XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e seguridade social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Mirta Gladys Lerena Manzo
De Misailidis, Maria Aurea Baroni Cecato– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-037-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Trabalho. 3. Seguridade. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Apresentação

GRUPO DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Editorial

A presente publicação é concebida como fonte de debates sobre os conteúdos das políticas e normas adotadas pelo ordenamento do trabalho e da seguridade social. Sem deixar de reconhecer o perigo de pretender petrificar o conhecimento, consideramos necessário e útil contar com uma coletânea que contenha e sintetize os aspectos principais da evolução histórica, das reflexões filosóficas e jurídicas que vem sendo abordadas por diferentes gerações na procura de uma organização social e política que permita assegurar a todos as condições de alcance do bem-estar e da dignidade.

É esse o sentido que se pretende ressaltar, assinalando que Direito não é um fim em si próprio, mas um mero instrumento elaborado pelo homem para a vida em sociedade, instrumento esse que deve ter um único objetivo: lograr o melhor desenvolvimento de todos e cada um dos seres humanos, tornando-se realidade o princípio da igualdade com liberdade num mundo mais solidário.

Por outro ângulo, vale o registro de que somos cientes de que o direito do trabalho e a seguridade social, assentados, ambos, nos direitos sociais, são fortemente impactados por questões ideológicas e políticas, suscitando controvérsias sobre temas de calorosas discussões. Portanto, buscamos trabalhar no sentido de transformar o encontro dos pesquisadores da área em oportunidade de intercâmbio acadêmico, de difusão das doutrinas em voga, de correntes jurisprudenciais e de conhecimento das experiências forenses dos diferentes grupos de pesquisadores.

Esperamos que esta coletânea resulte em acessível leitura, pois trata de temas que podem ser de interesse geral, não só para os estudiosos do Direito do Trabalho e da Seguridade da Social, mas também para outros profissionais ou atividades vinculadas à defesa dos direitos dos trabalhadores. Nesse propósito, ela foi dividida cinco eixos temáticos, a saber: I - Intervenção estatal nas relações individuais do trabalho: II - Proteção à dignidade humana e novas pautas hermenêuticas no contexto do constitucionalismo contemporâneo; III - Proteção à integridade física e mental da saúde do trabalhador no meio ambiente laboral; IV -

Impactos da Globalização: terceirização e flexibilização e o futuro das normas internacionais e finalmente V - Seguridade e Previdência social.

I - INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

Em atenção à intervenção do Estado nas Relações de Trabalho, não é recente a dialética entre os modelos negociado e legislado, expressões utilizadas pelo saudoso Amauri Mascaro Nascimento. Tendo em vista a matriz romano-germânica, o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar uma normatização detalhada das relações de trabalho (modelo legislado) no fito de estabelecer a proteção social do hipossuficiente, através do estabelecimento de direitos mínimos, que servem de patamar civilizatório para a negociação coletiva, que tem o papel suplementar de estabelecer normas autônomas provindas dos interlocutores sociais representantes dos empregados e empregadores. Nesse eixo:

O artigo intitulado A CRFB/88 E O PROBLEMA DA DURAÇÃO DO TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO: IDENTIFICANDO AS CONTRADIÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE RELAÇÕES DE TRABALHO é de autoria de Luiz Felipe Monsores de Assumpção. Nele, o autor informa que no Brasil, a análise da produção regulatória e jurisprudencial, no que concerne à temática do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento dá conta de um processo de flexibilização das antigas referências principiológicas e normativas, inclusive aquelas positivadas na própria CLT.

Em DIÁLOGO DAS FONTES: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PREVISTO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL NOS CONTRATOS DE TRABALHO, Jackson Passos Santos e Clarice Moraes Reis observam as concepções acerca do princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na ordem infraconstitucional. Ao mesmo tempo, discorrem sobre o conceito de função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002 e consideram, nesse contexto, os princípios da conservação dos contratos e da autonomia privada.

OS LIMITES JURÍDICOS FIXADOS PELA LEI COMPLEMENTAR 103 DE 2000 PARA A INSTITUIÇÃO DO PISO SALARIAL ESTADUAL é o texto desenvolvido por Tacianny Mayara Silva Machado e Bruno Martins Torchia. Nele, os autores analisam os limites jurídicos do piso salarial estadual fixado em alguns Estados, em decorrência da outorga legislativa conferida pela Lei Complementar 103, de 14 de julho de 2000 e previsão no artigo 7º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

II - PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA E NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em um viés consagrador de valores éticos da sociedade, a Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerado, por grande parte da doutrina, como um supra princípio. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação do Estado e da sociedade deve se pautar na pessoa como um fim em si mesmo, em uma perspectiva kantiana, sob pena de ser considerada inconstitucional. Esse é o eixo em que se acham:

Abordando OS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO: NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS E TEÓRICO-FILOSÓFICAS PARA SUA RECONFIGURAÇÃO, NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, Juliana Teixeira Esteves e Fernanda Barreto Lira, descrevem como a teoria jurídico-trabalhista crítica problematiza e refuta o trabalho contraditoriamente livre /subordinado como objeto do direito do trabalho e a maneira como a luta reformista monopolizou os movimentos sindicais contemporâneos. Elas têm como ponto de partida as pautas hermenêuticas e os fundamentos teórico-filosóficos propostos pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade no grupo de pesquisas Direito do Trabalho e teoria social crítica do PPGD/UFPE.

No texto PROFESSORES READAPTADOS: A BUSCA PELA IDENTIDADE, com o objetivo de investigar juridicamente os problemas vivenciados pelos professores que enfrentam a readaptação, Daniel Roxo de Paula Chiesse e Mariana Carolina Lemes analisam os direitos e situações cotidianas dessa parcela do professorado. A questão reveste-se de interesse, uma vez que a educação é reconhecida como meio de constituição da pessoa capaz, emancipada, confrontando-se o direito à educação com a própria noção de dignidade da pessoa humana.

SUPEREXPLORAÇÃO, NEOLIBERALISMO E DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: A DIVISÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NOS PAÍSES DEPENDENTES é o estudo empreendido por Naiara Andreoli Bittencourt. A autora utiliza, como categoria central de análise, a superexploração do trabalho a partir da localização geopolítica latino-americana no sistema-mundo e sua atualização com os impactos das novas morfologias do mundo do trabalho no cenário neoliberal contemporâneo, em que predominam os postos de trabalho precarizados, informais, subcontratados, mal-remunerados e subalternizados.

Abordando O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE APLICADO À RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NAS ATIVIDADES NÃO LUCRATIVAS, Dirceu Galdino Barbosa Duarte e Talissa Estefania Tomaz Tomiyoshi, considerando a aplicação do princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas, tratam do conflito nascido entre o conceito de empregado doméstico trazido pelo art. 7º, a, da CLT e o apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72 que divide a doutrina e a jurisprudência quanto à atuação desse tipo de empregado nas atividades econômicas não lucrativas.

José Washington Nascimento de Souza aborda o CRÉDITO TRABALHISTA: PRESCRIÇÃO E ATUALIZAÇÃO FERINDO A DIGNIDADE DO TRABALHADOR, têm em conta que a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, entre os direitos sociais, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar e, ao mesmo tempo, consideram que, em não havendo lei complementar regulando a matéria, o empregador encontra-se liberado de obrigação de pagamento de qualquer indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa-causa.

PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA FASE "PÓS-CONTRATUAL" DE EMPREGO é o estudo sobre o qual se debruça Christine De Sousa Veviani. O referido estudo converge para a aplicação da extensão da proteção da dignidade da pessoa do empregado na fase pós-contratual, sugerindo a condenação do contratante em indenização por dano extrapatrimonial em razão do mero atraso na disponibilização do quantum rescisório. O objetivo da proposta é de estabelecer medida preventiva, educativa e punitiva contra ilegalidades, em um momento de aparente liberdade, que, ao revés, contempla abusos de poder.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Emerson Albuquerque Resende examinam O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO MODELO BRASILEIRO. No referido estudo, considerando Os Estados Unidos da América como berço das ações afirmativas e detentores de complexo sistema jurídico de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, as autores destacam dispositivos legais, decisões da Suprema Corte, doutrina e dados estatísticos do aludido país, informando o processo inclusivo ali construído. O trabalho é resultado de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais.

Adaumirton Dias Lourenço e Maria Aurea Baroni Cecato são os autores do texto intitulado PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS LABORAIS: DISTINÇÕES RELEVANTES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. Nessa

abordagem, os autores referidos consideram as naturezas jurídicas distintas dos dois princípios mencionados no título, além de outras diversidades entre eles existentes, malgrado as pretensões semelhantes de ambos. Têm como objetivo propor melhor adequação dos aludidos princípios para efeitos de aplicação dos mesmos, de grande relevância na proteção da dignidade do trabalhador.

III - PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE LABORAL

Foi concebido um foco especial para o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, de terceira dimensão, diante do constante desrespeito, nas relações de trabalho, de ordem pública e privada, revelado pelo alto índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais de natureza física e emocional, de sorte a merecer um tratamento especial, máxime em vista dos princípios da prevenção e precaução, salvaguardando as futuras gerações. Encontram-se nesse eixo:

No artigo ADICIONAL NOTURNO E SAÚDE: UMA TESE PELA DIGNIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, Sérgio Saes e Leda Maria Messias da Silva demonstram que o labor noturno deve ser considerado um serviço extraordinário, posto que representa ônus excessivo ao obreiro, trazendo, conseqüências no contexto familiar, no convívio social, no psicológico, na saúde e, por fim, porque impacta diretamente na produção.

Em O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SALUBRE EM JUÍZO: O CASO SHELL-BASF, Humberto Lima de Lucena Filho e Marcílio Toscano Franca Filho cuidam de analisar os detalhes de um dos casos mais paradigmáticos julgados pela Justiça do Trabalho em matéria de direito ambiental do trabalho. O texto aborda cuidadosamente os fatos e a tramitação processual da ação judicial que tem como objeto os danos ambientais, sociais e coletivos do referido caso.

Maria Aparecida Alkimin apresenta UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL À LUZ DA TIPIFICAÇÃO PENAL E AS VICISSITUDES RELACIONADAS À COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, onde o objetivo é partir da conceituação originária do fenômeno assédio moral, que remonta às pesquisas de campo com trabalhadores e estudos realizados na área da psicologia do trabalho, para inseri-lo no campo da ciência do Direito, estabelecendo os elementos caracterizadores do assédio moral para fins de enquadramento jurídico-legal e consequente busca da tutela jurídica, inclusive na órbita penal.

ASSÉDIO MORAL ASCENDENTE é texto de autoria de André Gonçalves Zipperer. Partindo de casos práticos, o autor analisa a figura do assédio moral no ambiente de trabalho, na sua modalidade ascendente, ou seja, aquele que parte de uma ou várias pessoas em condição de controle, subordinado uma pessoa em condição hierárquica superior.

Em A PRÁTICA DO MOBBING SOB A PERSPECTIVA DO AVILTAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, Nivea Corcino Locatelli Braga analisa o mobbing e seus infaustos efeitos no ambiente laboral, nomeadamente no tocante à vileza ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO CAUSADO NO ÂMBITO DO AMBIENTE DO TRABALHO é a denominação atribuída ao artigo de autoria de Celciane Malcher Pinto e Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro. As autoras buscam explanar o entendimento doutrinário e jurisprudencial do meio ambiente do trabalho, bem como aquele referente à modalidade de dano moral, dando conta de que existem decisões que reconhecem a ocorrência do dano referido em respeito ao princípio da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente.

Mariana Gonçalves Gomes e Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis abordam OS ASPECTOS E DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ALÉM DOS MUROS DA EMPRESA, objetivando tratar da proteção à saúde e integridade do trabalhador sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho, não somente compreendido como o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva, mas também como o ambiente no qual a empresa tem o dever de assegurar a saúde dos seus trabalhadores através da adoção de medidas adequadas de segurança e proteção.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E O ESTRABISMO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE é o texto de autoria de Rodrigo Guilherme Tomaz e Zaiden Geraige Neto. Nele os autores consideram a saúde do trabalhador intrinsecamente ligada ao ambiente laboral. O estrabismo aludido no título refere-se ao fato de que o empregado, ao se reconhecer como titular de um adicional de insalubridade ou periculosidade, alimenta a falsa sensação de ter sua saúde protegida, imagina, em vão, tê-la juridicamente tutelada.

Sob o título A MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ÀS NECESSIDADES CONTEMPORÂNEAS, Fernanda Mesquita Serva e Marcela Andresa Semeghini Pereira, tratam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial aquele do trabalho, concluindo que, para a manutenção da ordem econômica e do trabalho digno, deve-

se considerar o Tripé da Sustentabilidade que destaca a interdependência de elementos econômicos, sociais e ambientais.

IV - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO: TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A globalização, econômica em sua base, mas, por conseqüência, também social, política e cultural, produz nítidos impactos na vida em sociedade e, naturalmente, também no mundo jurídico. Tais reflexos se fazem, igualmente, e por óbvio, na seara dos direitos sociais. No âmbito destes, provavelmente de forma mais acentuada, são produzidos nas relações laborais. Dos impactos aludidos, conquanto não devam ser desconsiderados os de cunho positivo, devem ser destacados aqueles que se revelam como constritores de direitos e, nada infrequentemente, como redutores de condições de dignidade. Pode-se registrar, nesse quadrante, desde a retração do Estado diante do agigantamento do poder das grandes corporações, o que reduz a promoção e defesa de direitos sociais, até as repercussões na reorganização das empresas que visam às condições de competitividade no mercado. Os direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição Federal são, todavia, direitos fundamentais e devem ser preservados. Com efeito, fazem parte dos direitos firmados em princípios que convergem para o princípio nuclear da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade humana. Nesse eixo:

Ailsi Costa De Oliveira e Ivan Simões Garcia abordam A TERCEIRIZAÇÃO E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES LABORAIS, enfatizando o problema da responsabilidade entre empresas, mormente quando do inadimplemento das obrigações laborais e, notadamente, o caráter essencialmente precarizador da terceirização.

O estudo de Mariana Mara Moreira e Silva e Guilherme Tavares Fontes Mol, denominado TERCEIRIZAÇÃO: A RELAÇÃO TRILATERAL, considera que o surgimento da terceirização está alinhado à busca, pelas empresas, de maior competitividade, lucro, eficiência e redução de custos, os quais são essenciais para sobrevivência da atividade empresarial no mundo globalizado.

