



Roj: **STS 481/2018 - ECLI:ES:TS:2018:481**

Id Cendoj: **28079140012018100074**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2018**

Nº de Recurso: **249/2016**

Nº de Resolución: **62/2018**

Procedimiento: **Suspensión de ejecución de sanción**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

CASACION núm.: **249/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 62/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 25 de enero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la letrada D.^a Teresa Ramos Antuñano, en nombre y representación de la Confederación General del Trabajo (CGT), al que se adhiere la Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores (FeS-UGT), representada por el letrado D. Roberto Manzano del Pino, contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2016, aclarada por auto de fecha 4 de julio de 2016, por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda 161/2016, sobre conflicto colectivo, seguida a instancia del Sindicato de Transportes y Comunicaciones de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra Unisono Soluciones CRM, S.A.; Geseme, S.L.; Tebex, S.A.; y como partes interesadas: Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (CCOO), la Federación Estatal de Servicios de la UGT, la Unión Sindical Obrera, la Corriente Sindical de Izquierdas, CSI-F y Somos Sindicalistas.

Ha sido parte recurrida Unisono Soluciones CRM, S.A., representada por el letrado D. Jaime Silva Castañón.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- El día 26 de mayo de 2016, la Confederación General del Trabajo (CGT) presentó demanda sobre conflicto colectivo, de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: « 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 práctica 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 personas 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 diagnósticas correspondientes según enfermedad. Que en la actuación de Tebex y Geseme y correspondiente reporte a Unísono de acuerdo a contrato mercantil suscrito entre las demandadas, no se contengan datos personales ajenos al mandato del artículo 20.4 de la LET conforme al hecho séptimo. Que la empresa abone en todo caso cualquier gasto que el desplazamiento ocasione al trabajador».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO - Con fecha 27 de junio de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: «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».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: «1º. - 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. 2º. - 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. 3º.- El conflicto colectivo afecta a los 4000 trabajadores de la empresa demandada, quienes prestan servicios en diferentes comunidades autónomas. 4º. - 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. 5º.- 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. 6º.- 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. 7º. - 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 la 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". 8º.- 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. 9º.- 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. 10º.- 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 burofax 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. 11º. - 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. 12º. - 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. 13º. - GESEME envía a la empresa de modo puntual un estudio estadístico sobre absentismo, que contiene porcentajes de trabajadores afectados por diversas patologías. 14º. - El 18-03-2016 se debatió sin acuerdo la cuestión planteada en la Comisión Paritaria de Interpretación del V Convenio colectivo de Contact Center. 15º. - El 6-05-2016 se intentó sin acuerdo la mediación ante el SIMA. Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO .- Por auto de fecha 4 de julio de 2016, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional acordó la aclaración de la precitada sentencia, quedando de la siguiente manera: «HECHOS PROBADO SEGUNDO.- Se incluye al SINDICATO UNIÓN SINDICAL OBRERA como sindicato de ámbito estatal implantado debidamente en la empresa demandada. FALLO.- Estimamos parcialmente la demanda de conflicto colectivo, promovida por CGT, a la que se adhirieron CCOO, UGT, USO y CSIF, por lo que declaramos que la empresa UNISONO está obligada a abonar a sus trabajadores aquellos gastos..., ratificando el resto de la resolución en todos sus términos».

SEXTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación de CGT, al que se adhiere FeS-UGT, se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Por vulneración del artículo 63 del convenio colectivo de Contact Center, el art. 68 de la LGSS y el art. 20.4 de la LET.

Segundo.- Por vulneración del artículo 63 del convenio colectivo de Contact Center, el art. 7 RD 625/2014 y el art. 20.4 de la LET.

Tercero.- Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio- Artículo 207 de la LRJS .

Cuarto.- Vulneración del artículo 20.4 LET.

Quinto.- Vulneración del artículo 20.4 LET.

SÉPTIMO .- Recibido el expediente judicial electrónico de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del presente recurso.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 24 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La sentencia de la Audiencia Nacional desestimó íntegramente la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato accionante, en la que solicita que se declare que la facultad de la que dispone la empresa conforme al art. 20.4 ET de verificar el estado de salud del trabajador que alegue este motivo para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, debe llevarse a cabo a través de los servicios médicos



de la Mutua correspondiente, y, subsidiariamente, la nulidad de diversos aspectos del procedimiento seguido en esta materia por la empresa demandada.

