C.G.T. (letrada D^a Teresa Ramos Antuñano) contra UNISONO SOLUCIONES CRM S.A. (letrado D. Jaime Silva Castañón), GESEME (letrada D^a Laura Tarrasón Larroy), FEDERACION DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS COMFIA CCOO (letrado D. Armando García), FEDERACION ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT (letrado D. Roberto Manzano Del Pino), UNION SINDICAL OBRERA U.S.O (letrada D^a M^a Eugenia Moreno Díaz), CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS CSI-F (letrado D. Pedro Poves Oñate), no comparecen estando citados en legal forma TEBEX, S.A, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS ni SOMOS SINDICALISTAS sobre conflicto colectivo. Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Según consta en autos, el día 26-05-2016 se presentó demanda por CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra UNISONO SOLUCIONES CRM SA., GESEME SL, TEBEX SA y como partes interesadas FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS CCOO, FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UGT, UNIÓN SINDICAL OBRERA, CORRIENTE SINDICAL DE IZQUIERDAS, CSI-F, SOMOS SINDICALISTAS sobre conflicto colectivo.

Segundo.- La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 22-06-2016 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otrosí es de prueba

Tercero.- Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

Cuarto .- Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , por la que se aprobó la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

La CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO (CGT desde aquí) ratificó su demanda de conflicto colectivo, mediante la cual pretende se dicte sentencia, en la que se declare:

Que se declare el derecho que para llevar a cabo lo contenido en el artículo 20.4 de la LET sea a cargo de los servicios médicos de la Mutua correspondiente.

De manera subsidiaria a lo anterior, se declaren los siguientes derechos:

Que se declare nula la practica empresarial de llamar a la persona trabajadora y concertar la cita médica conforme al artículo 20.4 de la LET con carácter previo a la acreditación formal de encontrarse en situación de incapacidad temporal.

Que en los supuestos de no abono por parte de la empresa de los complementos salariales derivados de la IT, se acredite de manera fehacientemente la negativa por parte de la persona trabajadora de no someterse a los reconocimientos médicos.

Que para verificar el estado de enfermedad del trabajador conforme al artículo 20.4 de la LET, la empresa a través de personal médico efectúe reconocimientos médicos efectivos llevando a cabo las pruebas diagnosticas correspondientes según enfermedad.

Que en la actuación de Tebex y Geseme y correspondiente reporte a Unisono de acuerdo a contrato mercantil suscrito entre las demandadas, no se contengan datos personales ajenos al mandato del artículo 20.4 de k LET conforme al hecho séptimo.

Que la empresa abone en todo caso cualquier gasto que el desplazamiento ocasione al trabajador.

Destacó, a estos efectos, que la empresa demandada instrumentó, a mediados de 2015, un procedimiento de verificación de las faltas de asistencia de los trabajadores con base a lo dispuesto en el art. 20.4 ET . - CGT consideró que dicha instrumentación no se ajustaba a derecho, por lo que promovió demanda de conflicto



colectivo, que concluyó con acuerdo ante la Sala, en la que ambas partes se comprometieron a negociar un protocolo de funcionamiento del servicio mencionado, que concluyó sin acuerdo.

Denunció, que la externalización del servicio de verificación de faltas de asistencia, vulneraba lo dispuesto en el art. 63 del Convenio aplicable, que lo remite a las Mutuas, descartando, por tanto, cualquier tipo de externalización, a diferencia de otros convenios, como el de Consultoría, que sí lo permite.

Reclamó subsidiariamente que, si no se estimaba la petición principal, consistente en que la verificación se realice únicamente por la Mutua, se declare no ajustada a derecho la práctica empresarial de citar al reconocimiento médico al día siguiente de la ausencia, puesto que los trabajadores están obligados a aportar las bajas médicas en un plazo de 72 horas desde su emisión.

Denunció, del mismo modo, que el sistema de notificación, utilizado por la empresa, mediante comunicaciones telefónicas o sms, no aseguraba fehacientemente la notificación, por lo que debía exigirse notificación fehaciente, como presupuesto para habilitar el impago de la mejora de IT.

Denunció también, que el reconocimiento médico debía efectuarse necesariamente, lo que no sucede actualmente, puesto que el reconocimiento no es efectivo.

Denunció finalmente, que no se asegura el derecho a la intimidad de los trabajadores, como revela los datos estadísticos sobre patologías y porcentajes de afectados, presentados por las empresas codemandadas.

Reclamó, además, que cualquier gasto, originado al trabajador con base a la revisión médica, se abone por la empresa.

La FEDERACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS Y ADMINISTRATIVOS DE COMISIONES OBRERAS; LA FEDERACIÓN ESTATAL DE SERVICIOS DE LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES; la UNIÓN SINDICAL OBRERA y la CENTRAL SINDICAL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS se adhirieron a la demanda.