A FLEXIBILIZAÇÃO POSITIVA: UMA FORMA DE TUTELAR E PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR é o texto de Maria Cecília Máximo Teodoro e Carla Cirino Valadão, onde os autores abordam a chamada flexibilização positiva, considerando que a flexibilização deve ser encarada como forma de ampliação de direitos e de promoção da dignidade da pessoa humana.

O artigo de Rodrigo Lychowski trata de BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e tem em conta o fenômeno em duas entidades públicas, uma federal e a outra estadual, objetivando a análise da terceirização na seara pública, não apenas sob o ângulo teórico, mas também empírico. O texto tem, ainda, o intuito de considerar a convivência entre os servidores públicos e os trabalhadores terceirizados, dentre outras questões pertinentes ao fenômeno da terceirização.

Kátia Cristine Oliveira Teles desenvolve o tema DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, CIDADANIA E TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS DE UM PAÍS GLOBALIZADO, analisando o impacto da globalização no desenvolvimento social, principalmente no que tange ao acesso ao trabalho e à cidadania. Aborda, no plano geral, o direito ao desenvolvimento para depois traçar os aspectos principais de proteção ao trabalhador e os efeitos da globalização no mercado de trabalho.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL é o tema sobre o qual Antonio Gomes de Vasconcelos e Gabriela de Campos Sena realizam um estudo crítico e exploratório da flexibilização trabalhista com o intuito de demonstrar a incompatibilidade do referido instituto com as bases principiológicas traçadas pela Constituição. Demonstram, através desse estudo, que o desenvolvimento da economia deve estar necessariamente atrelado aos postulados da boa-fé e da justiça social, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Maior.

Flávio Filgueiras Nunes e Laira Carone Rachid Domith desenvolvem um estudo sobre FLEXIBILIZAÇÃO, INTENSIFICAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATO GERADOR DO AFROUXAMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, com o objetivo é demonstrar que os efeitos deletérios da flexibilização e da intensificação laboral podem prejudicar de forma irreversível não apenas o trabalhador, mas todos que compõem o núcleo familiar no qual está inserido.

O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE A OIT E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO é o tema abraçado por José Soares Filho e Lucas Barbalho de Lima. Nele, a Organização Internacional do Trabalho que, nas últimas décadas, em decorrência da globalização, deixou de ocupar um papel protagonista na produção das fontes formais, é analisada sob a perspectiva do seu futuro.

Sob o título GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA: A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES E AS CONVENÇÕES nºs 19, 97 e 143 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), Ednelson Luiz Martins Minatti e Amanda

Tirapelli desenvolvem um estudo que se volta para a atuação da Organização Internacional do Trabalho no desenvolvimento das normas internacionais. Nesse âmbito, consideram, notadamente, a preocupação da Organização no sentido de evitar a concorrência desleal que grupos empresariais passam a desenvolver na busca da efetivação do lucro.

V - SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Seguridade Social é assente em princípios dos quais destaca-se a universalidade, posto que garantidora da extensão de sua não limitação a categorias determinadas. É sobre essa base democrática que foram perfilhados objetivos para os quais se volta um sistema composto por ações integradas dos Poderes Púbicos e da sociedade constituindo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme determinam os artigos 194 e seguintes da Constituição Federal. Este é o eixo em que se apresentam:

O estudo de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Andre Studart Leitao, PROTEÇÃO SOCIAL, PLANEJAMENTO E COERÊNCIA: O EFEITO SANFONA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664/2014 versa sobre a importância de um planejamento cauteloso na instituição de um modelo seguro e sustentável de proteção social, de modo a prevenir retrações e descartes sociais inesperados que eventualmente podem caracterizar retrocesso social, mormente quando se observarem práticas estatais desalinhadas do propósito de economizar e reequilibrar as contas públicas.

A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PARA AS PESSOAS QUE NECESSITAM DE AUXÍLIO PERMANENTE DE UM TERCEIRO é o texto elaborado por Zélia Luiza Pierdoná e Carlos Gustavo Moimaz Marques. O trabalho aborda a dependência, caracterizada como a hipótese em que uma pessoa necessita da atenção e auxílio de uma terceira pessoa para realizar as atividades básicas da vida diária e apontada por organismos internacionais como objeto de proteção social. Vale-se do sistema de proteção espanhol, como exemplo e considera a inclusão da referida dependência, no sistema de proteção social brasileiro.

Maria Áurea Baroni Cecato

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

LA INCAPACIDAD TEMPORAL: ESTRUCURA, COMPLEJIDAD Y SOLUCIONES

THE WORK INCAPACITY: STRUCTURE, COMPLEXITY AND SOLUTIONS

José Luiz Tortuero Plaza

Resumo

La incapacidad temporal es la contingencia temporal más relevante de los sistemas de protección social, con múltiples implicaciones para la seguridad social, las empresas, los niveles de absentismo y productividad, así como para los trabajadores. Se trata de una institución donde confluyen las normas laborales, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales, con una importante presencia en los convenios colectivos; y en la que participan una multiplicidad de entidades, Servicio Publico de Salud; Seguridad Social; Empresa; Mutuas de Accidentes de Trabajo y en su caso, Servicio Público de Empleo Estatal En España carecemos un tratamiento omnicomprensivo del instituto, a pesar de su importancia Sin duda el motor de todas las reformas producidas en los últimos veinte años está en los mecanismos de gestión y control, una veces motivados por el volumen de gasto y otras por estrictos criterios competenciales. En este espacio se sitúa el nuevo RD 625/2014, de 18 de julio, que pretende modernizar la gestión con la utilización de elementos telemáticos, vincular los procesos incapacitantes a protocolos y ordena distintos procedimientos administrativos

Palavras-chave: Incapacidad temporal, Incapacidad, Control de la incapacidad temporal, Gestión de la incapacidad, Competencias de control, Determinación de contingencia

Abstract/Resumen/Résumé

The contingency temporary incapacity of the most important social protection systems, with many implications for social security, business, levels of absenteeism and productivity, also for workers. It is an institution confluence labor standards, social security and occupational risk prevention, with a significant presence in collective agreements; and in which a multiplicity of entities, Public Health Service involved; Social Security; company; Mutual of Accidents and where appropriate, Public Service of Employment. In Spain we lack a complete and comprehensive treatment of the institute, despite its importance. The engine of all reforms produced in the last twenty years is in the mechanisms of management and control, sometimes motivated by the volume of spending and other strict criteria for competition. In this area is located the new RD 625/2014 of 18 July, which aims to modernize the management with use of electronic elements, linking processes disabling protocols and orders of administrative procedures.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Temporary incapacity, Incapacity, Control of temporary incapacity, Incapacity management, Control competences, Determination of the contingency

1.- UNA APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU REPLANTEAMIENTO.

La problemática que afecta a la ordenación, gestión y control de la incapacidad temporal, es compleja en si misma y exige clarificar los condicionamientos sociales y jurídicos sobre los que opera, con la finalidad de fijar el rumbo de las posibles reformas futuras o, al menos, evidenciar algunos de los elementos que proporcionan la complejidad anunciada. Con todo, se trata de una cuestión nuclear en la ordenación de la incapacidad temporal,[1] que afecta a todos los intervinientes, a saber: Servicio Público de Salud, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Instituto Social de la Marina, empresario y trabajador, así como, en ocasiones, al Servicio Público de Empleo Estatal. Singularidad ésta que al ser exclusiva de la incapacidad temporal, anuncia por sí misma su complejidad.