2. - El recurso se articula en cinco motivos diferentes, el primero, segundo, cuarto y quinto se encauzan por la vía de la letra e) del art. 207 LRJS y denuncian infracción de normas del ordenamiento jurídico, mientras que el tercero se sustenta en el apartado c) de ese mismo precepto y plantea el quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, a la que imputa el vicio de incongruencia omisiva por no haber dado una respuesta judicial razonada a una de las pretensiones subsidiarias de la demanda, en concreto, aquella en la que se pide que la notificación al trabajador de la cita para el reconocimiento médico se haga de manera fehaciente.

Deberemos por lo tanto resolver en primer lugar el motivo tercero, cuyo eventual acogimiento podría dar lugar a la declaración de nulidad de la sentencia.

SEGUNDO.1. - Resolución que pasa necesariamente por su total desestimación, en tanto es fácil de apreciar que se trata de un alegato puramente retórico que carece del más mínimo sustento jurídico, puesto que no solo no se menciona cual pudiere haber sido el precepto legal infringido por la sentencia en este extremo, sino que ni tan siquiera se insta luego en la súplica del recurso la declaración de nulidad de la sentencia.

2. - Con todo, lo más relevante es que basta la mera y simple lectura de la sentencia recurrida para constatar que la Sala de instancia ha dado cumplida y adecuada respuesta a la cuestión a la que se refiere el recurso.

En el fundamento de derecho cuarto, letra b), la sentencia expone los motivos por los que desestima ese alegato con base al procedimiento que se sigue para hacer llegar a los trabajadores la oportuna citación, y que consiste en intentar contactar telefónicamente con ellos hasta en tres ocasiones en el caso de que hayan facilitado voluntariamente su teléfono, grabando el contenido de la conversación para dejar constancia de la misma, y cuando no es posible el contacto por este vía se les envía un sms con acuse de recibo, y si tampoco es posible esta forma de notificación, o cuando los trabajadores no proporcionan su teléfono, se les remiten dos burofax con acuse de recibo con las advertencias correspondientes, 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 - dice la sentencia-, solo se ha producido en muy pocas ocasiones y se trata de una conflictividad menor.

A lo que añade una última y esencial consideración, al señalar acertadamente que solo a la propia empresa puede perjudicar el hecho de que la citación del trabajador no fuere fehaciente, puesto que a ella le correspondería la carga de probar que la notificación se había realizado en forma en el caso de que el trabajador no acuda al reconocimiento médico.

3.- Con independencia de los acertados argumentos de la sentencia para rechazar esa pretensión, en ningún caso habría incurrido en incongruencia omisiva, en tanto que ofrece una argumentación adecuada, suficiente y debidamente motivada para desestimar ese punto de la demanda.

TERCERO.1. - La resolución de los restantes cuatros motivos exige exponer los indiscutidos hechos probados y elementos de juicio relevantes a tal efecto, que son como sigue:

A) Las relaciones laborales entre las partes se rigen 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. El conflicto colectivo afecta a los 4000 trabajadores de la empresa demandada, quienes prestan servicios en diferentes comunidades autónomas.

B) Los días 31-07 y 3 y 6-08-2015 la empresa 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, - que posteriormente pasó a ser prestado exclusivamente por GESEME-, y en noviembre de 2015 publicó un cuestionario, en el que explica pormenorizadamente el protocolo a seguir para controlar las ausencias de los trabajadores.

C) El protocolo, 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 si alega que la causa de su ausencia al trabajo es debida a su estado de salud.

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 burofax 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.

D) El reconocimiento médico es totalmente gratuito para los trabajadores, si bien la empresa no les satisface cualquier otro gasto que hubieran podido realizar. No es un reconocimiento médico asistencial y no se exige 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.

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

2.- Las normas jurídicas específicas de aplicación al caso establecen lo siguiente:

A) Art. 20. 4 ET " *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* ".

B) Art. 63 del Convenio Colectivo : "Complementos en los supuestos de incapacidad temporal: 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, sometién dose la discrepancia, si la hubiere, a la Inspección Médica de la Seguridad Social".