UNISONO SOLUCIONES CMR, SA (UNISONO desde aquí) se opuso a la demanda, subrayando, en primer lugar, que la empresa cumplió lo comprometido ante la Sala, por lo que informó a la RLT, negoció el protocolo y atendió buena parte de las sugerencias realizadas por la RLT, así como las realizadas por la Inspección de Trabajo, cuyas recomendaciones se han cumplido escrupulosamente, sin que se tomara medida alguna contra la empresa.

Destacó, que el procedimiento seguido, para convocar a los trabajadores al reconocimiento médico, sigue el protocolo siguiente:

- a. - Si se dispone del teléfono del trabajador se la llama hasta tres veces, citándole únicamente a reconocimiento médico, cuando el trabajador manifiesta que esa es la causa de su ausencia al trabajo.
- b. - Si no es posible contactar por teléfono se le envía un sms con el correspondiente acuse de recibo.
- c. - Si no es posible contactar por ese medio, se le envía un burofax con acuse de recibo y si no acude a la cita, se le envía un nuevo burofax con acuse de recibo, en el que se le advierten de las consecuencias de no acudir a la cita médica.
- d. - Cuando no se dispone de teléfono del trabajador, se le mandan los burofax mencionados.

Señaló que el servicio lo presta actualmente GESEME y se extiende a los centros de Madrid, Gijón, Valencia y Vigo y destacó que se ha suspendido la mejora de prestación a un total de 20 trabajadores sobre un colectivo de 4000, acreditando, de este modo, que el conflicto es manifiestamente artificioso.

Negó que el sistema de control, regulado en el art. 20.4 ET, corresponda a las Mutuas, quienes se ocupan de la gestión de la baja médica, pero no de esta actividad, cuya organización compete claramente a la empresa, a quien corresponde el poder de dirección empresarial. - Sostuvo, a estos efectos, que el art. 63 del convenio no regula ni desarrolla lo previsto en el art. 20.4 ET y subrayó que nunca se trató esta reclamación en las negociaciones, como no podría ser de otro modo, puesto que en período anterior ya se desplegó un servicio similar sin queja alguna por parte de la RLT.

Admitió que se cita en la fecha más cercana posible desde la ausencia del trabajador, pero negó que se hiciera de modo rígido, procurando ajustarse a las posibilidades del trabajador, destacando, en todo caso, que la presentación del parte de baja no tiene nada que ver con lo aquí debatido

Negó, por otro lado, que deban realizarse reconocimientos médicos en la forma solicitada por los demandantes, por cuanto los reconocimientos, previstos en el art. 20.4 ET, no son asistenciales, tratándose de herramientas para controlar las ausencias y promocionar la más rápida vuelta al trabajo. - Negó, del mismo modo, que se violente la intimidad de los trabajadores.



Se opuso finalmente al abono de gastos, por cuanto las normas, en las que se apoya la pretensión, no son aplicables al supuesto debatido, señalando, en todo caso, que el desplazamiento de los trabajadores se produce en lugares cercanos.

GESEME, SL se opuso a la demanda, hizo suyas las alegaciones de la empresa y negó que el procedimiento de control, regulado en el art. 20.4 ET, sea el mismo que el previsto en el art. 63 del Convenio, en relación con los arts. 82 y 83 del TRLGSS.

Quinto . - De conformidad con lo dispuesto en el art. 85, 6 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, se precisa que los hechos controvertidos y conformes fueron los siguientes:

Hechos controvertidos

-Desde Julio 2015 la empresa ha aportado la información requerida y ha atendido reclamaciones y sugerencias sindicales.

-Fruto de la negociación se decidió acudir a la Inspección de Trabajo para que controlara el procedimiento; no se levantó acta ninguna y en su marco se acordó que se llamará por Teléfono a los trabajadores que lo consintieron; se estableció el número de llamadas y el texto de comunicación por burofax.

-El procedimiento a seguir se cita por teléfono a los trabajadores que admiten la notificación por teléfono, se llama en 3 ocasiones.

-Si no se puede contactar tras las 3 llamadas se manda un SMS si el trabajador ha facilitado el móvil.

-Si no se localiza al trabajador se remite un Burofax con acuse; si no lo recibe se le remite otro Burofax ya con advertencia de las consecuencias.

-Si después de todo este procedimiento no acude el trabajador se suspende el complemento de IT.

-De los 4000 trabajadores de la empresa sólo se ha aplicado el descuento a 20 trabajadores.

-En 2012 ya se había externalizado este servicio sin queja sindical.

-En negociaciones posteriores a la conciliación de esta Sala no se planteó el tema de la mutua.

Hechos pacíficos

-El 11.3.16 la empresa comunica a la RLT que se harán 3 llamadas telefónicas incluso se habilita scape o visitas domiciliarias.

-Actualmente el servicio lo presta Geseme para verificar el estado del trabajador y se ha ampliado a Valencia y Vigo.

-Si se contacta y la causa de no asistir al trabajo es por baja médica se cita al trabajador al día siguiente y siempre que puedan.

Resultando y así se declaran, los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO . - UNISONO regula sus relaciones laborales por el Convenio de Contact Center, publicado en el BOE de 27-07- 2012, cuya vigencia concluyó el 31-12-2014. - Dicho convenio fue denunciado en su día y se está negociando en la actualidad.

SEGUNDO . - CGT es un sindicato de ámbito estatal, representativo en el ámbito sectorial y acredita un 33, 33% de representatividad en la empresa demandada. - CCOO y UGT son sindicatos más representativos a nivel estatal, negociaron y firmaron el convenio sectorial y acreditan audiencia electoral en la empresa demandada. - CSI-F es un sindicato de ámbito estatal, implantado debidamente en la empresa demandada.

TERCERO . - El conflicto colectivo afecta a los 4000 trabajadores de la empresa demandada, quienes prestan servicios en diferentes comunidades autónomas.

CUARTO . - Los días 31-07 y 3 y 6-08-2015 la empresa demandada notificó a los representantes de los trabajadores, su decisión de promover un servicio de control de ausencias mediante las empresas GESEME, SL y TEBEX, SA.

QUINTO . - En noviembre de 2015 la empresa demandada publicó un cuestionario, que obra en autos y se tiene por reproducido, en el que explica pormenorizadamente el protocolo a seguir para controlar las ausencias de los trabajadores.

Los días 2 y 12-12-2015 la Inspección de Trabajo escribió en el libro de visitas de la empresa, que debería asegurarse que los trabajadores dieran voluntariamente sus números de teléfono y que se les pidiera expresamente consentimiento para que se aportaran informes médicos en los reconocimientos del art. 20.4 ET .

SEXTO . - Las citaciones, para acudir a los reconocimientos médicos de TEBEX y GESEME obran en autos y se tienen por reproducidos, significándose expresamente en los mismos que los trabajadores podían aportar informes médicos, siempre que quisieran hacerlo voluntariamente.

SÉPTIMO . - El 18 de noviembre de 2015 CGT presentó demanda de conflicto colectivo ante la Sala, en cuyo suplico se dijo lo siguiente:

" Que el seguimiento y control de la incapacidad temporal se lleve a cabo por la mutua con la que la empresa tiene contratado el servicio y a quien legalmente corresponde.

Que para el ejercicio de las facultades que el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores concede a la empresa no utilice medios abusivos o indiscriminados tales como /os recogidos en el hecho quinto de la presente demanda.

Que la empresa abone en todo caso cualquier gasto que el desplazamiento ocasione al trabajador.

Que para verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, la empresa efectúe reconocimientos a cargo de personal médico en centros debidamente habilitados para ello y siempre que medie la conformidad por escrito del trabajador".

Que llegado el 3 de febrero de 2016, se suscribió el siguiente acuerdo entre las partes:

"Ambas partes acuerdan abrir un período de negociación, al objeto de acordar un protocolo de actuación respecto al servicio contratado con las empresa Tebex y Geseme, vinculado a la facultad prevista en el artículo 20.4 del ET . El ámbito de negociación se entablará con la representación de los trabajadores en los centros de trabajos afectados, siendo éstos Madrid y Gijón" .

OCTAVO . - El 25-02-2016 la empresa se reunió con los representantes legales y sindicales de los trabajadores para negociar el protocolo, conforme habían pactado, levantándose actas, que obran en autos y se tienen por reproducidas, de los centros de Madrid y Gijón. - El 3-03-2016 se reunieron nuevamente, levantándose las correspondientes actas, que obran en autos y se tienen por reproducidas.

NOVENO . - UNISONO suscribió con GESEME el 21-04-2016 el contrato de servicios, que obra en autos y se tiene por reproducido. - El 7-06-2016 comunicó a los representantes de los trabajadores, que el servicio se realizaría únicamente por GESEME, realizándose actualmente en los centros de Madrid, Gijón, Valencia y Vigo.

DÉCIMO . - El protocolo, seguido por la empresa demandada, para que los trabajadores estén obligados a acudir a las revisiones médicas de la empresa GESEME, es el siguiente:

a. - Cuando el trabajador ha proporcionado voluntariamente a la empresa su número de teléfono, se la llama hasta tres veces, citándole únicamente a reconocimiento médico, cuando el trabajador manifiesta que la causa de su ausencia al trabajo es la enfermedad o el accidente de trabajo.

b. - Si no es posible contactar por teléfono se le envía un sms con el correspondiente acuse de recibo.

c. - Si no es posible contactar por ese medio, se le envía un burofax con acuse de recibo y si no acude a la cita, se le envía un nuevo burofax con acuse de recibo, en el que se le advierten de las consecuencias de no acudir a la cita médica.

d. - Cuando no se dispone de teléfono del trabajador, se le mandan directamente los burofaxes mencionados.

e. - La cita al reconocimiento médico se señala en la fecha más próxima a la toma de contacto con el trabajador, aunque se condiciona a sus posibilidades de acudir con flexibilidad.

f. - Si los trabajadores no acuden a la cita, tras el proceso de notificación antes dicho, la empresa les suspende la mejora de la prestación de IT.

UNDÉCIMO . - El reconocimiento médico, a cargo de GESEME, es totalmente gratuito para los trabajadores, si bien la empresa no les satisface cualquier otro gasto que hubieran podido realizar.

DUODÉCIMO . - El reconocimiento médico, realizado por los facultativos de GESEME, no es asistencial, no exigiéndose a los trabajadores la aportación de ningún tipo de informe médico, salvo que lo proporcionen voluntariamente. - En ocasiones, cuando el proceso médico lo permite, se han realizado contactos por skype o telefónicamente, e incluso se les visita a domicilio.



DÉCIMO TERCERO . - GESEME envía a la empresa de modo puntual un estudio estadístico sobre absentismo, que contiene porcentajes de trabajadores afectados por diversas patologías.

DÉCIMO CUARTO . - El 18-03-2016 se debatió sin acuerdo la cuestión planteada en la Comisión Paritaria de Interpretación del V Convenio colectivo de Contact Center.

DÉCIMO QUINTO . - El 6-05-2016 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA.

Se han cumplido las previsiones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial , en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2, g de la Ley 36/2011, de 10 de octubre , compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

SEGUNDO . - De conformidad con lo prevenido en el artículo 97, 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre los hechos, declarados probados, se han deducido de las pruebas siguientes:

a. - Los hechos primero a tercero inclusive, el séptimo y el undécimo no fueron controvertidos, reputándose conformes, a tenor con lo dispuesto en el art. 87.1 LRJS .

b. - El cuarto de las comunicaciones citadas, que obran como documentos 10 y 11 de la empresa (descripciones 28 y 29 de autos), que fueron reconocidas de contrario.

c. - El quinto del cuestionario citado y del libro de visitas de la empresa demandada, que obran como documentos 3, 12 y 13 de la empresa (descripciones 22, 31 y 32 de autos), que fueron reconocidos de contrario.

d. - El sexto de las citaciones referidas, que obran como documentos 5 a 8 de la empresa (descripciones 24 a 26 de autos) que fueron reconocidas de contrario.

e. - El octavo de las actas de la negociación, que obran como documentos 14 a 16 de la empresa y 23 y 24 de CGT (descripciones 33 a 35 y 68 y 69 de autos), que fueron reconocidas mutuamente.

f. - El noveno del contrato con GESEME y las comunicaciones citadas, que obran como documentos 1 y 2 de la empresa (descripciones 20 y 21 de autos), que fueron reconocidas de contrario, siendo pacífico que el servicio lo proporciona actualmente solo GESEME, así como los lugares en los que lo presta, siendo conforme que, si el trabajador no puede acudir al día siguiente al contacto, se le cita otro día.

g. - El décimo se deduce de los documentos 4 a 8 de la empresa (descripciones 23 a 27 de autos), que fueron reconocidos de contrario, así como de la declaración testifical de doña Noemi , que es quien gestiona el servicio en la empresa, cuya declaración fue clara, firme y sin contradicción alguna, por lo que la Sala le concede crédito.

h. - El duodécimo de la declaración de doña Marí Trini , quien coordina los servicios médicos de GESEME, quien lo manifestó del modo descrito.

i. El décimo tercero del acta de la Comisión citada, que obra como documento 22 de CGT (descripción 67 de autos), que fue reconocida de contrario.

j. - El décimo cuarto del acta de mediación, que obra como documento 1 de CGT (descripción 2 de autos), que fue reconocida de contrario.

TERCERO . - El art. 20.4 ET dice lo siguiente: *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* .

El art. 63 del convenio, que regula los complementos en los supuestos de incapacidad temporal, dice lo siguiente:

1. *Se respetarán en todo caso las mejoras pactadas en las empresas o las que se apliquen habitualmente en las mismas.*

2. *Incapacidad temporal en caso de accidente de trabajo u hospitalización: Las empresas complementarán hasta el 100% del salario Convenio, desde el primer día, y con baja médica.*

3. *Incapacidad temporal en caso de enfermedad:*

a) *Del día 1 al 3, el 70% del salario convenio, con el tope de 9 días al año, y con baja médica.*



b) Del día 4 al 20, el 75% del salario convenio y con baja médica.

c) Del día 21 en adelante: 100% del salario convenio, hasta un año, y con baja médica.

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 art. 82.4 TRLGSS dice lo siguiente:

4. La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia adheridos se desarrollará de conformidad con lo dispuesto en los artículos 83.1.a), párrafo segundo, y 83.1.b), párrafo primero, y en las normas contenidas en el capítulo V del título II, así como en sus disposiciones de aplicación y desarrollo, con las particularidades previstas en los regímenes especiales y sistemas en que aquellos estuvieran encuadrados y en este apartado.

a) Corresponde a las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social la función de declaración del derecho a la prestación económica, así como las de denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción del mismo, sin perjuicio del control sanitario de las altas y bajas médicas por parte de los servicios públicos de salud y de los efectos atribuidos a los partes médicos en esta ley y en sus normas de desarrollo.

Los actos que se dicten en el ejercicio de las funciones mencionadas en el párrafo anterior serán motivados y se formalizarán por escrito, estando supeditada su eficacia a la notificación al beneficiario. Asimismo se notificarán al empresario en los supuestos en que el beneficiario mantenga relación laboral.

Recibido el parte médico de baja, la mutua comprobará el cumplimiento por el beneficiario de los requisitos de afiliación, alta, periodo de carencia y restantes exigidos en el régimen de la Seguridad Social correspondiente y determinará el importe del subsidio, adoptando el acuerdo de declaración inicial del derecho a la prestación.

Durante el plazo de dos meses siguientes a la liquidación y pago del subsidio, los pagos que se realicen tendrán carácter provisional, pudiendo las mutuas regularizar los pagos provisionales, que adquirirán el carácter de definitivos cuando transcurra el mencionado plazo de dos meses.

b) Cuando las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, sobre la base del contenido de los partes médicos y de los informes emitidos en el proceso, así como a través de la información obtenida de las actuaciones de control y seguimiento o de las asistencias sanitarias previstas en la letra d), consideren que el beneficiario podría no estar impedido para el trabajo, podrán formular propuestas motivadas de alta médica a través de los médicos dependientes de las mismas, dirigidas a la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud. Las mutuas comunicarán simultáneamente al trabajador afectado y al Instituto Nacional de la Seguridad Social, para su conocimiento, que se ha enviado la mencionada propuesta de alta.

La Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud estará obligada a comunicar a la mutua y al Instituto Nacional de la Seguridad Social, en un plazo máximo de cinco días hábiles desde el siguiente a la recepción de la propuesta de alta, la estimación de la misma, con la emisión del alta, o su denegación, en cuyo caso acompañará informe médico motivado que la justifique. La estimación de la propuesta de alta dará lugar a que la mutua notifique la extinción del derecho al trabajador y a la empresa, señalando la fecha de efectos de la misma.

En el supuesto de que la Inspección Médica considere necesario citar al trabajador para revisión médica, esta se realizará dentro del plazo de cinco días previsto en el párrafo anterior y no suspenderá el cumplimiento de la obligación establecida en el mismo. No obstante, en el caso de incomparecencia del trabajador el día señalado para la revisión médica, se comunicará la inasistencia en el mismo día a la mutua que realizó la propuesta. La mutua dispondrá de un plazo de cuatro días para comprobar si la incomparecencia fue justificada y suspenderá el pago del subsidio con efectos desde el día siguiente al de la incomparecencia. En caso de que el trabajador justifique la incomparecencia, la mutua acordará levantar la suspensión y repondrá el derecho al subsidio, y en caso de que la considere no justificada, adoptará el acuerdo de extinción del derecho en la forma establecida en la letra a) y lo notificará al trabajador y a la empresa, consignando la fecha de efectos del mismo, que se corresponderá con el primer día siguiente al de su notificación al trabajador.

Cuando la Inspección Médica del Servicio Público de Salud hubiera desestimado la propuesta de alta formulada por la mutua o bien no conteste a la misma en la forma y plazo establecidos, esta podrá solicitar la emisión del parte de alta al Instituto Nacional de la Seguridad Social o al Instituto Social de la Marina, de acuerdo con las atribuciones conferidas en el artículo 170.1. En ambos casos, el plazo para resolver la solicitud será de cuatro días siguientes al de su recepción.



c) Las comunicaciones que se realicen entre los médicos de las mutuas, los pertenecientes al servicio público de salud y las entidades gestoras se realizarán preferentemente por medios electrónicos, siendo válidas y eficaces desde el momento en que se reciban en el centro donde aquellos desarrollen sus funciones.

Igualmente las mutuas comunicarán las incidencias que se produzcan en sus relaciones con el servicio público de salud o cuando la empresa incumpla sus obligaciones al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que adoptará, en su caso, las medidas que correspondan.

Las mutuas no podrán desarrollar las funciones de gestión de la prestación a través de medios concertados, sin perjuicio de recabar, en los términos establecidos en la letra d), los servicios de los centros sanitarios autorizados para realizar pruebas diagnósticas o tratamientos terapéuticos y rehabilitadores que las mismas soliciten.

d) Son actos de control y seguimiento de la prestación económica, aquellos dirigidos a comprobar la concurrencia de los hechos que originan la situación de necesidad y de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho, así como los exámenes y reconocimientos médicos. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán realizar los mencionados actos a partir del día de la baja médica y, respecto de las citaciones para examen o reconocimiento médico, la incomparecencia injustificada del beneficiario será causa de extinción del derecho a la prestación económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 174, en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin perjuicio de la suspensión cautelar prevista en el artículo 175.3.

Asimismo las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán realizar pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores, con la finalidad de evitar la prolongación innecesaria de los procesos previstos en esta disposición, previa autorización del médico del servicio público de salud y consentimiento informado del paciente.

Los resultados de estas pruebas y tratamientos se pondrán a disposición del facultativo del servicio público de salud que asista al trabajador a través de los servicios de interoperabilidad del Sistema Nacional de Salud, para su incorporación en la historia clínica electrónica del paciente.

Las pruebas diagnósticas y los tratamientos terapéuticos y rehabilitadores se realizarán principalmente en los centros asistenciales gestionados por las mutuas para dispensar la asistencia derivada de las contingencias profesionales, en el margen que permita su aprovechamiento, utilizando los medios destinados a la asistencia de patologías de origen profesional, y, con carácter subsidiario, podrán realizarse en centros concertados, autorizados para dispensar sus servicios en el ámbito de las contingencias profesionales, con sujeción a lo establecido en el párrafo anterior y en los términos que se establezcan reglamentariamente. En ningún caso las pruebas y tratamientos supondrán la asunción de la prestación de asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes ni dará lugar a la dotación de recursos destinados a esta última.

e) Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán celebrar convenios y acuerdos con las entidades gestoras de la Seguridad Social y con los servicios públicos de salud, previa autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para la realización en los centros asistenciales que gestionan, de reconocimientos médicos, pruebas diagnósticas, informes, tratamientos sanitarios y rehabilitadores, incluidas intervenciones quirúrgicas, que aquellos les soliciten, en el margen que permita su destino a las funciones de la colaboración. Los convenios y acuerdos autorizados fijarán las compensaciones económicas que hayan de satisfacerse como compensación a la mutua por los servicios dispensados, así como la forma y condiciones de pago.

Con carácter subsidiario respecto de los convenios y acuerdos previstos en el párrafo anterior, siempre que los centros asistenciales que gestionan dispongan de un margen de aprovechamiento que lo permita, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán celebrar conciertos con entidades privadas, previa autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y mediante compensación económica conforme a lo que se establezca reglamentariamente, para la realización de las pruebas y los tratamientos señalados a favor de las personas que aquellos les soliciten, los cuales se supeditarán a que las actuaciones que se establezcan no perjudiquen los servicios a que los centros están destinados, ni perturben la debida atención a los trabajadores protegidos ni a los que remitan las entidades públicas, ni minoren los niveles de calidad establecidos para los mismos.

Los derechos de créditos que generen los convenios, acuerdos y conciertos son recursos públicos de la Seguridad Social, siendo de aplicación a los mismos lo dispuesto en el artículo 84.2.

f) Sin perjuicio de los mecanismos y procedimientos regulados en los apartados anteriores, las entidades gestoras de la Seguridad Social o la mutuas colaboradoras con la Seguridad Social podrán establecer acuerdos de colaboración, con el fin de mejorar la eficacia en la gestión y el control de la incapacidad temporal, con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o los servicios de salud de las comunidades autónomas.



g) La mutuas colaboradoras con la Seguridad Social asumirán a su cargo, sin perjuicio del posible resarcimiento posterior por los servicios de salud o por las entidades gestoras de la Seguridad Social, el coste originado por la realización de pruebas diagnósticas, tratamientos y procesos de recuperación funcional dirigidos a evitar la prolongación innecesaria de los procesos de baja laboral por contingencias comunes de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social y que deriven de los acuerdos o convenios que se celebren de acuerdo con lo previsto reglamentariamente .

CGT defiende, con la conformidad de CCOO, UGT y CSI-F, que la externalización del servicio de control para justificar las faltas de asistencia al trabajo, implantado por UNISONO, vulnera lo dispuesto en el art. 63 del V Convenio de Contact Center , en el que se pactó que esa actividad correspondía únicamente a las Mutuas, debiendo cumplirse en sus propios términos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 82.3 ET , en relación con el art. 68 del RDL 1/1994 , donde queda claro que el control de la IT corresponde a las Mutuas.

La Sala no comparte la tesis de los demandantes, por cuanto el art. 20.4 ET reconoce a los empresarios la potestad de verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo del personal médico. - Dicha potestad es una manifestación propia del derecho empresarial al control de la actividad laboral, reconocido expresamente en el art. 20 ET , que reconoce al empleador un derecho subjetivo perfecto, sin más limitación, para realizar dicha actividad de verificación, que se efectúe mediante reconocimiento a cargo del personal médico, que deberá someterse a las exigencias de la buena fe y asegurar los derechos de los trabajadores, especialmente sus derechos a la salud y a la intimidad. - Ciertamente, el convenio colectivo podría, si así lo acuerdan sus negociadores, establecer un procedimiento reglado para desplegar la actividad de control de estas faltas de asistencia por parte de los empleadores, siempre que dicho procedimiento permita alcanzar el fin propuesto, que no es otro que el verificar si la enfermedad o accidente, alegados por los trabajadores, se corresponde o no con la realidad y justifica las ausencias al trabajo producidas.

No es ese el papel atribuido a las Mutuas en el art. 82.2 TRLGSS, a quienes corresponde la función de declaración del derecho a la prestación económica de IT, así como las de denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción del mismo, sin perjuicio del control sanitario de las altas y bajas médicas por parte de los servicios públicos de salud y de los efectos atribuidos a los partes médicos en el TRLGSS y en sus normas de desarrollo, resolviendo la Inspección Médica de la Seguridad Social las controversias que se puedan producir en estas funciones.

Tampoco el art. 63 del V Convenio de Contact Center atribuye a las Mutuas la actividad de control, atribuida al empresario en el art. 20.4 ET , puesto que el convenio se limita a señalar que corresponde a la Mutua, una vez entregada la baja de la seguridad social, informar sobre la imposibilidad de prestar servicio, sometiéndose la discrepancia, si la hubiere, a la Inspección Médica de la Seguridad Social, sin que dicha actividad se relacione, de ninguna manera, con el destino de los complementos de IT.

Consiguientemente, acreditado que el reconocimiento médico, realizado por GESEME, no tiene contenido asistencial, no exigiéndose, siquiera, a los trabajadores la aportación de los partes de baja, o cualquier informe médico, salvo que lo quieran aportar voluntariamente, se hace evidente que la intervención de la Mutua, prevista en el art. 63 del convenio, forma parte de sus competencias legales en materia de IT, pero no tienen absolutamente nada que ver con el control de las faltas de asistencia basadas en enfermedad o accidente, que el art. 20.4 ET reconoce al empresario, quien está legitimado para organizarlo como considere oportuno, siempre que se despliegue de buena fe, se respete la finalidad del artículo antes dicho y se aseguren los derechos de los trabajadores, especialmente el respeto a su salud e intimidad.

Así pues, aunque el control empresarial se active cuando las ausencias de los trabajadores se basen en la concurrencia de enfermedad o accidente, que provocarán normalmente la declaración de IT, cuya gestión corresponde a las Mutuas, el control empresarial de dichas ausencias, aunque normalmente se desarrollará de modo paralelo a las situaciones de IT de sus trabajadores, tiene una finalidad distinta, que no está relacionada con la gestión de la IT por las Mutuas, por lo que desestimamos, la pretensión principal de la demanda.

CUARTO . - Acreditado que la empresa cumplió el deber de negociación, al que se obligó en la conciliación alcanzada ante la Sala el 3-02-2016, debemos despejar si su protocolización se ajusta o no a derecho, lo que nos coloca en la frontera con el conflicto de intereses, por cuanto no hay una regulación legal, convencional o práctica de empresa preestablecida sobre el despliegue del art. 20.4 ET en la empresa, cuya interpretación nos permita estimar la demanda, de manera que, solo podremos pronunciarnos sobre las múltiples quejas de la actora, manifestándonos sobre si la actuación empresarial se acomoda o no de modo razonable a la finalidad del precepto, si se ha ejercido de buena fe y si ha respetado los derechos básicos de sus trabajadores, entre los cuales está el derecho a la integridad física y a la intimidad, reconocidos por el art. 4.2.d y e) respectivamente.



a). - Los demandantes denuncian, en primer lugar, que se les cite al día siguiente de contactar con ellos, lo que consideran desproporcionado, si se tiene presente que no están obligados a presentar el parte de baja médica hasta las 72 horas de su emisión.

Dicha queja debe decaer, porque el control empresarial de la enfermedad o accidente, reconocido al empleador por el art. 20.4 ET, no exige, como hemos visto, la aportación del parte de baja, ni ningún otro documento o informe médico, salvo que los quiera aportar voluntariamente el trabajador, tratándose, por el contrario, de un reconocimiento médico que permite a los servicios médicos de la empresa controlar las causas de la ausencia, pero no reconocer ni denegar la situación de IT, puesto que dicha función corresponde a las Mutuas. - Por lo demás, se ha acreditado pacíficamente que, si el trabajador no puede acudir al reconocimiento al día siguiente de contactar con la empresa, se le cita otro día y, cuando lo permite la enfermedad, se le atiende por skype, telefónicamente, e incluso por visita domiciliaria, acreditando, de este modo, que el ejercicio del control de estas ausencias no se produce de modo invasivo, sino con razonable flexibilidad por parte de la empresa demandada.

b). - Los demandantes reprochan, que las citaciones no son fehacientes, lo que vamos a rechazar de plano, puesto que se intenta contactar telefónicamente con los trabajadores hasta tres ocasiones, tratándose de conversaciones grabadas, siempre que proporcionen voluntariamente sus teléfonos, como sugirió la Inspección de Trabajo. - Cuando no es posible contactar telefónicamente, se les envía un sms con el correspondiente acuse de recibo, tal y como se acredita en los informes que obran como documento 4 de la empresa (descripción 23 de autos), que fue reconocida de contrario y, cuando tampoco es posible dicha forma de notificación, o los trabajadores no proporcionaron teléfono, se les envía dos burofax con acuse de recibo con las advertencias correspondientes, tal y como sugirió la Inspección de Trabajo y solo entonces, cuando no acuden a la cita del segundo burofax, es cuando la empresa suspende la mejora de la prestación de IT, lo que se ha producido en muy pocas ocasiones, acreditando, de este modo, que estamos ante una conflictividad menor.

En cualquier caso, a quien perjudicaría que la citación no fuera fehaciente sería a la empresa, puesto que el requisito constitutivo, para suspender la mejora prestacional, es que el trabajador no haya acudido al reconocimiento médico, de manera que, si la empresa no puede probar que le notificó adecuadamente, la suspensión perdería su base.

c). - La parte actora exige, por otra parte, que el reconocimiento médico sea propiamente un reconocimiento en toda regla, sin que podamos coincidir tampoco con ellos, puesto que el art. 20.4 ET no exige un reconocimiento asistencial, por lo que no se les practica, limitándose los servicios médicos de GESEME a comprobar las causas esgrimidas por los trabajadores, sin requerirles ni partes de baja o confirmación, ni ningún otro informe médico, salvo que los trabajadores lo aporten voluntariamente. - Conviene reiterar aquí, que el reconocimiento a cargo de personal médico, regulado en el art. 20.4 ET, constituye una garantía para los trabajadores en esta actividad de control, que no incidirá directamente en la situación de IT de los trabajadores, puesto que su finalidad es únicamente de control de ausencias, pero no incide en absoluto sobre la gestión de la IT, que corresponde, como hemos citado reiteradamente, a las Mutuas.

d). - Denuncian, por otro lado, que la actuación de GESEME afecta a la intimidad de los trabajadores, aunque no aportaron el más mínimo indicio al respecto, puesto que los informes estadísticos sobre el absentismo por patologías, donde GESEME se limita a identificar porcentajes de afectados por patología, no vulnera en absoluto el derecho de intimidad de los trabajadores, que no son identificados de manera individual.

e). - Los demandantes reclaman finalmente, que se les satisfagan los gastos de la actividad de control, aunque no identificaron, ni precisaron a qué tipo de gastos se refieren, una vez acreditado que el reconocimiento médico es totalmente gratuito, pero cabe admitir que, 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, se puedan producir gastos de desplazamiento, que deben cubrirse lógicamente por el empresario, puesto que es el empresario quien organiza el control, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1258 CC.

Por consiguiente, vamos a desestimar también las pretensiones subsidiarias de la demanda, salvo la obligación empresarial de cubrir los gastos, motivados por la actividad de control, siempre que se acrediten debidamente y se acomoden a las circunstancias concurrentes.

QUINTO . - Absolvemos a las empresas codemandadas TEBEX, SA y GESEME, SL de los pedimentos de la demanda.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS



Estimamos parcialmente la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adhirieron CCOO, UGT y CSI-F, por lo que declaramos que la empresa UNISONO está obligada a abonar a sus trabajadores aquellos gastos necesarios para que se realice debidamente la actividad de control, siempre que se acredite debidamente su desembolso por los trabajadores y en consecuencia condenamos a la empresa UNISONO SOLUCIONES CMR, SA a estar y pasar por dicha declaración a todos los efectos legales oportunos, absolviéndole de todos los demás pedimentos de la demanda.

Absolvemos a la empresa TEBEX, SA y GESEME, SL de los pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal , todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0161 16; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0161 16, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012,de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.