En los últimos veinte años – desde 1992- la incapacidad temporal ha sido el centro de atención del legislador, realizando reformas continuas -y no siempre debidamente maduradas- con la finalidad de construir un nuevo modelo de gestión y control, que permita recomponer el papel que deben asumir las entidades intervinientes en el proceso, reconducir su utilización –no siempre ortodoxa- y situar el gasto en parámetros de racionalidad.

No es nuevo decir que la incapacidad temporal, al igual que otras contingencias de la seguridad social, tiene una ordenación sumamente compleja, caótica y desordena, que dificulta su comprensión y aplicación, situándonos en un espacio de inseguridad jurídica difícilmente justificable.

Durante más de veinte años, desde 1992, la incapacidad temporal ha sido el centro de atención del legislador, y de la doctrina científica[2], realizando reformas continuas -y no

[1] Así lo advierten VIDA SORIA, J. MONEREO PEREZ, JL , MOLINA NAVARRETE, C Y QUESADA SEGURA, R *Manual de Seguridad Social*, Madrid, edit. Tecnos, 5ª edic., 2009 pag. 270, en os siguientes términos: "aunque en realidad éste es un aspecto inherente a la gestión de la prestación de IT y línea cardinal de todo el entramado normativo, institucional y organizativo de la misma, su trascendencia bien exige que se estudie, además, como un apartado propio…"

[2] Una incompleta pero grafica reseña de la preocupación doctrinal por la materia es la siguiente: AA.VV.: *La incapacidad temporal* (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 18ª

edic., Madrid, 2006; ALVAREZ DE LA ROSA. M. *Incapacidad temporal y maternidad,* en "Tribuna Social" nº 53; ARETA MARTÍNEZ, Mª., "La incapacidad temporal de los funcionarios públicos", AA. VV.: *Cuestiones en torno a la incapacidad temporal de los funcionarios públicos*, Cinca, Madrid, 2011; BARBA MORA, A., *Incapacidad temporal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; BLÁZQUEZ AGUDO, E. Mª., "Presente y futuro de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional", Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 2, 2012; BRUNA REVERTER, J., *La incapacidad laboral: problemática legal, jurisprudencial y médica*, Comares, Granada, 2012; CARRIZOSA PRIETO, E., "La tutela del trabajador enfermo en el Estatuto de los Trabajadores", Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 157, 2013; CASTILLA CASTILLA, Á., "Control médico de la Incapacidad Temporal: la reordenación de las competencias de las entidades que intervienen en la prestación de la Incapacidad Temporal: artículo 128 de la LGSS", Revista de Información Laboral, núm. 3, 2012; CASTRO CONTE, M., "Evolución de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos o por cuenta propia", AA. VV.: *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. V.), Cinca, Madrid, 2011; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I. *El subsidio de la incapacidad temporal. Cuantía, nacimiento, duración y extinción* en "Tribuna Social", núm. 44-45, 1.994; DESDENTADO BONETE, A "*Mutuas de accidentes de trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal".* Actualidad Laboral. Nº 6. 2008; DUEÑAS HERRERO, L. F., "La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el régimen general de Seguridad Social", Relaciones Laborales, núm. 4, 1996; FERNANDEZ LOMANA GARCÍA, M., «El control por las Mutuas de Accidentes de Trabajo de las bajas médicas por contingencias comunes: situación actual y perspectiva», Actualidad Laboral nº 8, 2008;FERNANDEZ ORRICO, F J "*Medidas encaminadas a racionalizar el subsidio de incapacidad temporal por Ley30/2005, de 29 de diciembre* , AA VV "La economía de la Seguridad Socia. Sostenibilidad y viabilidad del sistema". Laborum. 2006; FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; GARCÍA MURCIA J. y ROMÁN VACA, E., "Nuevas pautas de la regulación de la incapacidad temporal", Aranzadi Social, núm. 2, 1996; GARCÍA NINET, J. I., "La incapacidad temporal", AA.VV.: *La incapacidad temporal*, (Coord. OJEDA AVILES, A.), Tecnos, Madrid, 1996; GARCÍA QUIÑONES, J. C., "Ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia", Documentación Laboral, núm. 70, 2004; GARCÍA VIÑA, J. *El deber recíproco de buena fe en la incapacidad temporal,* en AA.VV.(COOR. A. OJEDA AVILES), *La incapacidad temporal,* 1996 ; GIL PLANA, J y GONZALEZ DEL RIO, J M "*Aspectos polémicos en la colaboración de las Mutuas en la gestión de la Seguridad Social".* Revista Española de Derecho del Trabajo GOERLICH PESET, J M "*La reforma de la incapacidad temporal"* en VV.AA "*La reforma de la Seguridad Social".* Ed. Tirant lo Blanch. 2008; GONZÁLEZ ORTEGA, S., "El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de la incapacidad temporal (I) (El control durante la primera fase de la incapacidad temporal, Relaciones Laborales, núm. 12, 2011; "Prórrogas y recaídas. El tránsito hacia la incapacidad permanente", Relaciones Laborales, núm. 13, 2011 ; GRANADO MARTINEZ, O *"El control de la incapacidad temporal en el Instituto Nacional de la Seguridad Social* en AA VV "La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema". Laborum. 2006I); JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo. Aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; LÓPEZ INSUA, B. M., *La incapacidad temporal en el Sistema de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2014; MARTÍN VALVERDE, A., "Incapacidad laboral transitoria e Invalidez Provisional: legislación y jurisprudencia", Actualidad Laboral, núm. 39, 1994; MARTINEZ-GIJON MACHUCA, M A "*Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005*). Relaciones Laborales. Nº 21. 2006; MARTINEZ-GIJON MACHUCA, M A "*Sobre la incapacidad laboral: tránsito entre prestaciones y duración de la temporal (al hilo de la reforma operada por la Ley 30/2005*). Relaciones Laborales. Nº 21. 2006; MERCADER UGUIA, JR., *El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha),* en Revista de Relaciones Laborales, Tomo I/2004; MONEREO PEREZ, JL y FERNANDEZ AVILES, JA. Determinación de la contingencia, en AAVV (Dir. BORRAJO DACRUZ) Accidentes de Trabajo y Mutuas, edit. Lay y Fremap, Madrid, 2009; MONERO ROMERO, F "La responsabilidad empresarial en materia de prestaciones a la luz de la incapacidad temporal**".** AA.VV**,** "La responsabilidad del empresario"**.** Ediciones Laborum. 2012. y "El papel de las mutuas en la gestión de la incapacidad temporal: Previsiones sobre la nueva ordenación". **e**n AAVV, Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social. AESSS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; MUÑOZ MOLINA, J., *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2005; OLARTE ENCABO, S., "Control y gestión de la incapacidad temporal: análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente, el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo", Aranzadi Social Revista Doctrinal, núm. 20, 2011; 2006; PANIZO ROBLES, J *El control de la incapacidad temporal: A propósito*