3.- Con base en estos preceptos legales, la demanda sostiene que del precitado art. 63 del Convenio se desprende que la empresa está obligada a utilizar los servicios médicos de la Mutua en el ejercicio de la facultad que a tal efecto le reconoce el art. 20.4 ET , para verificar el estado de salud de los trabajadores cuando es alegado para justificar las faltas de asistencia al trabajo, y esto impide que pueda encomendar esa tarea a una tercera empresa que no sea la Mutua correspondiente.

Subsidiariamente, cuestiona alguno de los aspectos concretos de la actuación empresarial en esta materia, cuya nulidad pretende.

CUARTO. 1.- El primer motivo del recurso denuncia infracción de los arts. 63 del Convenio Colectivo ; 68 LGSS y 20.4 ET .

La tesis de los recurrentes pasa por sostener que lo dispuesto en el art. 63 CC supone una limitación, pactada de mutuo acuerdo, que obligaría a encauzar a través de los servicios médicos de la Mutua las facultades unilaterales que el art. 20. 4 ET atribuye al empresario en la verificación del estado de salud del trabajador cuando esta circunstancia es alegada para justificar sus faltas de asistencia al trabajador.

2.- Ninguno de los argumentos que se exponen en el recurso conduce a considerar que la redacción del art. 63 del Convenio Colectivo imponga a la empresa la obligación de recurrir a los servicios de la Mutua, en el ejercicio del derecho a verificar la justificación médica de las ausencias del trabajador que le atribuye el art. 20.4 ET .

Como bien razona la sentencia de instancia, la potestad que ese precepto estatutario atribuye al empleador no es sino una manifestación de las distintas facultades de dirección y control de la actividad laboral que le corresponde como titular de la misma, conforme a las reglas generales del art. 20 ET en cuyo ámbito se enmarca, sin que la norma disponga otras limitaciones diferentes a las que de ordinario se desprenden de las exigencias de la buena fe y el respeto a los derechos de los trabajadores, esencialmente en este punto, de todos aquellos relacionados con la salvaguarda de su intimidad y la consideración debida a su dignidad, a la que de forma expresa se refiere en ese mismo contexto del control de la actividad laboral art. 20.3 ET .



Dentro de ese marco, cuando concurren tales presupuestos y con esas limitaciones, la potestad que otorga al empresario el art. 20.4 ET consiste en verificar el estado de salud del trabajador " *mediante reconocimiento a cargo de personal médico* ", sin establecer ninguna específica cortapisa o restricción diferente a las que ya hemos dicho que resultan aplicables con carácter general en todas las demás facultades empresariales, sin vulnerar en ningún caso los derechos básicos de los trabajadores en la relación de trabajo que recoge el art. 4.2 ET , y en razón de la especial naturaleza de los que están en juego cuando del control y supervisión de su estado de salud se trata, destacadamente, el derecho a la no discriminación, a la integridad física, a la intimidad y a la dignidad personal.

Ninguna duda cabe que los convenios o pactos colectivos pueden contener previsiones singulares de obligatorio cumplimiento, que limiten o modulen la forma y manera en la que el empresario haya de ejercitar esa facultad.

Y de lo que se trata en el caso de autos, es justamente de determinar si lo previsto en el art. 63 del Convenio Colectivo supone una limitación en tal sentido que obligue a la empresa a encomendar esas funciones a la Mutua, y le impida la posibilidad de utilizar los servicios de personal médico subcontratado a través de una tercera empresa.

2.- La lectura del precepto convencional no permite en ningún modo alcanzar la conclusión postulada en el recurso, que es contraria a la razonada interpretación que del mismo hace la sentencia de instancia.

Más allá de recordar a estos efectos la reiterada doctrina de la Sala en la que sentamos el criterio de " *que la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual* " , (SSTS 14-11-2017, rec. 223/2016 ; 31-10-2017, rec. 3234/2015 ; 17-10- 2017, rec. 213/2016 , entre otras muchas), no encontramos posibilidad alguna de interpretar el precepto convencional de manera diferente a como bien razona la sentencia recurrida.

Su propia rúbrica no deja margen de duda a la común voluntad de las partes de limitar sus efectos a los " *Complementos en los supuestos de incapacidad temporal* " , que constituye el objeto la regulación que seguidamente desarrolla.