siempre debidamente maduradas- con la finalidad de construir un nuevo modelo de

del Real Decreto 575/11997, de 18 de abril". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 4/ 1997; "*De nuevo sobre el control de la IT (A propósito del Real Decreto 1117/1998)"*. En Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 187. Septiembre.1998; *"La Seguridad Social en los comienzos de 2006 (comentario a las novedades incorporadas a la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y en otras disposiciones legales y reglamentarias de reciente promulgación)."* Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF. Nº 275. Enero 2006; , "Un nuevo paso en el control de la prestación de la seguridad social por incapacidad temporal: el RD 1430/2009, de 4 de diciembre", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, núm. 320, 2009; PÉREZ ALONSO, M. A., *La incapacidad temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; PUEBLA PINILLA, A "*El alta médica: efectos laborales e impugnación por el trabajador. Examen especial de la posición de las Mutuas de accidentes de trabajo".* Actualidad Laboral. Nº 11. Junio 2008; PURCALLA BONILLA, M. A., "Incapacidad temporal y control del absentismo", AA. VV.: *Régimen jurídico y gestión racional del tiempo en la empresa* (Dirs. ROMERO BURILLO, A. Mª y ARGÜELLES BLANCO, A. R.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013; RIOS SALMERON, B y FERRANDO GARCIA, F "*La prestación por incapacidad temporal: equilibrio entre la protección y control del fraude"* FORO DE SEGURIDAD SOCIAL. Mayo 2007; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V., "Evolución de la normativa sobre la incapacidad para el trabajo en el ordenamiento jurídico español", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 94, 2011; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial", Temas Laborales, núm. 118, 2013; SALA FRANCO, T., *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005; SALA FRANCO, T y SALAS BAENA, A "*La incapacidad temporal: aspectos laborales, sanitarios y de Seguridad Social".* Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2007 SANTAMARIA RUIZ, M D "*Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja".* Foro de Seguridad Social. Nº 13-14, 2005; SIRVENT HERNANDEZ,N, "Nuevas medidas de control en la gestión de los procesos de incapacidad temporal introducidas a raíz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre", Actualidad Laboral núm. 16, 2011 ; TOROLLO GONZÁLEZ, F. "Las mutuas y su lugar de conflictos jurídicos derivados de la incapacidad temporal", en AAVV. Público y Privado en el Sistema de Seguridad Social. AESSS. Ediciones Laborum, Murcia, 2013; TORTUERO PLAZA, J.L. "la incapacidad temporal para el trabajo en la seguridad social", Madrid, Tesis Doctoral, 1.987; "La incapacidad temporal, contingencia y situaciones protegidas: un análisis teórico", Tribuna Social, núms. 44/45, 1994; "*Régimen jurídico de la incapacidad temporal: una perspectiva general".* Foro de Seguridad Social. Nº 12-13. 2005; "*Apuntes sobre la reforma de la incapacidad temporal".* En AA VV. *"La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema".* Laborum. 2006; "El control público de las Mutuas en materia de incapacidad temporal", AA. VV.: *Accidentes de trabajo y Mutuas*, La Ley, Madrid, 2008; TORTUERO PLAZA, J. L. y MORENO ROMERO, F., "Poder de dirección del empresario y los mecanismos de control de la incapacidad temporal: la opción por el control público", AA. VV.: *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales: estudios ofrecidos al profesor Alfredo Montoya Melgar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011; TORTUERO PLAZA,JL. Y MORENO ROMERO,F. La reforma de la Incapacidad Temporal en la Ley 35/2010 y materias conexas, en AA.VV (Dir. ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO) "La reforma Laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo" Editorial: Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 2010; TORTUERO PLAZA J. L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva", Fundación MAPFRE, Madrid, 1996;TOSCANI GIMENÉZ, D., "La impugnación judicial de las altas médicas emitidas por las entidades gestoras de la seguridad social", Revista capital Humano, núm. 257/21011; Laborum. 2006; VALLE JOZ, J y TRILLO GARCIA, A "*Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como gestoras de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes". e*n VV.AA "*Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales".* La Ley, 2007; VALLE MUÑOZ A., "La facultad de control por las Mutuas Patronales de los procesos de incapacidad temporal mediante reconocimientos médicos, Aranzadi Social 22/2011; VICENTE PALACIO, M. A., "El control de la Incapacidad Temporal: el control en el ámbito de la relación laboral individual y en el ámbito de la Seguridad Social", Tribuna Social, núm. 168, 2004.

gestión y control, que permita recomponer el papel que deben asumir las entidades intervinientes en el proceso, reconducir su utilización, no siempre ortodoxa, y situar el gasto en parámetros de racionalidad.

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

Cierto es también que en su momento asistimos a un constante y alarmante incremento del gasto en incapacidad temporal, que justificó en parte que las principales reformas de los últimos años se hayan centrado casi en exclusividad sobre la ordenación de los mecanismos de control, bajo la hipótesis de que un mayor control conducirá a una reducción del gasto. No obstante, las reformas no se plantearon la problemática existente en forma sosegada y reflexiva, sino más bien conducidas por la obsesión razonable del gasto y la idea de que el fin justifica cualquier medio. En este orden, el aluvión normativo, producido entre el año 1997 y el año 2007, buscó la reordenación de los mecanismos de control con la finalidad de alcanzar el resultado económico deseado. No obstante, desde hace años el gasto en incapacidad temporal alcanzó el espacio de normalidad y, aún más, la crisis económica se ha encargado de reducirlo considerablemente, tanto por razones técnicas –menos afiliados, menos salarios…-, como humanas, el miedo a perder el empleo ha hecho que el trabajador –salvo en situaciones extremas- acuda a trabajar estando incapacitado.

Para visualizar las afirmaciones realizadas conviene identificar el proceso reformador. Las viejas y nunca pacíficas contingencias de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional, fueron reformadas por la Ley 42/1994, de 27 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que procedió a la redenominación de la contingencia – incapacidad temporal- y a reformar parcialmente su régimen jurídico suprimiendo formalmente la invalidez provisional. A la referida reforma habría que añadir otras anteriores (por ejemplo, la efectuada en materia de cuantía de la prestación

y responsables del pago por la Ley 42/1992, de 24-XI, cuya constitucionalidad fue declarada por STCO 34/1994, de 10 –II) y posteriores, por ejemplo, la efectuada en materia de extinción de la prestación económica por las Leyes 66/1997, de 30 de diciembre y 24/2001, de 27 de diciembre, así como por el RDL 6/2000, de 23 de junio. Junto a ellas, las más recientes incorporadas por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social que rectifica parcialmente las reformas del 2006, las recogidas en la disposición final tercera de la Ley 26/2009, de 24 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Finalmente, la importante reforma operada por la disposición adicional decimonovena, cinco, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que añadió la nueva disposición adicional quincuagésima segunda de la LGSS; el número dos de la disposición final quinta de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, que volvió a retocar el artículo 128.1.a) de la LGSS. Por último, salvo error, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, que reordenó los artículos 131 bis y 132 de la LGSS. Ciertamente el aparato reformado produce vértigo.

Las reformas referidas, aunque importantes, no son las únicas, todavía habría que añadir otras múltiples reformas directas de alcance reglamentario y otras indirectas que proceden de la reforma de otras contingencias, de materias e instituciones que son comunes al Sistema o, finalmente, de normas procedentes de otras parcelas del ordenamiento, singularmente del Estatuto de los Trabajadores.

Toda esta complejidad normativa se ha producido manteniéndose la ordenación reglamentaria procedente del desarrollo de la Ley de Seguridad Social de 1966 (singularmente el D. 3158/1966, de 23 –XII y la O. 13-X-1967, que han encajado múltiples reformas) que convive con todo un elenco de normas reglamentarias posteriores de distinta procedencia y alcance (desde el D. 1646/1972, de 23-VI, pasando por el RD 53/1980, de 11-I, hasta los más recientes sobre gestión y control, el RD 575/1997, de 18-IV, modificado por el RD 1117/1998, de 5 –VI y el RD 430/2009, de 1-IX, de desarrollo reglamentario de la Ley 40/2007) , incluida la aplicación de las modernas tecnologías para la presentación en soporte informático de los partes médicos (O Tas/ 399/2004, de 12-II). El giro más importante en esta materia viene de la mano del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la

gestión y control de los procesos de incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración, que será objeto de análisis en las páginas que siguen, y que sustituye al viejo RD 575/1997, de 18-IV. Transcurrido prácticamente un año desde la publicación del RD, se publica la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración[3]. Sin perjuicio de que el RD necesitaba del correspondiente desarrollo – como lo fue el RD 575/1997 por Orden de 19 de junio de 1997-, lo cierto es que buena parte de la modernización implantada quedaba en suspenso. Así, la Disposición transitoria primera (Partes médicos de incapacidad temporal) establecía que: "Mientras no se aprueben los nuevos modelos de partes médicos de incapacidad temporal, en los términos previstos en el artículo 2.5, mantendrán su validez los actualmente vigentes, que serán tramitados conforme a la normativa anterior. Asimismo, en tanto no se implante la remisión a las empresas, a través del sistema informático, de los resultados de las resoluciones indicadas en el artículo 7.2 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, el contenido de aquellas se les podrá adelantar mediante correo electrónico, sin perjuicio de comunicación posterior en otro soporte".

Con esta variada finalidad, la Orden ESS/11872015, de 15 de junio (que aparece publicada en el BOE del día 20 de junio)[4], desarrolla las previsiones del RD 625/2014, al tiempo que procede a la publicación de los nuevos de parte médicos de baja, confirmación de la baja y alta de los procesos de IT. Singularidad adicional –después de casi un año de gestación- es que de conformidad con lo establecido en la Disposición final cuarta, la referida Orden entrará en vigor el día primero del sexto mes natural

[3] La disposición derogatoria de la Orden ESS/1187/2015 deroga, de forma expresa, la Orden de 6 de abril de 1983, por la que se dictan normas a efectos de control de la situación de incapacidad laboral transitoria en el sistema de la Seguridad Social; la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril y la Orden TAS/399/2004, de 12 de febrero, sobre presentación en soporte informático de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y alta correspondientes a procesos de incapacidad temporal.

[4] Estas apreciaciones pueden verse en PANIZO ROBLES, JA. *La culminación del nuevo control "económico" de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (con ocasión de la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio)*, en Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, Nº. 388, 2015, págs. 125-152

siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado[5]», esto es, día 1º de diciembre de 2015.

Sobre esta anacrónica y compleja estructura normativa[6], han impactado reformas procedentes de la incapacidad permanente, la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la jubilación parcial, el desempleo…, lo que dificulta su comprensión.

Finalmente y como se aprecia en la descripción normativa, la mayoría de las reformas producidas, singularmente las que han afectado a la LGSS, no han tenido desarrollo reglamentario, provocando efectos perversos, bien al convertir a la Ley en un híbrido entre Ley y Reglamento, bien dejando vacíos normativos que se resuelven a través de los criterios internos de las entidades gestoras o por decisiones jurisprudenciales no siempre afortunadas.

Por último, otra asignatura pendiente es el frecuente desencuentro entre el contrato de trabajo y la incapacidad temporal. Como sabemos, a tenor de lo establecido en el artículo 45. 1.c) del Estatuto de los Trabajadores, la incapacidad temporal es causa de suspensión del contrato de trabajo, quedando vinculado el espacio suspensivo a las reglas sobre nacimiento, duración y extinción de la incapacidad temporal establecidas en la normativa de la seguridad social, singularmente en la LGSS. Esto que parece elemental, no lo debe ser, ya que el legislador suele olvidarse con cierta frecuencia de los efectos que las normas de seguridad social tienen sobre el contrato de trabajo, olvido que adquiere especial relevancia, cuando la norma laboral delega tácitamente su ordenación en las de seguridad social, como es el caso de la incapacidad temporal.

---

[5] En tal sentido la disposición transitoria única de la Orden ESS/1187/2015 prevé:
a) Los nuevos modelos de partes médicos se han de utilizar en los procesos de IT que estén en curso en la fecha de entrada en vigor de la Orden (1º de diciembre de 2015) y no hayan superado los 365 días, si bien se han de expedir con la periodicidad y respecto de los datos obligatorios exigidos por la normativa anterior.
b) Los nuevos modelos de partes de baja/alta y confirmación de la baja resultan de aplicación a los períodos de recaída en procesos de IT iniciados con anterioridad al 1º de diciembre de 2015, cuando la nueva baja médica se expida con posterioridad a dicha fecha.

[6] Esa complejidad ha sido puesta de manifiesto por la generalidad de la doctrina y singularmente por MUÑOZ MOLINA, J. *La incapacidad temporal…cit pag.229*. Igualmente , incluso, ofreciendo cuadros y esquemas orientativos, PANIZO ROBLES, JA. *Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por incapacidad temporal…cit,* y por SANTAMARIA RUIZ, M D "*Gestión y control de la prestación económica por incapacidad temporal: una gestión compleja".* Foro de Seguridad Social. Nº 13-14 2005

2.- LA INCAPACIDAD TEMPORAL COMO "REFUGIO PROTEGIDO": UNA APROXIMACIÓN A SU CASUISTICA Y A LOS SUJETOS IMPLICADOS.

Al margen de eufemismos, es frecuente imputar a los trabajadores del uso incorrecto de la incapacidad temporal, en el sentido de que es utilizada o mantenida temporalmente, al margen del efecto incapacitante que la caracteriza. La imputación no es nueva, más bien es consustancial a la contingencia misma y de ella hemos hecho un tópico que incluso constituye guía y razón de las reformas legislativas. No obstante, sería conveniente dar un paso más y preguntarse, cuáles pueden ser las causas de la utilización presuntamente indebida del instituto y cuáles podrían ser las soluciones. En este orden, no solo debemos valorar el importante impacto económico que tiene sobre el sistema público de protección social y sobre las empresas, sino también, y así se ha reconocido, los importantes impactos colaterales. En efecto, el absentismo causado por la incapacidad temporal, tiene importantes repercusiones que afectan a la productividad y competitividad de las empresas, a los espacios organizativos, a la gestión de personal... Todo ello es suficiente para platearse soluciones que sobrepasen los espacios de control.

Sin perjuicio de los posibles episodios fraudulentos, lo cierto es que la incapacidad temporal constituye una especie de "refugio protegido" para los trabajadores, al que intentan acudir para dar respuesta a un sin fin de problemas que carecen de cauces adecuados en la ordenación de la relación laboral. En efecto, circunstancias personales, familiares, laborales…, que exigen disponer de un tiempo para su resolución o encauzamiento, carecen normalmente del cauce adecuado. Basta con traer a colación la parquedad de permisos regulados en el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Las circunstancias descritas conducen, posiblemente, a que los trabajadores busquen el tiempo necesario en institutos impropios que sin embargo, le ofrecen "cuartada", "protección económica", protección jurídica", "confidencialidad"…

Igualmente, la incapacidad temporal se ha convertido en un instrumento de respuesta ante los vicios del mercado laboral. En efecto, la incapacidad temporal se utiliza para mitigar los efectos de la temporalidad y de la rotación, para cubrir la ausencia de protección por desempleo o para complementar el tiempo acreditado de protección, ante las dificultades de encontrar empleo. No debemos olvidar la función social impropia que cumple el instituto, cuyo lugar de imputación se encuentra en el uso y abuso de la

contratación temporal, poniendo al trabajador en una situación límite que justifica socialmente la búsqueda de espacios de protección.