Sin negar que el contenido de este precepto pueda servir de pauta interpretativa a otros efectos relacionados con esa misma materia, es evidente que su finalidad no es otra que regular la cuantía, los requisitos y las condiciones en las que la empresa debe completar hasta el 100% el salario convenio en los supuestos de incapacidad temporal, sin contener previsión ninguna que permita vincular su contenido con el modo en el que el empresario pueda ejercitar la facultad que le reconoce el art. 20.4 ET .

Es verdad que en el último párrafo impone a los trabajadores la obligación de presentar el parte de baja médica en un plazo de 72 horas, así como la posibilidad de ser reconocidos por el médico de la Mutua, " *al objeto de que este informe sobre la imposibilidad de prestar servicio* " , pero esta disposición va dirigida exclusivamente al devengo de la mejora de seguridad social a que se refiere el precepto, así como al control y supervisión de la prestación de incapacidad temporal, como lo evidencia el que seguidamente establezca ese mismo párrafo que las eventuales discrepancias se someterán a la Inspección Médica de la Seguridad Social, cuya intervención no tendría ningún sentido en el ámbito de ejercicio de la potestad empresarial del art. 20.4 ET que se enmarca dentro de las facultades de control y dirección de la actividad de la empresa que corresponden al empleador, y que actúan al margen del derecho a la percepción de prestaciones de seguridad social.

3.- A lo que debemos añadir, que la distinta naturaleza y finalidad de las disposiciones en conflicto impide que puedan deducirse del artículo del convenio ninguna consecuencia que afecte a la forma en que la empresa ejercite la posibilidad de ordenar el reconocimiento médico a que se refiere el precepto estatutario.

Mientras que el art. 63 del Convenio se refiere a los aspectos prestacionales de la incapacidad temporal, el art. 20.4 ET carece de cualquier connotación que pudiese estar vinculada con la gestión de la prestación de incapacidad temporal desde ninguna de sus diferentes perspectivas, ya sea la puramente referida al derecho del trabajador a recibir asistencia sanitaria o la vinculada a la percepción de la prestación económica subsiguiente, pues tiene como única y exclusiva finalidad la comprobación del carácter justificado de las faltas de asistencia que el trabajador haya justificado en su estado de salud.

Es cierto que esa verificación del estado de salud del trabajador puede desplegar no solo eventuales consecuencias disciplinarias, sino también económicas, en tanto que el art. 20.4 ET admite que la negativa del trabajador a someterse a dichos reconocimientos médicos pudiese determinar la suspensión de los derechos económicos a cargo del empresario. Previsión que se entrecruza y puede llegar a incidir con el pago de las



mejoras de seguridad social que regula el art. 63 del Convenio Colectivo , afectando de esta forma al ámbito prestacional de la incapacidad temporal.

Pero esta circunstancia indirecta no desnaturaliza la verdadera finalidad y objeto de la facultad empresarial que regula el art. 20.4 ET , que actúa en un aspecto distinto del puramente prestacional en la gestión de la incapacidad temporal al que se refiere el art. 63 del Convenio Colectivo , para enmarcarse dentro del estrictamente referido al conjunto de facultades generales de dirección y control de la actividad laboral que el art. 20 ET atribuye al empresario, entre las que incluye ese control sobre las faltas de asistencia que el trabajador justifique en su estado de salud.

4.- Por otra parte, como dispone el art. 82. 1 LGSS , la actuación de las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social se enmarca dentro de la acción protectora del sistema.

Las competencias de las mutuas en esta materia quedan perfectamente delimitadas en lo que dispone el número 2 de ese mismo precepto para las contingencias profesionales, y el número 4 para las comunes.

Se corresponden con el reconocimiento o denegación del derecho a la prestación de incapacidad temporal, así como a su suspensión, anulación y extinción en los términos legales, quedando estrictamente circunscritas a ese ámbito y sin irradiar sus efectos sobre aspectos estrictamente relativos a la relación laboral y ajenos a las consecuencias prestacionales derivadas del estado de salud del trabajador, ya sea en su aspecto económico o de asistencia médica y sanitaria.

No es objeto de este recurso pronunciarnos sobre la posibilidad de que el empresario puede encomendar a la mutua los reconocimientos a cargo de personal médico a los que se refiere el art. 20.4 ET , ya sea por decisión unilateral o pactada en un acuerdo colectivo.