Todavía existen otros espacios de imputación, como pueden ser las actividades económicas de carácter estacional (pesca, agricultura, hostelería...) con impacto desigual entre las distintas Comunidades Autónomas, donde la incapacidad temporal actúa como remedio para paliar las situaciones de carencia de rentas

También la utilización de la incapacidad temporal adquiere niveles relevantes en regímenes especiales donde no existe la protección por desempleo, como es el caso de los regímenes de trabajadores autónomos (de acceso voluntario y costoso) y de empleados de hogar. Nuevamente la contingencia cumple funciones que son impropias, así dar cobertura a los periodos de baja actividad económica de los trabajadores autónomos, o cubrir los espacios de carencia de rentas de los empleados de hogar ante la posible o anunciada extinción del contrato, o simplemente por razones de connivencia con el cabeza de familia.

Igualmente, los propios elementos estructurales de ordenación de la incapacidad temporal influyen en una posible utilización indebida de la misma. Así habría que hacer referencia la inmediatez y practica automaticidad en el reconocimiento de la prestación y su abono, que implica un tránsito sin solución de continuidad de la situación de activo a la situación e baja subsidiada. Cómo no resaltar la complejidad de su gestión en función de la pluralidad de entidades intervinientes, así como la dependencia de un diagnostico médico no siempre conocido y en ocasiones difícilmente objetivable y sometido a la realización de pruebas de diagnostico desplazadas en el tiempo. Por ultimo, también adquiere relevancia el impacto sobre el salario en muchos casos – y en ocasiones en sectores productivos completos- compensado por las mejoras pactadas en los convenios colectivos a cargo el empresario

Finalmente, la defectuosa ordenación de otras contingencias, como por ejemplo, la complejidad del riego durante el embarazo y del riesgo durante la lactancia . También, en este orden, habría que hacer referencia a la defectuosa ordenación de la relación entre incapacidad temporal y la incapacidad permanente, la imputación a la incapacidad temporal de las anomalías durante la gestación, la desviación de contingencias profesionales hacia contingencias comunes…, que convierten a la incapacidad temporal en lugar de recepción de situaciones ajenas.

Todo lo anterior, sin perjuicio de los espacios de fraude en sentido más grotesco, evidencia que la defectuosa utilización de la contingencia puede imputarse a actos, bien directamente realizados por el trabajador, bien con la colaboración interesada o la imposición del empresario (utilización de la incapacidad temporal de los trabajadores para cubrir periodos de baja actividad económica, o simplemente para reducir costes laborales), bien para afrontar regulaciones de empleo y despidos pactados.

Las situaciones descritas constituyen tan sólo la punta del iceberg y su resolución no se consigue simplemente con medidas endurecedoras de los mecanismos de control. Sin duda, éstos podrán producir sus efectos, pero la existencia de la problemática de fondo continuará propiciando la búsqueda de soluciones impropias por parte de los afectados.

3.- LOS MECANISMOS DE ACTUACIÓN: REDUCIR EL GASTO CON INCREMENTO DE GASTO Y COMPLEJIDAD ADMINISTRATIVA..

Las reformas conducentes a potenciar los mecanismos de control no han resuelto el problema originario, que afecta básicamente a las incapacidades derivadas de enfermedad común y accidente no laboral. En efecto, en estos supuestos las funciones de control están residenciadas en los facultativos y en los servicios de inspección sanitaria del sistema público de salud y sin embargo, las prestaciones económicas se ubican en el ámbito competencial de la seguridad social, bien a través del Instituto Nacional de la Seguridad Social, del Instituto Social de la Marina o de las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Si bien, el nacimiento, duración, extinción, control y pago de la prestación, son las dos caras de una misma moneda, nuestro ordenamiento las contempla competencialmente como dos monedas distintas, que constantemente se pretenden unir, pero bien es sabido que los polos del mismo signo se repelen.

la dirección de las reformas que se han efectuado en algo más de una década, 1997-2009, han contribuido a multiplicar los "servicios médicos actuantes" en esta materia. En efecto, junto a los Servicios médicos y la inspección del Sistema de Salud, con funciones omnicomprensivas, se crean con funciones simplemente controladoras los servicios médicos de las Entidades Gestoras y, se han incorporado al control a los

servicios médicos de las Mutuas de Accidentes de Trabajo. Igualmente, la reorientación competencial que se ha producido hacia el Instituto Nacional de la Seguridad Social, lleva implícita un importante reforzamiento de los equipos médicos, tanto en las unidades de incapacidad temporal, como en los Equipos de Evaluación de Incapacidades. Todo ello, supone un incremento del gasto nada despreciable, por su carácter constante y progresivo.

La multiplicación de los servicios médicos actuantes, con competencias autónomas y diferenciales, ha exigido abrir otra línea de actuación a través de Convenios de colaboración para el control de la incapacidad temporal con las Comunidades Autónomas, con resultados más o menos significativos. Estos Convenios vienen efectuándose desde el año 2002 y contemplan un Programa de actividades de modernización y mejora de la gestión y control de la incapacidad temporal, así como la identificación de objetivos de control del gasto. Finalmente, se contempla la creación y dotación de un Fondo denominado "Programa de ahorro en incapacidad temporal destinado a la mejora y control de la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes".

Asimismo, desde el año 2009, el INSS y las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social han firmado un Protocolo General de Colaboración para mejorar el control y los servicios que prestan a los trabajadores que están en situación de incapacidad temporal. El Protocolo tiene por objeto reducir el tiempo de comunicación de los partes de baja y unificar criterios diagnósticos y de información entre las mutuas y el INSS. Todo ello con el objetivo de promover una mayor equidad en el tratamiento que reciben los trabajadores de cualquier punto de España por enfermedades o accidentes similares y debería permitir a los profesionales médicos de disponer de una información más precisa que evitará la duplicación de pruebas y molestias a los pacientes.

Igualmente se ha puesto en práctica medidas procedimentales, entre ellas el denominado: Aplicativo de Trabajo Informatizado de las Unidades Médicas del INSS (ATRIUM). En efecto, en las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social no existía un procedimiento homogeneizado del trabajo que realizan las Unidades Médicas, ante lo cual se diseñó un procedimiento informático que pretende

no sólo homogeneizar la gestión sino además permitir seleccionar para citar a reconocimiento médico a los trabajadores con criterios efectivos.

En este sentido también se acomodó el sistema de Remisión Electrónica de los Datos (RED) para la gestión de la incapacidad temporal, de forma que las empresas incorporadas al mismo deben utilizar dicho procedimiento informático para remitir a la Entidad Gestora o a la Mutua las copias de los partes médicos de baja, confirmación de la baja y de alta que les presenten los trabajadores.