El debate litigioso se limita a decidir si el art. 63 del Convenio Colectivo de autos impone a la empresa esa obligación de utilizar los servicios médicos de la Mutua, y es claro que la respuesta a esa cuestión ha de ser necesariamente negativa a la vista de la redacción del precepto convencional, que no va más allá de reflejar las competencias que en materia de gestión de la prestación de incapacidad temporal le corresponde a la mutua conforme a las disposiciones de la LGSS.

Y puesto que la actuación ordinaria de las mutuas se circunscribe al ámbito prestacional en los términos antedichos, si los firmantes del convenio hubieran querido residenciar en su personal médico el reconocimiento a que se refiere el art. 20.4 ET , deberían de haberlo así establecido de forma expresa con las específicas referencias a la encomienda a esa entidad de tan particular función.

Es irrelevante a estos efectos lo que dispone el art. 26 del Convenio Colectivo de Consultorías -que se invoca en el recurso con el ineficaz argumento de que es el que rige en otra de las empresas del grupo del que forma parte la demandada-, pues con independencia de que se trata de un sector de actividad distinto y no resulta de aplicación en este caso, el hecho de que en dicho convenio se disponga expresamente que los trabajadores serán reconocidos por el médico que designe la empresa, no permite extraer la consecuencia de negar esa posibilidad en el presente supuesto porque el convenio no contiene una regla similar.

Antes al contrario, 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 que se refiere el art. 20.4 ET .

QUINTO. 1.- El segundo de los motivos del recurso cuestiona un aspecto muy concreto del procedimiento que sigue la empresa para verificar el estado de salud alegado por el trabajador, cual es, el de que pueda ser citado a reconocimiento médico inmediatamente después de que se produzca la falta de asistencia al trabajo.

Denuncia a tal efecto la infracción de los arts. 63 del Convenio Colectivo , art. 7 RD 625/2015 , por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal, y 20.4 ET, con el argumento de que tanto el precepto del convenio, como el art. 7 del precitado Real Decreto , contemplan un plazo de 72 horas para que el trabajador pueda entregar el parte médico de baja, que la empresa no respetaría si convoca al trabajador a reconocimiento antes del transcurso de ese mismo periodo de tiempo.

2.- Similar razonamiento al que ya hemos expuesto conduce igualmente a desestimar este segundo motivo del recurso, en tanto que los arts. 63 del convenio y 7 del RD 625/2015 se enmarcan dentro del ámbito jurídico relativo a la gestión de la prestación de incapacidad temporal, mientras que la facultad empresarial a que alude el art. 20.4 ET se corresponde con la dirección y control de la actividad laboral y no tiene otra finalidad que supervisar la justificación de las faltas de asistencia al trabajo, lo que impide la mimética traslación de las reglas que regulan una y otra materia.



Una cosa es que el trabajador disponga de un plazo de 72 horas para entregar a la empresa la copia del parte de baja médica que le declara en situación de incapacidad temporal, y otra bien distinta que el empleador deba esperar ese mismo plazo para activar el mecanismo que le permite verificar la justificación de la falta de asistencia al trabajo, una vez que ya conoce que el trabajador alega su estado de salud para justificar la ausencia.

El art. 20.4 ET no regula esta concreta cuestión, por lo que no ofrece ninguna norma de la que pueda deducirse la necesidad de esperar durante un plazo determinado antes de citar al trabajador a reconocimiento médico.

De su tenor literal se desprende, como condición previa para que la empresa puede ejercitar esa facultad, que el trabajador hubiere invocado un problema de salud para justificar sus faltas de asistencia al trabajo poniendo esta circunstancia en su conocimiento.

Es a partir de ese momento y solo una vez que el trabajador hace saber a la empresa que su estado de salud justifica la inasistencia, cuando el empleador está facultado para verificar la realidad de esa situación.

En el bien entendido de que el propio art. 63 del Convenio Colectivo otorga al trabajador 72 horas para presentar el parte de baja de la seguridad social, sin que por lo tanto esté obligado a comunicarlo antes de que haya transcurrido ese plazo.

Al igual que antes dijimos y en defecto de previsión legal, podría haberse pactado en el convenio colectivo la exigencia de un determinado plazo para que la empresa pudiese activar ese reconocimiento médico.