4.- LAS FACULTADES DE CONTROL Y LA POSIBLE VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD SEGÚN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La gestión sanitaria vinculada a la incapacidad temporal se ha venido modernizando, especialmente a partir de la ordenación del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, apostando por la utilización de procedimientos telemáticos, tanto en la gestión de los elementos formales – que se ordenan en función del previsible tiempo de baja - , en la utilización de protocolos, que pretenden dotar al facultativo de herramientas de respaldo técnico, y en el acceso a la documentación clínica del trabajador por parte de las instituciones con competencias en materia de gestión y control. Parece que la apuesta por los protocolos es excesiva, olvidándose que más que enfermedades existen enfermas.

4.1 EL EXCESO DE COMPETENCIAS Y SU POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD

Con insuficiente rango legal, el artículo 8 del RD incorpora una competencia abusiva, a saber, que:

"Los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, del Instituto Social de la Marina, para el ejercicio de sus competencias, tendrán acceso, preferentemente por vía telemática, a la documentación clínica de atención primaria y especializada de los trabajadores del sistema de la Seguridad Social , incluida la documentación clínica de los trabajadores protegidos frente a las contingencias profesionales con las mutuas, en los términos establecidos en la disposición adicional cuadragésima de la Ley General de la Seguridad Social. ".

Sin perjuicio de la ubicación del precepto y del contenido del RD, la competencia no restringe su espacio a cada proceso singular de incapacidad temporal. En la protección de los derechos fundamentales, como veremos, la norma es tajante no admite silencios interpretativos.

De esta forma la carencia de rango legal y el carácter abusivo de la competencia no se soluciona con la coletilla habitual que advierte que "el tratamiento de los datos de los trabajadores afectados así como el acceso a los mismos quedará sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en sus disposiciones de desarrollo" (art.8.3).

Repárese en que los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dictada en desarrollo del artículo 18.1 CE, establecen que " la protección civil de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes…", " no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley …".

El RD busca apoyo en la disposición adicional cuadragésima de la LGSS, sin embargo, ésta refiere a "…datos médicos estrictamente relacionados con las lesiones y dolencias padecidas por el interesado que resulten relevantes para la resolución del procedimiento…".

El diferente ámbito es notable y, por tanto, la autorización legal resulta insuficiente.

4.2 LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Con la finalidad de ubicar las previsiones legales y reglamentarias referidas, conviene traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance y contenido del art.18 CE, al hilo de la Sentencias 70/2009, de 23 de marzo de 2009.

Comienza la Sentencia haciendo alusión a lo que constituye doctrina consolidada del Tribunal, afirmando que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE, estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para

mantener una calidad mínima de la vida humana. Además el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo, FJ 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5, por todas). De lo que se deriva que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (STC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2, y jurisprudencia allí citada).

El derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5).

Ubicado el alcance, contenido y delimitación del derecho a la intimidad, conviene determinar sí la información relativa a la salud de una persona, forma parte de su contenido. En este orden el Tribunal afirma que, dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada (en este sentido STEDH de 10 de octubre de 2006, caso L.L. c. Francia, § 32). A esta afirmación se añade la monición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece que, teniendo en cuenta que el respeto al carácter confidencial de la información sobre la

salud constituye un principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte en la Convención, la legislación interna debe prever las garantías apropiadas para impedir toda comunicación o divulgación de datos de carácter personal relativos a la salud contraria a las garantías previstas en el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997, § 95, y caso L.L. c. Francia, de 10 de octubre de 2006, § 44).

La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio, FJ 2; y 62/2008, de 26 de mayo, FJ 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma.

Con la finalidad de cerrar los espacios de delimitación del derecho a la intimidad, el Tribunal trae a colación, tanto su doctrina, como la de TEDH, sobre los límites de los derechos fundamentales. En este orden, es doctrina consolidada que los derechos fundamentales no son ni ilimitados ni absolutos (por todas STC 198/2004, de 15 de noviembre, FJ 8), por lo que pueden ser sometidos a restricciones. Llevando esta afirmación al derecho a la intimidad, y como ya afirmamos en la STC 196/2004, de 15 de noviembre, aunque la Constitución, en su artículo 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de tal derecho (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones proclamados en los arts. 18.2 y 3 CE), ello no significa que sea un derecho absoluto (FJ 2). Y es que el derecho fundamental a la intimidad personal puede ceder ante otros derechos y bienes constitucionalmente relevantes, siempre que la limitación que haya de experimentar esté fundada en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo previsto y sea proporcionada para alcanzarlo, y sea además respetuosa con el contenido esencial del

derecho (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6).

Las exigencias referidas se han cristalizado en una delimitación de los elementos exigibles acuñados por la doctrina del TEDH. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en cuenta estas exigencias, reconociendo que si bien la garantía de la intimidad individual y familiar del art. 8 CEDH puede tener límites como la seguridad del Estado (STEDH de 26 de marzo de 1987, caso Leander), o la persecución de infracciones penales (mutatis mutandis casos Funke, de 25 de febrero de 1993, y Z. contra Finlandia, de 25 de febrero de 1997), tales limitaciones han de estar previstas legalmente y ser las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito (SSTEDH caso X. e Y., de 26 de marzo de 1985; caso Leander, de 26 de marzo de 1987; caso Gaskin, de 7 de julio de 1989; mutatis mutandis, caso Funke, de 25 de febrero de 1993; caso Z., de 25 de febrero de 1997). También el Tribunal de Justicia de las Unión Europea, en la Sentencia de 5 de octubre de 1994 (asunto X. contra Comisión, C-404/92 P), referida a la protección de la intimidad y al tratamiento de datos relativos a la salud, afirma que "los derechos fundamentales pueden ser sometidos a restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, en lo que respecta al fin perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos garantizados".

El Tco da un paso más he incorpora a su razonamiento las exigencias impuestas a los órganos administrativos y judiciales. En efecto, a los criterios de legalidad y proporcionalidad para la restricción legítima del derecho a la intimidad debe sumarse el control judicial y la motivación de la decisión restrictiva administrativa o judicial. El órgano administrativo y el órgano judicial deben plasmar tanto la previsión legal que ampara la afectación de la intimidad del administrado como el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la adopción de la medida. Advirtiendo el Tribunal que es doctrina reiterada que "su

ausencia ocasiona, por sí sola, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo" (STC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y jurisprudencia allí citada).

Para observar la exigencia de previsión legal que requiere su constitucionalidad, el acceso por las Administraciones públicas a datos relativos a la salud de una persona y la evaluación y toma en consideración de los mismos precisan no sólo de una mera habilitación legislativa. Según jurisprudencia constitucional consolidada, la ley deberá concretar las restricciones, alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos, pues vulnera el derecho fundamental a la intimidad personal el establecimiento de límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11). Como señalábamos en la STC 49/1999, en relación justamente con la protección del derecho fundamental a la intimidad, la injerencia en la misma exige de un modo "inexcusable" una previsión legal que "ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención" (FJ 4); ha de poseer lo que en otras ocasiones hemos denominado cierta "calidad de ley" (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 2).

4.3 VALORACIÓN FINAL

Como conclusión podemos afirmar que, la habilitación reconocida a los inspectores médicos del Instituto Nacional de la Seguridad, carece de rango suficiente al sobrepasar los límites de la disposición adicional cuadragésima de la LGSS, contraviniendo la protección otorgada por el artículo 18.1 CE .

Igualmente, podemos afirmar que tanto la disposición legal, como la norma reglamentaria se alejan de las exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.