Pero lo cierto es que esa circunstancia no está contemplada en el invocado art. 63 del convenio colectivo, que se limita simplemente a reiterar el plazo legal de 72 horas para la presentación del parte de baja médica a los efectos prestacionales de la gestión de la incapacidad temporal, por lo que si el trabajador pone en conocimiento de la empresa la existencia de un problema de salud que le impide acudir al trabajo antes de que acabe ese plazo, nada impide que el empresario puede ponga en marcha a raíz de esa notificación la facultad de control que le atribuye el art. 20. 4 ET .

Ante la inexistencia de una norma legal o convencional que regule esta cuestión, las únicas limitaciones aplicables al ejercicio de una potestad del empresario de tal naturaleza son las mismas a las que debe atenerse con carácter general cualquier actuación en el ejercicio de las demás facultades directivas y organizativas de la que es titular, que encuentran, todas ellas, sus límites en el respeto a los derechos de los trabajadores consagrados en el art. 4.2 ET , de tal forma que si la finalidad de la actuación que habilita el art. 20.4 ET es la de comprobar que el estado de salud del trabajador justifica la inasistencia al trabajo, su ejercicio deberá atenerse a los ordinarios parámetros de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación que deben regir cualquier otra decisión de la empresa.

A la vista del protocolo que en el caso de autos sigue la empresa, no hay la menor razón para considerar que se trate de un ejercicio abusivo o desproporcionado de la facultad empresarial, ni que se esté vulnerando con ello ningún derecho del trabajador en los términos protegidos por el art. 4.2 ET .

Y decimos que el protocolo previsto no incurre en causa de ilicitud alguno, pues si bien es verdad que la cita al reconocimiento se señala en la fecha más próxima a la toma de contacto con el trabajador una vez que se produce la inasistencia al trabajo, no lo es menos que se condiciona a sus posibilidades de acudir con flexibilidad y se le cita para otro día cuando no puede hacerlo, e incluso se le visita en su propio domicilio o se realiza a través de contactos por Skype o telefónicamente, sin exigir en ningún caso la aportación del parte de baja médica ni de ningún otro tipo de informe médico, a salvo de que el interesado lo quiera proporcionar voluntariamente.

A lo que debemos añadir, que a los servicios médicos contratados para efectuar el reconocimiento no les corresponde corregir o supervisar la situación de incapacidad temporal del trabajador, de forma que si no ha entregado todavía en la empresa la copia del parte de baja médica por no haber transcurrido el plazo de 72 horas, esa circunstancia jugará en perjuicio del empleador y no puede en ningún caso volverse en contra del trabajador, de manera que la existencia de la baja médica será, en ese momento, causa justificativa de su inasistencia al trabajo, sin perjuicio de las situaciones a las que pudiese dar lugar en el futuro el eventual seguimiento que de la misma pueda hacer la empresa.

Todo ello al margen de situaciones y casos concretos en los que pudiese haberse actuado de manera ilegítima, lo que permitirá al trabajador afectado el ejercicio individual de las oportunas acciones legales, sin que esa eventualidad de futuro permita declarar, con carácter general y en el marco de una procedimiento de conflicto colectivo, la ilicitud en abstracto de un procedimiento de actuación de la empresa que en sí mismo considerado no contraviene ninguna norma legal o pactada.



SEXTO.1.- El cuarto de los motivos alega infracción del art. 20.4 ET , para cuestionar el tipo y alcance del reconocimiento que realizan los servicios médicos a los que la empresa les ha encargado esta tarea.

Denuncian los recurrentes que no se trata de 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 que pudiere tener el trabajador y que le impide la asistencia al trabajo, lo que a su juicio supondría que la actuación de la empresa se encuentra fuera de las facultades que le atribuye el art. 20.4 ET .

2.- Argumento que extrañamente cuestiona el carácter poco invasivo del reconocimiento, y que no resulta convincente para declarar la ilicitud de la conducta de la empresa en litigio, por los mismos argumentos que ya hemos expuesto anteriormente.

Ni el art. 20.4 ET , ni el art. 63 del convenio colectivo, establecen como deba realizarse ese reconocimiento por parte de los servicios médicos designados por la empresa, y siendo que su finalidad no es asistencial sino exclusivamente de control y justificación de la inasistencia al trabajo, corresponde al empresario establecer la metodología que considere más adecuada en el ejercicio de esa facultad de dirección y organización de la actividad laboral, una vez más, con respeto de los derechos de los trabajadores y dentro de los límites que ya hemos reseñado anteriormente, puesto que solamente la empresa puede resultar perjudicada por el hecho de que no realice ninguna prueba diagnóstica para verificar el estado de salud del trabajador.

No es objeto de este litigio, pero resulta muy cuestionable que en el ejercicio de esta facultad del art. 20.4 ET pueda el empresario someter al trabajador a pruebas diagnósticas, que no tienen como finalidad una mejora o estudio de su estado de salud a efectos asistenciales o de prevención de riesgos laborales.

Pero lo que plantea el recurso es justamente lo contrario, al pretender una declaración de ineficacia de la actuación empresarial que sustenta en la ausencia de pruebas diagnósticas, cuando es a la empresa a quien le corresponde la carga de acreditar que las faltas de asistencia al trabajo puedan ser injustificadas. Si la empresa ha optado por efectuar un reconocimiento de bajo perfil, en el que no exige el parte de baja médica ni practica tampoco ninguna prueba diagnóstica, no vulnera ningún derecho del trabajador, en tanto se trata de una actuación que está exclusivamente dirigida a verificar su estado de salud como justificación de la inasistencia al trabajo y de la que tan solo pueden desprenderse consecuencias perjudiciales para el mismo, que serán menores en tanto menor sea el nivel de injerencia y control por parte de la empresa.

Para no dejar lugar a dudas en la interpretación de nuestras palabras, reiteramos en este punto el carácter determinante y vinculante del parte de baja médica expedido por los servicios competentes a estos efectos, en el que se declara la situación de incapacidad temporal del trabajador.

SÉPTIMO . 1.- El quinto y último motivo del recurso denuncia que la actuación empresarial excede los límites del art. 20.4 ET y vulnera el derecho a la intimidad del trabajador y confidencialidad de los datos médicos, porque la empresa subcontratada emite periódicamente unos informes en los que aparecen una serie de datos estadísticos sobre jornadas ausentes, clasificación por tipo de tipología y porcentajes de absentismo, en los que omite sin embargo el análisis de la justificación de las ausencias, lo que sería contrario al art. 27.2 del Código de Deontología Médica .

2.- Pretensión que no puede ser estimada, porque no consta en los hechos probados el menor indicio del que pudiere desprenderse que el contenido de tales informes recoja elementos específicos que afecten a la intimidad de los trabajadores o a la confidencialidad de los datos médicos.

Bien al contrario, se declara probado que tales informes son un estudio estadístico sobre absentismo y que se limitan a reflejar el porcentaje de trabajadores afectados por diversas patologías, sin que aparezcan datos individualizados que permitan la identificación de los afectados, por lo que no se produce una violación del secreto profesional a que se refiere el art. 27 del Código de Deontología Médica invocado en el recurso, y en cuyo apartado sexto se permite expresamente que el médico pueda colaborar en la elaboración de estudios epidemiológicos, económicos, de gestión, etc...con la condición de que la información en ellos utilizada no permita identificar, ni directa ni indirectamente, a ningún paciente.

Y esto último es lo que así acontece en el caso de autos, en el que ningún dato de identificación personal aparece en los informes que los servicios médicos de la empresa subcontratada remiten a la principal, para la que es perfectamente legítimo encargar ese tipo de estudios que contribuye sin duda a la mejor gestión empresarial sin invadir derechos de los trabajadores.

OCTAVO. Por todo lo razonado y conforme al Ministerio Fiscal, el recurso ha de ser desestimado y confirmada en sus términos la sentencia de instancia. Sin costas.

FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido desestimar el recurso de casación interpuesto por la Confederación General del Trabajo (CGT), contra la sentencia dictada el 27 de junio de 2016 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en demanda 161/2016 , sobre conflicto colectivo, seguida a instancia del Sindicato de Transportes y Comunicaciones de la Confederación General del Trabajo (CGT) contra Unisono Soluciones CRM, S.A.; Geseme, S.L.; Tebex, S.A.; y como partes interesadas: Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras (CCOO), la Federación Estatal de Servicios de la UGT, la Unión Sindical Obrera, la Corriente Sindical de Izquierdas, CSI-F y Somos Sindicalistas. Confirmar la sentencia de instancia y declarar su firmeza. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENSOJ