

La actuación del trabajador en supuestos de incapacidad temporal:  
el agravamiento o retraso en el proceso de curación o la evidencia  
del trabajador apto para trabajar como causas extintivas. La teoría  
de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a  
discapacidad: discriminación y absentismo

The worker's action in cases of temporary disability: the  
aggravation or delay in the healing process or the evidence of the  
worker able to work as extinguishing causes. The theory of  
disability or illness as a cause comparable to disability:  
discrimination and absenteeism

POMPEYO GABRIEL ORTEGA LOZANO

PROFESOR AYUDANTE DOCTOR  
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

SARA GUINDO MORALES

CONTRATADA PREDOCTORAL FPU DEL MEC  
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSIDAD DE GRANADA

**Resumen**

Este trabajo de investigación tiene por objeto analizar las posibilidades extintivas de las diferentes actuaciones del trabajador en situación de incapacidad temporal y los supuestos de agravamiento o retraso en el proceso de curación imputadas a él mismo o la evidencia de que se encuentra apto para desempeñar sus funciones. También acometemos un análisis de la corriente doctrinal y jurisprudencial sobre la teoría de la incapacidad o enfermedad como causa equiparable a discapacidad. Destacamos que durante el desarrollo de este artículo realizamos una serie de propuestas *de lege data* y *de lege ferenda*.

**Palabras clave**

Incapacidad; temporal; extinción; discapacidad; enfermedad

**Abstract**

The purpose of this research work is to analyse the extinctive possibilities of the different actions of the worker in a situation of temporary incapacity and the cases of aggravation or delay in the healing process attributed to him or the evidence that he is fit to carry out his functions. We also undertake an analysis of the doctrinal and jurisprudential current on the theory of disability or illness as a cause comparable to disability. We emphasize that during the development of this article we made a series of proposals *of lege data* and *lege ferenda*.

**Keywords**

Disability; temporary; extinction; disability; disease

## 1. INTRODUCCIÓN: ACTIVIDADES DEL TRABAJADOR EN INCAPACIDAD TEMPORAL QUE PUEDEN TRANSGREDIR LA CONFIANZA DEL EMPRESARIO

Para el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante y para simplificar, TRLGSS), la incapacidad temporal es aquella situación en la que se encuentra el trabajador mientras reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo –artículo 128.1.a) LGSS–. La incapacidad temporal es causa de la suspensión de la relación laboral que exime al trabajador de la obligación de trabajar, pero no del correcto cumplimiento del resto de las obligaciones<sup>1</sup>.

Incapacidad temporal que se encuentra encaminada a obtener la reparación de la salud y, por ende, a la no realización de actividades o conductas que supongan un agravamiento de la enfermedad o una dilación en el proceso de curación debiendo de tenerse presente la buena fe contractual que debe gobernar e inspirar la relación de trabajo. Durante la situación de incapacidad laboral, el trabajador no percibe salarios sino las prestaciones sustitutivas de los mismos, consistentes en un subsidio calculado sobre las bases cotizadas. Por tanto, cada ocupación o actividad realizada durante la situación de incapacidad temporal ha de ser tratada y resuelta según las circunstancias específicas de cada caso concreto, valorando si la consumación de dicha acción, sea laboral o lúdica, ocasional o frecuente, por cuenta propia o ajena, retribuida o gratuita, comporta el agravamiento o retraso en el proceso de curación o evidencia la aptitud del trabajador apto para trabajar<sup>2</sup>.

El fundamento de la situación se origina porque siendo la incapacidad temporal una causa de suspensión del contrato de trabajo, el trabajador ejercita actividades durante la misma pudiendo incurrir en transgresión de la buena fe, lo que justificaría la extinción de la relación laboral por despido disciplinario.

Pero la jurisprudencia no mantiene una posición uniforme lo que permite localizar tendencias distintas: en unos casos, se entiende que trabajar durante la situación de incapacidad temporal es causa de despido indistintamente de las circunstancias del caso; en otros supuestos, se valora la posibilidad de desarrollar actividades no laborales, eventuales, no remuneradas y de carácter lúdico; en otras situaciones, se opta por realizar un análisis detallado de las circunstancias concretas: intención del trabajador, naturaleza del trabajo y enfermedad padecida con objeto de confrontar si esa actividad puede suponer una prolongación del proceso curativo o conlleva defraudación a la Seguridad Social en caso de que el trabajador fuera apto para volver a desempeñar su trabajo. Esto es lo que procedemos a investigar y analizar en el texto que hoy desarrollamos.

<sup>1</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 978.

<sup>2</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Dapp, 2010, p. 140.

## 2. CORRIENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA ACTUACIÓN DEL TRABAJADOR EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

En virtud de lo expuesto detectamos las siguientes corrientes judiciales en supuestos en los que el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal como causa de suspensión de la relación laboral<sup>3</sup>:

1) Una corriente doctrinal estricta y rigurosa, en virtud de la cual, quedaría prohibida la realización de cualquier actividad, sea o no laboral, pues se entiende que con un comportamiento de este tipo se defrauda a la Seguridad Social y al empresario, dificultando y obstaculizando la propia recuperación del trabajador.

Las actividades realizadas por el trabajador que está impedido para consumir la prestación laboral a la que contractualmente viene obligado tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato constitutiva de incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador que justifica su extinción por la decisión del empresario<sup>4</sup>.

Aplicando la doctrina a que se ha hecho mención es posible que las actividades realizadas no supongan un perjuicio para la sanación del trabajador, pero dichas actividades sí denotan el engaño u ocultación que permite considerar infringida la buena fe contractual que debe presidir la relación laboral<sup>5</sup>. Con su actuar de esa forma pone de manifiesto que *“ya no está inhabilitado para ocupar su puesto de trabajo, o, por lo menos, no guarda el debido tratamiento médico, que siempre será de reposo, aunque la enfermedad sea leve, y así puede impedir su curación o prolongar la enfermedad”* abusando de la *“confianza depositada en él por la empresa que, naturalmente, ha de confiar en que el trabajador enfermo, tan pronto esté en condiciones de efectuar su trabajo, se reincorpore a su puesto”* sin tener *“que seguir abonando las cotizaciones a la Seguridad Social”* o poder suplir *“al trabajador contratado para sustituirle, y de esa forma evitar el pago del salario a éste”*<sup>6</sup>.

De acuerdo con esta posición jurisprudencial el trabajador que se encuentra impedido para desarrollar la actividad laboral *“tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, máxime cuando su forzada inactividad le es compensada económicamente con fondos públicos”*<sup>7</sup>. Es más: *“resulta irrelevante la clase de trabajo que hubiera desarrollado en aquella situación, que por definición supone estar impedido para trabajar”*<sup>8</sup>. El incapacitado temporal debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, taxativas de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que *“en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de*

<sup>3</sup> ALBIOL MONTESINOS, I.: “El despido disciplinario”, en Albiol Montesinos, I. (Dir.) *et al: Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 939 y 940. AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 1997, pp. 65 y ss.

<sup>4</sup> STS 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6455].

<sup>5</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 de febrero de 2005 [JUR 2005, 111872].

<sup>6</sup> STS 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4630].

<sup>7</sup> STS 10 de mayo de 1983 [RJ 1983, 2365].

<sup>8</sup> STS 9 de febrero de 1985 [RJ 1985, 623].

*algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir*<sup>9</sup>. Es tan evidente esta doctrina que *“bastaría que en una sola ocasión el trabajador en situación laboral de incapacidad transitoria realizase trabajos ajenos a la empresa para la procedencia del despido”*<sup>10</sup>.

2) Una segunda creencia judicial consiente que durante la situación de incapacidad temporal solo se permite la realización y el desarrollo de actividades no laborales, eventuales, no remuneradas y de carácter lúdico, siempre que no fueran contradictorias con la enfermedad padecida.

En actividades no laborales la doctrina se desplaza del anterior criterio jurisprudencial: como regla general se analizarán las circunstancias del caso concreto atendiendo a la naturaleza de la enfermedad a la hora de calificar el despido. Al ser la actividad del trabajador en estado de incapacidad temporal externa al ámbito laboral, sí puede atenuarse la sanción del despido cuando no exista *“simulación de la enfermedad y la actividad, carente de dimensión laboral, no suponga ningún peligro para la curación”* o *“se trate de actividades recomendadas médicamente como terapéutica ocupacional”*<sup>11</sup>.

Así, el trabajador que estando en situación de incapacidad temporal participa en *“un partido de fútbol, actividad de evidente exigencia física, claramente contraindicada con la causa de la baja en que estaba inmersa (cervicalgia y lumbalgia); y elementales pautas de conducta imponen al productor la obligación de cuidar el curso de la enfermedad y, puesto que se encuentra en situación de incapacidad temporal para trabajar, debe de abstenerse de desarrollar cualquier otra actividad que sea incompatible con la enfermedad que determinó aquella, siendo claro que la referida actividad deportiva no favorecía en modo alguno su recuperación, antes bien únicamente podría provocar un empeoramiento de sus padecimientos, con lo que se pospondría la obtención del alta médica; a ello ha de unirse que no parece que el desempeño de su actividad laboral le exigiera mayor esfuerzo o requerimientos físicos que la práctica de tal actividad deportiva, y que si tenía aptitud para ésta debía tenerla también para aquella, y si el impedimento había cesado venía obligada a ponerse a disposición de la empresa; fuera como fuere, su conducta supone una transgresión de la buena fe contractual, dejando de cumplir con las reglas de la buena fe y diligencia (artículo 5.a) ET), lo que supondría un incumplimiento contractual grave y culpable”*<sup>12</sup>.

3) Un tercer grupo de sentencias entienden necesario el estudio individual del caso concreto al argumentar que solo es desleal e ingrato trabajar en situación de incapacidad temporal cuando con la realización de la actividad se evidencia la aptitud para el trabajo en el que se está dado de baja o contraviniendo las indicaciones médicas.

No puede considerarse causa justa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza la realización de actividades durante la situación de incapacidad laboral cuando tales actividades, en atención a las circunstancias concurrentes y en especial a la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, no son

<sup>9</sup> STS 12 de julio de 1990 [RJ 1990, 6102].

<sup>10</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 15 de enero de 1993 [AS 1993, 5].

<sup>11</sup> STSJ Galicia 10 de enero de 1992 [AS 1992, 217].

<sup>12</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 21 de febrero de 2005 [JUR 2005, 91336].

susceptibles de perturbar el proceso de curación, ni evidencian la aptitud laboral de trabajar con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa<sup>13</sup>. Cuando un trabajador en baja “por depresión” realiza “trabajos de cavar, arrancar piedras, recoger piedras, sembrar, picar suelo”, no se considera dicha conducta constitutiva de causa de despido al considerarse que la misma no implica “deslealtad y fraude a la empresa, al existir, certificado médico acreditativo” de que “dicha enfermedad no exigía reposo absoluto, siendo, por el contrario conveniente el ejercicio físico”. La misma solución se adopta con “un trabajador, que estando de baja por enfermedad padeciendo depresión endógena” se traslada a “otra población, en distintas fechas, para impartir como profesor lecciones en un curso de comercio exterior”, estimándose “como improcedente el despido, por la misma causa”. Cuando un trabajador sufre “depresión endógena” y realiza “trabajos de asesoramiento o supervisión, en un puesto de castañas de su esposa, durante dicho período”, también se considera improcedente el despido al poder invocarse similar doctrina<sup>14</sup>.

En cambio, es procedente el despido del trabajador de baja por lumbago que se desplaza de un lugar a otro en una “vespino”, actividad totalmente desfavorable para su enfermedad<sup>15</sup>. Es justificada la extinción del contrato de trabajo del empleado que “disputó partidos de frontenis de unos 50 minutos, con gran ardor y con intervención incluso de un anotador de tantos”, lo que evidencia que “la aludida actividad deportiva exigía mayor esfuerzo físico y repercutiría más desfavorablemente en la rodilla” que su “habitual actividad laboral”<sup>16</sup>. O quien “hallándose en baja laboral, con diagnóstico de lumbalgia”, participa en “pruebas físicas para cubrir plazas de Policía Local”, en concreto: “a) de velocidad, consistente en una carrera de cincuenta metros, debiendo los hombres alcanzar una marca mínima de siete segundos y cuatro décimas y las mujeres ocho segundos y siete décimas; b) de resistencia, consistente en una carrera de dos mil cuatrocientos tres metros, debiendo alcanzar los hombres una marca mínima de diez minutos y veintidós segundos y las mujeres catorce minutos y cincuenta y ocho segundos, y c) de potencia muscular, consistente en un salto vertical, debiendo los hombres alcanzar una marca mínima de cuarenta y nueve centímetros y las mujeres de treinta y nueve centímetros”, superándose las citadas pruebas que constatan y evidencian el buen estado físico del trabajador en baja<sup>17</sup>. O quien “teniendo un problema en el hombro derecho, durante tres días, entrena a un equipo de fútbol y no lo hace de manera pasiva, limitándose a dar órdenes orales, sino que participa activamente en el entrenamiento; transporta un pack de 6 botellas plásticas de agua mineral; chuta en varias ocasiones”, lo que evidencia que estas “actividades son incompatibles con la clínica que motiva su incapacidad permanente total y contraindicadas para su curación”<sup>18</sup>. En suma, “la realización de trabajos durante la incapacidad temporal, siempre que la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación”<sup>19</sup>.

Los criterios jurisprudenciales sobre esta materia pueden quedar resumidos de la siguiente forma: a) Si el trabajador en situación de incapacidad laboral realiza actos

<sup>13</sup> STS 2 de junio de 1987 [RJ 1987, 4103].

<sup>14</sup> STS 14 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8224].

<sup>15</sup> STS 13 de marzo de 1984 [RJ 1984, 1559].

<sup>16</sup> STS 4 de octubre de 1988 [RJ 1988, 7516].

<sup>17</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 31 de octubre de 1994 [AS 1994, 4012].

<sup>18</sup> STSJ Tenerife 11 de mayo de 2017 [JUR 2017, 223402].

<sup>19</sup> STSJ País Vasco 9 de diciembre de 2008 [JUR 2009, 305866].

contrarios al tratamiento médico o demostrativos de que ya estaba curado, está defraudando tanto a la empresa como a la propia Seguridad Social, por lo que la prestación de servicios por cuenta ajena o propia, e igualmente la realización por el trabajador de cualquier otra actividad, determinan la concurrencia de causa justa de despido. b) La situación de baja por incapacidad laboral no impide al trabajador el hacer vida normal o de desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico que no perjudiquen o retrasen su curación. No toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido sino sólo aquella que dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidenciar la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa. Lo esencial es determinar si la actividad desarrollada por el trabajador en la situación de incapacidad laboral transitoria a la vista de las circunstancias concurrentes, en concreto, la naturaleza de la enfermedad y las características de la ocupación, pueden perturbar la curación del trabajador o evidenciar que se encuentra perfectamente capacitado para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo<sup>20</sup>. En suma, cada caso ha de ser tratado y resuelto según sus particulares circunstancias y con atención especial al factor humano.

La razón de la calificación de procedencia del despido disciplinario del trabajador –se construya la valoración jurídica desde la doctrina jurisprudencial de prohibir cualquier tipo de trabajo; la de realización y el desarrollo de actividades no laborales; o la que examina las circunstancias del caso– es la siguiente: la privación de la prestación laboral del empresario junto a una conducta desleal dañosa. El trabajador actúa de forma desleal porque la finalidad de la baja es la pronta recuperación del trabajador en el más breve plazo posible –siguiendo las recomendaciones médicas– ocasionando un perjuicio al empresario, a los propios trabajadores de la empresa obligados a suplir el trabajo del que se encuentra en situación de incapacidad laboral y a la Seguridad Social porque quien así actúa se lucra de fondos públicos<sup>21</sup>.

Nuestros tribunales no han conservado una postura uniforme cuando el trabajador en situación de incapacidad laboral realiza trabajos o desarrolla actividades no laborales. No obstante, en la actualidad el criterio flexible o gradualista prevalece a la hora de valorar esta justa causa de despido: sólo un análisis detallado de la enfermedad padecida, la actividad desarrollada, el tratamiento médico recomendado y cualquier otra circunstancia importante pueden determinar si la conducta del trabajador en situación de incapacidad temporal reúne la suficiente gravedad para hacerle acreedor de la sanción de despido<sup>22</sup>. Toda la anterior doctrina puede resumirse con el vigente criterio de valoración: *“el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación en su situación de incapacidad para el trabajo”*<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> STSJ Cataluña 2 de marzo de 2005 [AS 2005, 1208].

<sup>21</sup> STS 16 de julio de 1982 [RJ 1982, 4630].

<sup>22</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R.: *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi, 1997, pp. 74 y 76.

<sup>23</sup> STS 22 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7095], STS 29 de enero de 1987 [RJ 1987, 177], STSJ País Vasco 25 de abril de 2006 [AS 2006, 1778] y STSJ País Vasco 4 de abril de 2017 [JUR 2017, 170886].

Al respecto, los tribunales vienen estimando el despido procedente en los siguientes supuestos: quien siendo abogado por cuenta propia y simultáneamente dirigiendo el departamento jurídico de una empresa, en el estado de incapacidad temporal desarrolla la actividad de abogado por cuenta propia sin que la empresa sea informada al respecto<sup>24</sup>; el de quien alegando –para causar baja– que no podía conducir automóviles conduce reiteradamente su propio vehículo<sup>25</sup>; el de quien de baja “*por ansiedad relacionada con su ambiente laboral*” trabaja “*de forma regular en el negocio*” de su esposo<sup>26</sup>; el de quien encontrándose de baja por contractura muscular cervical trabaja en el establecimiento de su propiedad realizando tareas similares a las que debía realizar en su propio puesto de trabajo<sup>27</sup>; quien debiendo guardar reposo físico conduce un vehículo, transporta cajas de tomates, carga cubos de agua, traslada alpacas para ganado y recoge frutos de los árboles<sup>28</sup>; quien debiéndose abstener del alcohol frecuenta bares consumiendo bebidas alcohólicas<sup>29</sup>; o el de quien con padecimientos en cervicales, cuello, mareos y vértigos sale de caza transportando la escopeta<sup>30</sup>.

Sin embargo, el despido no ha sido considerado procedente en los siguientes supuestos: el trabajador de baja médica que realiza actividad física y psíquica porque “*la enfermedad padecida no exigía un reposo absoluto*”, por lo que aquellas actividades, “*ni son incompatibles con su enfermedad, ni acreditan aptitud para su trabajo*”<sup>31</sup>; el despido de quien está de baja por un cuadro ansioso depresivo y durante la baja “*curso estudios universitarios*”<sup>32</sup>; ni el de quien de baja por estrés laboral en dos contadas ocasiones atiende en su propia consulta de acupuntura<sup>33</sup>; o quien padece problemas cervicales y realiza tareas nada forzadas con talante de notoria calma<sup>34</sup>; o el de quien con lesión en la mano por accidente realiza actividades normales de la vida diaria tales como conducir<sup>35</sup>.

En ocasiones la culpabilidad del trabajador puede debilitarse por la situación de la empresa o por el estado subjetivo del propio trabajador. Respecto a la situación de la empresa, la falta de rigor y control por parte del propio empresario excusa al trabajador que incurre en falta de diligencia<sup>36</sup>; o el impago empresarial de la prestación de incapacidad temporal ubica al trabajador de baja en una situación de necesidad económica que le lleva a realizar justificadamente trabajos durante aquélla<sup>37</sup>. En relación al estado subjetivo del trabajador existen patologías y anomalías psíquicas que pueden reducir el dominio o capacidad de la propia conducta por parte del trabajador: al respecto es conveniente que el estado de trastorno psíquico del trabajador sea comunicado al empresario<sup>38</sup>. Si el empresario

<sup>24</sup> STSJ Cataluña 10 de abril de 2003 [AS 2003, 1426].

<sup>25</sup> STSJ Castilla-La Mancha 3 de abril de 2003 [AS 2003, 3326].

<sup>26</sup> STSJ País Vasco 29 de abril de 2003 [JUR 2003, 151153].

<sup>27</sup> STSJ Murcia 7 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276095].

<sup>28</sup> STSJ Andalucía/Granada 2 de septiembre de 2003 [JUR 2003, 250417].

<sup>29</sup> STSJ País Vasco 10 de junio de 2003 [JUR 2003, 190156].

<sup>30</sup> STSJ Murcia 20 de octubre de 2003 [JUR 2003, 276717].

<sup>31</sup> STSJ Cataluña 19 de mayo de 2003 [JUR 2003, 160801].

<sup>32</sup> STSJ País Vasco 6 de mayo de 2003 [JUR 2003, 160801].

<sup>33</sup> STSJ Cataluña 25 de junio de 2003 [AS 2003, 2520].

<sup>34</sup> STSJ Asturias 13 de junio de 2003 [JUR 2003, 255493].

<sup>35</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de junio de 2003 [JUR 2003, 178207].

<sup>36</sup> STSJ País Vasco 24 de octubre de 2000 [JUR 2001, 44966].

<sup>37</sup> STSJ Canarias/Las Palmas 1 de septiembre de 1992 [AS 1992, 4249].

<sup>38</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 205.

conoce el desorden psíquico del trabajador, el comportamiento constitutivo de transgresión de la buena fe contractual puede quedar disculpado por la patología que padece: cuando la patronal conociendo los trastornos psíquicos del trabajador que determinaron su baja laboral “no toma las precauciones a las que venía convencionalmente obligada y que tenía a su alcance tras su reincorporación al trabajo”, aunque el hecho de que el trabajador “se quedase dormido es reprochable, o puede considerarse como una transgresión de la buena fe contractual”, la empresa “conocía o debía de haber conocido que tal hecho podía suceder al trabajador en el estado psíquico en el que se encontraba, y pese a ello no obró en consecuencia”<sup>39</sup>.

Al hilo de lo anterior, también localizamos supuesto problemáticos que tienen que ver con la incapacidad temporal: nos referimos ahora a aquellos casos en los que, finalizada la incapacidad del trabajador y reincorporado el mismo a la empresa, se produce una disminución en el rendimiento de su trabajo. En estos casos, hay dos maneras de justificar la disminución del rendimiento: una objetiva y otra subjetiva. Los tribunales justifican las disminuciones de los rendimientos bajo circunstancias objetivas o extrínsecas en fundamentos como los siguientes (y que ciertamente poco tienen que ver con la incapacidad del trabajador): evolución económica o comercial del sector<sup>40</sup>; cambios estructurales en la empresa –por ejemplo, la introducción comercial en una nueva zona<sup>41</sup>–; la variación de las condiciones de trabajo impuestas por la empresa<sup>42</sup>; causas circunstanciales o coyunturales que ocasionan disminución general de ventas en un sector<sup>43</sup>; la concurrencia en el mercado con otras empresas de la competencia<sup>44</sup>; la escasez de medios de trabajo<sup>45</sup>; las restricciones que la propia empresa le ha venido imponiendo al trabajador en la realización de su actividad<sup>46</sup>; la pérdida de un importante cliente de la empresa<sup>47</sup>; o el impago de salarios por la empresa<sup>48</sup>. Del mismo modo, y que ya sí tienen que ver con la incapacidad del trabajador, los tribunales justifican las disminuciones de los rendimientos bajo circunstancias subjetivas o intrínsecas, en fundamentos como los siguientes: no haber concluido el período de tiempo destinado al aprendizaje<sup>49</sup>; situaciones anómalas o patológicas –por ejemplo, dependencia a opiáceos<sup>50</sup>–; estado depresivo por padecimientos físicos entre períodos de baja por incapacidad temporal<sup>51</sup>; enfermedad diagnosticada por depresión mayor<sup>52</sup>; por depresión endógena recurrente<sup>53</sup>; o cefaleas y depresiones<sup>54</sup>.

Por último, estando el trabajador en situación de incapacidad temporal también puede ser objeto de despido por varias causas incluida –obviamente– la vía tácita. La situación más

<sup>39</sup> STSJ Madrid 28 de marzo de 1999 [AS 1999, 611].

<sup>40</sup> STSJ Cataluña 12 de junio de 2002 [AS 2002, 2684].

<sup>41</sup> STSJ Madrid 23 de febrero de 2001 [AS 2001, 1333].

<sup>42</sup> STSJ País Vasco 24 de octubre de 2000 [JUR 2001, 44965].

<sup>43</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de junio de 1999 [AS 1999, 6163].

<sup>44</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 17 de mayo de 1999 [AS 1999, 2283].

<sup>45</sup> STSJ Comunidad Valenciana 16 de marzo de 2001 [AS 2001, 3160].

<sup>46</sup> STSJ Cataluña 12 de enero de 1999 [AS 1999, 309].

<sup>47</sup> STSJ Murcia 9 de julio de 2002 [JUR 2002, 227404].

<sup>48</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 20 de mayo de 1992 [AS 1992, 6513].

<sup>49</sup> STSJ Castilla y León/Burgos 11 de febrero de 2002 [AS 2002, 339].

<sup>50</sup> STSJ País Vasco 18 de diciembre de 2001 [AS 2002, 1240].

<sup>51</sup> STSJ Cataluña 13 de marzo de 2002 [AS 2002, 1572].

<sup>52</sup> STSJ Cataluña 3 de abril de 1997 [AS 1997, 1398].

<sup>53</sup> STSJ Castilla y León/Burgos 10 de noviembre de 2016 [JUR 2016, 259968].

<sup>54</sup> STSJ Castilla-La Mancha 30 de diciembre de 1992 [AS 1992, 6318].

común es aquella en la que, otorgada el alta médica al trabajador, éste habrá de presentar una copia del parte médico solicitando su inmediata reincorporación al trabajo<sup>55</sup>. El desconocimiento de estas obligaciones por parte del trabajador puede ser considerado como abandono –dimisión tácita– o faltas de asistencias al trabajo que pueden justificar un despido disciplinario o sanción menor. Pero cumplimentadas las obligaciones en tiempo y forma e intentada sin éxito la reincorporación, lo cierto es que puede existir despido del empresario por actos expresos o tácitos siendo la negativa del empleador la fecha en la que comenzará a transcurrir el plazo de caducidad<sup>56</sup>.

### **3. LA TEORÍA DE LA INCAPACIDAD O ENFERMEDAD EQUIPARABLE A DISCAPACIDAD: PROPUESTA DE *LEGE FERENDAY* PROTECCIÓN POR CIRCUNSTANCIAS BIOLÓGICAS**

El artículo 17.1 ET prohíbe las discriminaciones del trabajador por razón de “*discapacidad*”. En este mismo sentido, el artículo 4.2.c) ET condena que los trabajadores puedan “*ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*”.

Inicialmente, parece que resulta inviable asemejar, a estos efectos, el concepto de enfermedad –situación contingente de alteración de la salud– con el de discapacidad –situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial que altera de forma permanente las condiciones de vida de los discapacitados–<sup>57</sup>. Parece claro que las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples<sup>58</sup>. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Sin embargo, los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen, en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades<sup>59</sup>. De modo que las causas que justifican la tutela antidiscriminatoria de los discapacitados no se atribuyen a los enfermos.

No obstante, si la causa real del despido es el pronóstico duradero y posterior de la capacidad de trabajo, el despido deberá de ser calificado *de lege data* como discriminatorio por motivo de discapacidad a los efectos de la Directiva 2000/78/CE. Al hilo de lo anterior, el TJUE ha estimado recientemente que el concepto de discapacidad –en el sentido de la

<sup>55</sup> *Vid.* ausencias por enfermedad o accidente en el epígrafe “*situaciones específicas legales o convencionales*”.

<sup>56</sup> Para mayor abundamiento, *vid.* SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 124 y ss.

<sup>57</sup> STJUE 11 de julio de 2006, asunto *Chacón Navas*, C-13/05 [TJCE 2006, 192]: “*una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad*”. En esta sentencia, para el TJUE, no existe discapacidad cuando la trabajadora fue despedida tras un período de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración, ya que debe distinguirse la enfermedad de la discapacidad, sin que la primera sea objeto de protección discriminatoria.

<sup>58</sup> *Vid.* MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La «cosificación» del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, *passim*.

<sup>59</sup> STS 22 de enero de 2008 [RJ 2008, 1621].

Directiva 2000/78/CE– debe entenderse como referido a una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores<sup>60</sup>. Pero el TJUE, aun cuando ha evitado todo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los derechos –de la cuestión prejudicial que en su momento se planteó por el Juzgado de lo Social de Barcelona<sup>61</sup>–, sí que se refiere a la posibilidad de que el despido del trabajador en situación de incapacidad temporal sea nulo en referencia a si la limitación que padece el trabajador es duradera: “entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es “duradera” figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”<sup>62</sup>.

No se trata de que todo despido por enfermedad suponga una vulneración de derechos fundamentales o tenga carácter discriminatorio, sino de entender que un despido de un trabajador en IT que sufre una enfermedad cualificada –en los términos de la doctrina del TJUE<sup>63</sup>–, sea merecedor de la calificación de nulidad con todas sus consecuencias lógico-jurídicas y no improcedente –lo que comporta una tutela débil que se reconduce fácilmente al despido *ad nutum* indemnizado–<sup>64</sup>.

Es de significar que las últimas sentencias no establecen que un despido por motivo de enfermedad tenga un carácter discriminatorio a efectos de la Directiva 2000/78/CE, la cual, hace referencia a la discapacidad y no a la enfermedad sin más: en esa perspectiva cualquier despido en IT no puede considerarse una suerte de discapacidad temporal a efectos de la referida directiva antidiscriminatoria. Pero sí consagra un criterio de asimilación/equiparación a la discapacidad de enfermedades duraderas o de larga duración con lo que se constituye una suerte de ampliación del concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria que es la finalidad de la directiva<sup>65</sup>.

Y estas enfermedades de larga duración asimiladas a la discapacidad deberán ser verificadas por el juez nacional competente atendiendo al conjunto de indicios que permitan una prueba indiciaria de que en el caso de autos se sobrepasa la enfermedad incapacitante y se entra en el ámbito de la enfermedad discapacitante. La larga duración, la enfermedad crónica y las situaciones en que la enfermedad constituye un factor de segregación o estigmatización socio-laboral serán –en sí– elementos determinantes para asimilar la

<sup>60</sup> STJUE 9 de marzo de 2017, asunto *Petya Milkova*, C-406/15 [TJCE 2017, 78].

<sup>61</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3].

<sup>62</sup> STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto *M. Daouidi*, C-395/15 [TJCE 2016, 308].

<sup>63</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3].

<sup>64</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 58.

<sup>65</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 863.

enfermedad a la discapacidad<sup>66</sup>. Y, entonces, si concurre ese presupuesto de causalidad ilícita o antijurídica tan sólo cabe que el despido sea calificado nulo de pleno derecho<sup>67</sup>.

Y dando un paso más, a través del desarrollo de la teoría de la “*enfermedad equiparable a discapacidad*”, el despido se considerará discriminatorio –con la consecuencia jurídica de la nulidad–, por un lado, en aquellos supuestos de incapacidad en los que no se presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo –en otros términos, que sea una patología cuya expectativa de reversibilidad sea incierta–; y, por otro, también será discriminatorio cuando se advierta que dicha incapacidad puede prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona al trabajo –duradero o suficientemente prolongada en el tiempo–. Sin embargo, consecuencia de las recientes resoluciones del TJUE, la carga de la interpretación judicial recaerá sobre el juzgador que deberá valorar y aclarar información médica del supuesto concreto, lo que, en efecto, dará lugar a resoluciones contradictorias y a su consecuente inseguridad jurídica<sup>68</sup>. Circunstancias que tendrán que ser valoradas al momento en el que el trabajador ha sido despedido –pues puede encontrarse en una situación de incapacidad reversible que no se puede calificar de duradera<sup>69</sup>– y no en el estado en el que el empleado puede encontrarse en el momento de celebración del juicio o al dictarse la sentencia.

Creemos que hay que tomar en consideración la doctrina del TJUE relativa a la concepción ampliada de la discapacidad en cuanto concepto de relevancia comunitaria y que abarca a enfermedades de larga duración y a las enfermedades de carácter crónico –aunque no hayan sido formalmente declaradas–<sup>70</sup>. Estos trabajadores con enfermedades asimiladas a discapacidad disfrutan del estatuto-jurídico protector antidiscriminatorio que se hace extensivo a la prohibición del despido basado en la discapacidad, incluidas las garantías para el despido y las medidas de ajuste razonable del trabajo.

Más allá de ello –y manteniendo ese criterio– cabe decir que, después de todas estas consideraciones sobre la interconexión entre despido e incapacidad temporal, a lo mejor sería oportuno sin más declarar nulos los despidos sin causa de un trabajador en IT. Y esto no sería irrazonable porque la situación es suspensiva y no hay un pronóstico sobre la evolución del trabajador; además, la salud es un derecho fundamental y tendría a su favor la seguridad jurídica para ambas partes. Transcurrida la IT se verá entonces la situación de la capacidad del trabajador, con independencia de que sea o no calificado de incapacitado permanente en alguno de sus grados. Y, en relación a ello, no es infrecuente que el trabajador que se reincorpora presente disfuncionalidades que pueden mermar su capacidad para desempeñar las tareas propias de su puesto de trabajo. He aquí donde puede entrar en juego las obligaciones de adaptación y los ajustes razonables garantizados legalmente para las

<sup>66</sup> STJUE 18 de diciembre de 2014, asunto *FagobArbejde (FOA)*, C-354/13 [TJCE 2014, 367] y STJUE 11 de abril de 2013, asunto *Ring (HK Danmark)*, C-335/11 y C-337/11 [TJCE 2013, 122].

<sup>67</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 71 y 72.

<sup>68</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La “cosificación” del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, pp. 15 y 16 (recurso electrónico).

<sup>69</sup> STSJ Cataluña 12 de junio de 2017 [AS 2017, 1417].

<sup>70</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, asunto *Ruiz Conejero*, C-270/16 [TJCE 2018, 3] y STJUE 1 de diciembre de 2016, asunto *M. Daouidi*, C-395/15 [TJCE 2016, 308].

personas discapacitadas –lo que no ocurre para los que no tengan esa consideración jurídica, lo que coloca a los enfermos no discapacitados pero con enfermedades crónicas o recurrentes en una especial posición de debilidad<sup>71</sup>.

Lo aconsejable *de lege ferenda* sería ampliar o extender la obligación de adaptación del trabajo respecto a todos los trabajadores tras una IT, siempre que ello no suponga un coste excesivo para la empresa –como se consagra en la Directiva 2000/78/CE, en el Real Decreto Legislativo 2/2013 para los discapacitados, y en la LPRL respecto a los riesgos de personas especialmente sensibles–.

En definitiva, consideramos que cuando el despido del trabajador se produzca durante una suspensión del contrato de trabajo por IT debería declararse nulo por encontrarse ante una situación suspensiva de la relación laboral. E igualmente cuando el despido devenga posteriormente a una situación de incapacidad temporal legalmente acreditada también debería de calificarse nulo –salvo procedencia del mismo–. En otros términos: ampliar esa especial protección que ya existe en determinadas circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas, eliminando la posibilidad de declarar la improcedencia del despido y aplicando solo dos posibles calificaciones jurídicas: o la procedencia del mismo o su nulidad<sup>72</sup>.

Con esta finalidad sería suficiente introducir un nuevo apartado en los artículos 53.4) ET, 55.5 ET y 108.2 LRJS –referidos a las circunstancias biológicas y familiares particularmente protegidas– que especificara la expresa nulidad del despido de los trabajadores en situación de incapacidad temporal o el despido de los mismos inmediatamente tras su reincorporación en la empresa –reiteramos, a excepción de que se acreditara la procedencia del mismo–.

#### **4. ENFERMEDAD, DISCAPACIDAD, INCAPACIDAD Y DESPIDO POR ABSENTISMO: LA EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA**

Para el Tribunal Constitucional<sup>73</sup>, no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, puede, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el artículo 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las “*otras circunstancias o condiciones personales o sociales*” contemplada en el mismo. En efecto, para el Tribunal Constitucional la enfermedad puede constituir un factor de discriminación cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada; o cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quien la padece. Lo anterior al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.

<sup>71</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 876.

<sup>72</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La “cosificación” del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, p. 16 (recurso electrónico).

<sup>73</sup> STC 62/2008, de 26 de mayo [RTC 2008\62].

No parece coherente que la propia Constitución Española proclame al Estado como social y de derecho que tiene como valores superiores la igualdad y la justicia –siendo expresión de ello los derechos a la integridad física y la salud (artículo 15 CE), el derecho al acceso a las prestaciones de Seguridad Social (artículo 40 CE), el derecho a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), el derecho al trabajo (artículo 35 CE) y el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2 CE)– y que se pueda, con base en la legislación inspirada en tales derechos y principios, dar cobertura a un despido que se produce por el hecho de estar enfermo<sup>74</sup>.

En relación a la inclusión de la enfermedad en el término de discapacidad, la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11<sup>75</sup>, se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad cuando es *“atribuible total o parcialmente a su discapacidad”*, ya que *“un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad”* y, por tanto, una normativa nacional *“puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”*. En suma, *“la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo... si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad... cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente”*.

Esto anterior es justo lo que resuelve el TSJ de Galicia, en fecha de 22 de diciembre de 2015, al declarar la nulidad del despido objetivo –absentismo– sustentándose en discriminación indirecta por motivos de discapacidad: *“en nuestro ordenamiento jurídico laboral, el concepto del TJCE supondría que el artículo 52.d) ET no contiene una discriminación directa por motivos de discapacidad; sin embargo, puede implicar una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, toda vez que un trabajador discapacitado está más expuesto al riesgo de despido que un trabajador sin discapacidad, ya que aquel está expuesto a la ventura adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo así mayor peligro de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite legal de absentismo. En consecuencia, el precepto estatutario puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad”*. Concretamente este supuesto trataba sobre una trabajadora que padece una enfermedad crónica –patología crónica degenerativa–: *“cambios degenerativos en columna lumbar, con afectación espóndilo-discal e interapofisaria. Hernia discal paramedial derecha L3-L4”*, lo que dio lugar a reiteradas

<sup>74</sup> STSJ Canarias/Las Palmas de fecha 25 de enero de 2011 [AS\2011\216].

<sup>75</sup> Conocida como doctrina Ring.

bajas de escasa duración<sup>76</sup>. Por tanto, con esta sentencia comienza a admitirse la existencia de discriminación indirecta por razón de enfermedad equiparable a discapacidad.

Sin embargo, frente al fallo de la sentencia del TSJ Galicia, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que es estimado por el Tribunal Supremo en fecha 21 de septiembre de 2017<sup>77</sup> y que declara el despido procedente –y no nulo–. En el asunto que resuelve el Tribunal Supremo las faltas de asistencia tuvieron como causa la enfermedad común con los siguientes diagnósticos: *“dolor en el trapecio los del mes de febrero, bronquitis y sinusitis los de abril, gastroenteritis en octubre y sin diagnósticos los días transcurridos entre el 15 y el 15 de noviembre manifestándose la dolencia en forma de pérdida de conocimiento”*. Es decir: el Tribunal Supremo no interpreta estas causas inhabilitantes como causas derivadas de discapacidad o de enfermedades equiparables a discapacidades declarando, por tanto, procedente el despido. Por ello, resuelve el Tribunal Supremo lo siguiente: *“ni por referencia a las previsiones del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho mención y en parte reproducido, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que asentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante por lo que el recurso deberá ser estimado”*.

Entre medias de la sentencia del TSJ de Galicia y su revocación por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2017, nos encontramos con la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de mayo de 2016<sup>78</sup>. De acuerdo con esta última sentencia: *“a la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”*. Por tanto, *“el despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita”*. Esta última sentencia –aun cuando desestima la petición efectuada por el empleado despedido– sí que nos permite localizar la denominada *“doctrina Ring”* y el análisis de la enfermedad equiparable a discapacidad<sup>79</sup>. Es decir: esta sentencia mantiene en el fondo la interpretación tradicional, pero matizándola en atención a la doctrina establecida por el TJUE. En efecto, y pese a su fallo, el Tribunal Supremo ya opera, como era de esperar, tomando en consideración el criterio del TJUE.

Y en relación a la cuestión prejudicial planteada en el caso Ruiz Conejero, si esta última sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 3 de mayo de 2016<sup>80</sup>, considera que la IT

<sup>76</sup> STSJ Galicia de fecha 22 de diciembre de 2015 [AS\2016\385]. Vid. STSJ Cataluña de fecha 9 de diciembre de 2014 [AS\2015\892], STSJ Andalucía/Sevilla 23 de marzo de 2010 [AS\2010\1061] y STSJ Cantabria 30 de julio de 2008 [AS\2008\2603].

<sup>77</sup> STS 21 de septiembre de 2017 [RJ 2017\4307].

<sup>78</sup> STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].

<sup>79</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11.

<sup>80</sup> STS 3 de mayo de 2016 [RJ 2016\2152].

que no deriva de la situación de discapacidad solo permitirá declarar el despido procedente o improcedente, *a sensu contrario*, si la IT es consecuencia de la discapacidad –aun cuando la discapacidad no haya sido comunicada al empleador por no existir tal obligación– el despido deberá ser declarado nulo.

Específicamente se establece en la sentencia del TJUE de fecha 18 de enero de 2018, asunto C-270/16, Ruiz Conejero, lo siguiente: *“los citados Servicios Médicos llegaron a la conclusión de que tales problemas tenían su origen en las patologías que habían dado lugar al reconocimiento de la discapacidad del Sr. Ruiz Conejero”*. Pero también establece el TJUE que reconocer como de discapacitado a efectos del Derecho nacional, no significa que esa persona tenga una discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, lo que, a nuestro juicio, y teniendo en cuenta los diferentes conceptos de discapacidad en su dimensión amplia, es evidente que sí lo es.

Y la conclusión final ha venido dada por la sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca de fecha 7 de marzo de 2018<sup>81</sup> (Juzgado que planteó la cuestión prejudicial). En esta sentencia se estima que el art. 52.d) ET contiene discriminación indirecta en vinculación al cómputo de las ausencias provocadas por procesos de incapacidad temporal que deriven o se encuentren vinculados a las enfermedades causantes del reconocimiento de una discapacidad, lo que da lugar a declarar la nulidad del despido. Fallo del Juzgado de lo Social que ha sido ratificada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 10 de abril de 2019<sup>82</sup>: *“la Sala coincide con la conclusión de la sentencia de instancia, en el sentido de que los medios establecidos para la consecución de este objetivo no se consideran adecuados yendo más allá de lo necesario en relación con el principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad pues contemplando supuestos de exclusión del cómputo de las ausencias al trabajo aún justificadas por motivos razonables, incluso alguno en los que ocasionalmente pudieran ampararse personas con discapacidad, lo cierto es que no incluye ninguna exención en el cómputo de los días de ausencia motivados por la discapacidad del trabajador, lo que determina, como en el caso del Sr. Maximiliano, que las ausencias consecuencia de dicha discapacidad sean equiparadas a las derivadas de la simple enfermedad de un trabajador no discapacitado, cuando el trabajador discapacitado, por razón de esta condición tiene un mayor riesgo de estar de baja por una enfermedad derivada de su discapacidad. La consecuencia de todo ello, como concluye la sentencia referida, es que la aplicación de una norma aparentemente neutra cuya justificación legítima es la de luchar contra el absentismo laboral y disminuir los costes empresariales derivados del mismo discrimina a los trabajadores con discapacidad en relación con los trabajadores que no la tienen, pues la regulación establecida para reducir el absentismo laboral en dicho precepto no ha tomado en consideración que su aplicación puede causar a los trabajadores con discapacidad un perjuicio mayor que al resto de los trabajadores porque aquellos por razón de su capacidad soportan un riesgo mayor de sufrir bajas o ausencias en el trabajo como consecuencia de enfermedades derivadas de su discapacidad”*.

<sup>81</sup> Juzgado de lo Social de Cuenca 7 de marzo de 2018 [AS 2018\513].

<sup>82</sup> STSJ de Castilla-La Mancha 10 de abril de 2019 [AS 2019\1425].

Concluimos (al igual que así lo estableciéramos antes de dictarse las citadas sentencias<sup>83</sup>) que las situaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedades equiparables a la discapacidad o consecuencia de la propia discapacidad del trabajador – aunque la discapacidad no haya sido previamente comunicada al empresario (como ocurre en el asunto Ruiz Conejero)–, no podrán ser objeto de despido, ni deben ser computadas a efectos del artículo 52.d) ET al derivar de la “discapacidad” en la dimensión comunitaria y amplia del término<sup>84</sup>; lo contrario daría lugar a la nulidad del despido. Todo lo anterior con el objetivo o la finalidad de evitar el efecto de “cosificar” al trabajador: en otros términos, emplear al trabajador como una máquina o instrumento que cuando se avería debe ser cambiada.

## 5. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL: COMUNICACIÓN, GESTIÓN Y CONTROL DE LOS PROCESOS POR INCAPACIDAD Y CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL DESPIDO

Analizaremos ahora varias cuestiones de relevancia jurídica consecuencia de la situación de incapacidad temporal en el trabajo.

Respecto a la carga de la prueba cuando no se asiste al trabajo, debemos referirnos a que, así como la carga de probar la ausencia del trabajador la soporta el empresario, ha de ser el empleado el que acredite su posible justificación o exculpación<sup>85</sup>. Conviene tratar el tema relativo a la permisible justificación de inasistencias o impuntualidades a cargo del trabajador desde dos perspectivas: la perspectiva material o de fondo y la perspectiva formal o procedimental. La primera –la perspectiva material o de fondo– consiste en probar la justificación con la que se le habilita al trabajador para ausentarse del trabajo; en otros términos, una causa verdadera y no voluntaria que imposibilita al empleado desarrollar la actividad –v.gr., una incapacidad temporal–; la segunda –la perspectiva formal o procedimental– comprende los actos de tramitación por los que el trabajador se encuentra habilitado para disfrutar de su derecho a ausentarse del trabajo; en otros términos, dar noticia de esta causa a la empresa y, a ser posible, con carácter previo a la falta de asistencia<sup>86</sup>. Este carácter formal constituye un deber de buena fe que posibilita al empresario la adopción de medidas organizativas pertinentes con las que poder suplir la falta del empleado<sup>87</sup>.

En las ausencias por enfermedad o accidente hacer mención al artículo 45.1.c) ET, en virtud del cual, el contrato de trabajo podrá suspenderse por “*incapacidad temporal de los trabajadores*”<sup>88</sup>. Esta suspensión del contrato no precisa de mayores requisitos formales que

<sup>83</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “La “cosificación” del trabajador en la discriminación indirecta contra discapacitados en materia de absentismo laboral”, en *La Ley Unión Europea*, núm. 57, 2018, *passim*.

<sup>84</sup> Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Discriminación por discapacidad y despido por absentismo: una interpretación correctora a la luz del Caso Ring”, en *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, *passim*.

<sup>85</sup> STSJ Castilla y León/Burgos 11 de marzo de 2003 [JUR 2003, 145586].

<sup>86</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 124.

<sup>87</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Despido: comentarios, jurisprudencia, formularios*, Pamplona, Dapp, 2010, p. 111.

<sup>88</sup> Vid. SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 124 y ss.

su debida comunicación (en tiempo y forma) al empresario<sup>89</sup>, de modo que éste tenga conocimiento, en tiempo razonable, del motivo de la ausencia y, en su caso, de disponer la organización del trabajo<sup>90</sup> y, por consiguiente, la sustitución del trabajador ausente<sup>91</sup>. A tales efectos se le reconoce al empresario –artículo 26.4 ET– facultades de control y verificación de dicha causa de ausencia, pudiendo comprobar, en consecuencia, la veracidad de los extremos alegados, lo cual, queda perfectamente acreditado con la presentación de los propios partes de baja médica y posteriores partes de confirmación que a su vez forman parte del deber que la normativa de la Seguridad Social impone al trabajador a los efectos de la acción protectora que dicho sistema dispensa.

Pero la enfermedad no libera al trabajador de la obligación de ponerla en conocimiento del empresario: la omisión por el trabajador de la obligación de remitir a la empresa los partes de baja y confirmación justificativos de la enfermedad podrán estimarse falta grave<sup>92</sup>. Ahora bien, los trabajadores no tienen atribuida la facultad de decidir unilateralmente si sufren una enfermedad que les impide trabajar y que justifica su falta de asistencia al trabajo<sup>93</sup>. La situación de incapacidad laboral –y por ende, de ausencia al trabajo por enfermedad o accidente– dependerá de la correcta presentación de los partes y posterior confirmación de la baja médica<sup>94</sup>: *“no se debate en momento alguno que el despido se haya basado en razones de indisciplina o inobediencia, sino en la falta de justificación de las ausencias, que ya habían sido justificadas a través del parte de baja y subsiguientes partes de confirmación de la baja médica, expedidos en ambos casos, y como es lógico y necesario, por los Servicios Públicos de Salud”*<sup>95</sup>.

Lo que justifica la ausencia del trabajador es su efectiva situación de incapacidad para trabajar junto al cumplimiento de la condición necesaria de conocimiento y posibilidad de control por parte del empresario. Una solicitud tardía de la baja médica y de la prestación de la Seguridad Social no justifica el despido del trabajador en casos en los que el empresario tuviera un mínimo conocimiento de la enfermedad del empleado<sup>96</sup>: la empresa estableció *“una medida excesiva, sin tener en cuenta la grave situación de enfermedad del concurrente, de la que tuvo puntual noticia”* e *“impuso una sanción desproporcionada, a un trabajador, por su demora en gestionar la baja, por lo que no alcanzaría la conducta del mismo la gravedad suficiente para justificar un despido, cuando no ha existido perjuicio para la patronal”*, más teniendo en cuenta que *“a través de tan dilatada relación laboral, el*

<sup>89</sup> ORTEGA LOZANO, P. G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 975 y ss.

<sup>90</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: “Organización del trabajo, cualificación y clasificación profesional”, en Escudero Rodríguez, R. (Coord.) *et al: La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Cinca, 2008, pp. 364 y ss. Para mayor abundamiento, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.Á.: *Las estructuras profesionales: mito y realidad en los sistemas de clasificación profesional*, Madrid, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2002, *passim*.

<sup>91</sup> CRISTÓBAL RONCERO, R.: “Despido y abuso de derecho en el marco de la suspensión del contrato de trabajo. STSJ Canarias/Las Palmas, de 4 abril 2017 (AS 2017, 470)”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018, pp. 261 y ss.

<sup>92</sup> STSJ Cataluña 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2438].

<sup>93</sup> STSJ Aragón 14 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3526].

<sup>94</sup> STSJ Madrid 12 de diciembre de 2014 [JUR 2015, 42484].

<sup>95</sup> STSJ Cataluña 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2438].

<sup>96</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 127.

*trabajador ha demostrado plenamente su fidelidad a la empresa y ha respondido a la confianza en él depositada, obviando la empresa toda la historia común y la obligación de buena fe que en virtud de la misma ha de presidir su actuación, procediendo sin más al despido, al primer incumplimiento del trabajador, propiciado por la grave enfermedad que padece*<sup>97</sup>.

La concesión de la baja médica otorga al trabajador legitimidad para poder ausentarse del trabajo por el período de permanencia de dicha baja, de forma tal que por ninguno de los días de duración de la baja puede considerarse que exista la obligación de trabajar. Pero lo dicho no es óbice para que el trabajador cumpla con la exigencia de comunicar formalmente la baja al empresario<sup>98</sup>. Al respecto, el artículo 7 del 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, establece que *“en el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición de los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, el trabajador entregará a la empresa la copia destinada a ella”*. Sin embargo, el incumplimiento de esta norma no puede justificar el despido del trabajador, siendo hoy totalmente válida la doctrina jurisprudencial que considera que esta desobediencia no es generadora –ni creadora– de la sanción de despido<sup>99</sup>.

Al hilo de lo anterior, el Tribunal Supremo ha fundamentado dicha doctrina en la siguiente construcción jurídica: el despido disciplinario solo podrá aplicarse *“si el trabajador ha observado, en el cumplimiento de los deberes que le son exigibles, una acción u omisión reprochable, que sea grave y culpable, requisitos para cuya apreciación han de ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, concurrentes en aquella, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, para precisar si en la conducta atribuida al trabajador se dan, o no”*. Más en concreto, *“las faltas de asistencia al trabajo (como las de puntualidad) no operan como causa de despido objetiva y automáticamente, sino que han de ser analizadas en su realidad, en el momento que se han producido y con los efectos que causan”*. La acreditación tardía ante el empresario de la situación de incapacidad laboral transitoria determinada por enfermedad común ha venido siendo considerada como *“una falta no generadora de la sanción de despido. Hay una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo: luego la inasistencia no es voluntaria, por lo que no puede ser grave, ni culpable”* porque *“si los hechos son ciertos en cuanto a la enfermedad, el retraso en cursar los partes facultativos constituirá una infracción de tipo administrativo, pero no puede enervar y destruir lo que es realidad constatada”*<sup>100</sup>.

Construcción jurídica que resulta totalmente aplicable a simples retrasos en la puesta en conocimiento al empresario de los partes de confirmación<sup>101</sup>, pero no en supuestos en los

<sup>97</sup> STSJ Cataluña 29 de enero de 2003 [JUR 2003, 55624].

<sup>98</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 127.

<sup>99</sup> Doctrina totalmente asentada en nuestros tribunales: STSJ Baleares 16 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 127040] y STSJ Castilla y León/Valladolid 10 de junio de 2002 [AS 2002, 2210].

<sup>100</sup> STS 31 de octubre de 1988 [1988, 8189].

<sup>101</sup> STSJ Andalucía/Málaga 30 de enero de 2003 [AS 2003, 1366] y STSJ Comunidad Valenciana 18 de enero de 2001 [AS 2001, 1604].

que los retrasos sean de varias semanas o meses<sup>102</sup>, en donde los tribunales suelen estimar la procedencia del despido disciplinario<sup>103</sup>. La justificación de esta decisión se fundamenta en la negligencia del empleado: el trabajador pudiendo fácilmente comunicarse con la empresa, incumple y desobedece su deber de información; o en casos en los que el empresario permanece durante un período de tiempo extenso sin información ni conocimiento del motivo de la inasistencia al lugar de trabajo<sup>104</sup>.

La concesión de alta médica al trabajador permite al empresario poner fecha de terminación a la suspensión del contrato por incapacidad temporal<sup>105</sup>. La situación es inmediata e inminentemente ejecutiva, lo que conlleva la obligación por parte del trabajador de reincorporarse a su puesto de trabajo<sup>106</sup>, cesando la suspensión del contrato con independencia de que se impugne o no dicha alta médica<sup>107</sup>; la interpretación contraria dejaría en manos del empleado la prolongación de la suspensión del contrato con las consecuencias gravosas que ello representa para la empresa<sup>108</sup>, de manera que su falta de asistencia a partir de ese momento carece de justificación<sup>109</sup>. Por consiguiente, el despido disciplinario por inasistencia del trabajador dado de alta médica resulta –en principio– procedente, incluso en situaciones en las que exista informes médicos contrarios al alta<sup>110</sup>, o aunque se solicite y obtenga posteriormente la proclamación de incapacidad permanente total<sup>111</sup>, inclusive coyunturas en los que se produzca pocos días después del alta nueva baja médica<sup>112</sup>. Lo anterior no es óbice para que no exista posibilidad alguna de justificar la ausencia al trabajo o la no reincorporación de un trabajador con posterioridad a su alta médica<sup>113</sup>, correspondiendo al empleado “*la carga tanto de manifestar su voluntad de mantener la relación como de acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa*”<sup>114</sup>. Al hilo de lo manifestado, los tribunales declaran improcedente el despido del trabajador que, alegando situación real de incapacidad tras alta médica, comparece en la empresa insistiendo al personal médico de la misma de su imposibilidad de trabajar, sin que la empresa le otorgue

<sup>102</sup> STSJ Cantabria 8 de noviembre de 2000 [JUR 2001, 48107] y STSJ Castilla y León/Valladolid 4 de septiembre de 2000 [JUR 2001, 16070].

<sup>103</sup> En este sentido, STSJ Extremadura 6 de abril de 2017 [JUR 2017, 12085], STSJ País Vasco 14 de enero de 2003 [AS 2003, 273], STSJ Castilla y León/Valladolid 11 de junio de 2002 [AS 2002, 2304], STSJ Comunidad Valenciana 13 de septiembre de 2002 [AS 2002, 1384], STSJ Asturias 12 de abril de 2002 [AS 2002, 1354] y STSJ Galicia 10 de mayo de 2001 [AS 2001, 1159].

<sup>104</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 127.

<sup>105</sup> A ello se refiere la jurisprudencia unificada por la STS 15 de abril de 1994 [RJ 1994, 3249].

<sup>106</sup> ORTEGA LOZANO, P.G.: “El empleo durante la situación de baja por incapacidad temporal: finalización de la relación laboral por actuaciones que fragmentan la confianza deontológica”, en AA. VV.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, p. 977.

<sup>107</sup> STSJ Galicia 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 231147].

<sup>108</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: *El despido. Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales*, Pamplona, Thomson Reuters, 2012, p. 32.

<sup>109</sup> STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 309561].

<sup>110</sup> STSJ Cataluña 13 de diciembre de 2002 [JUR 2003, 34070].

<sup>111</sup> STSJ Madrid 31 de octubre de 2002 [JUR 2003, 23980].

<sup>112</sup> STSJ Aragón 14 de noviembre de 2002 [AS 2002, 3526].

<sup>113</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: “Las causas justas de despido disciplinario”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.) *et al: El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 128.

<sup>114</sup> STS 15 de abril de 1994 [RJ 1994, 3249].

opción para probar fehacientemente tal impedimento de trabajar<sup>115</sup>. En efecto, el trabajador una vez dado de alta debe incorporarse al trabajo o, cuando menos, personarse en la empresa y ponerse a disposición de ésta<sup>116</sup>.

En la práctica judicial existe una pluralidad de supuestos referidos a ausencias o impuntualidades justificadas y no justificadas. Encontramos causa de justificación en los posteriores procesos: a) Cuando el trabajador reincorporado a la empresa tras una incapacidad temporal impugnada tiene que abandonar el trabajo por encontrarse físicamente imposibilitado para ejecutarlo declarándose, posteriormente, la incapacidad permanente parcial del trabajador<sup>117</sup>. b) En el caso de reincorporación tardía de la trabajadora tras disfrutar de permiso por maternidad cuando por confusión creía que era de duración superior: *“el hecho de que ella se incorporara al trabajo el día 13 de mayo y no el día 3, en el error que desde un principio creyó”* es *“evidente que no genera la máxima sanción de despido, pues el iter acaecido hay que valorarlo en su conjunto y estudiar si en la acción llevada a cabo por la trabajadora había un ánimo de culpabilidad que acarrearía esa sanción”*<sup>118</sup>. c) La enfermedad real del trabajador justifica la inasistencia al trabajo, aunque exista falta de comunicación del parte de baja o retraso en la reincorporación después del alta médica: *“si los hechos son ciertos en cuanto a la enfermedad, el retraso en cursar los partes facultativos constituirá una infracción de tipo administrativo, pero no puede enervar y destruir lo que es realidad constatada”*<sup>119</sup>. Postura que ha quedado matizada al disponerse que *“no se consideran injustificadas las faltas de asistencia en situación de incapacidad temporal conocida por el empresario, aunque no presentara el trabajador los partes de confirmación de la baja, ya que la demora en la presentación de dichos partes de baja no se considera un incumplimiento grave y culpable. En cambio, sí se considera causa de despido la no presentación de los partes de baja, cuando el empresario no tiene conocimiento de la justificación de las ausencias del trabajador o cuando la inasistencia injustificada del trabajador por motivos de enfermedad es muy prolongada”*<sup>120</sup>.

Es injustificada la desobediencia que se funda en razones de salud cuando los órganos administrativos competentes han desechado la calificación de incapacidad permanente y el trabajador opta por desobedecer antes que solicitar la baja por incapacidad temporal: el trabajador al negarse tras su reincorporación a prestar los servicios convenidos aun cuando ya había recaído resolución del órgano administrativo competente en la que se declaraba que no estaba afectado a *“ninguno de los grados de incapacidad permanente”*, el despido debe estimarse procedente *“al tratarse de una falta continuada de indisciplina y desobediencia”*. De la reiterada indisciplina o desobediencia en el trabajo se desprende la existencia en el trabajador *“de una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales que le incumbían en el ámbito de la relación laboral”*, por lo que reuniendo el incumplimiento del empleado los requisitos de ser *“grave, trascendente, reiterado e injustificado”* se ha de apreciar la *“proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, la conducta y la sanción de despido impuesta”*<sup>121</sup>. La desobediencia también se encuentra

<sup>115</sup> STSJ Extremadura 16 de enero de 2003 [JUR 2003, 121507].

<sup>116</sup> STSJ Andalucía/Granada 20 de julio de 2017 [JUR 2017, 309561].

<sup>117</sup> STSJ Madrid 4 de marzo de 2003 [JUR 2003, 220949].

<sup>118</sup> STSJ Canarias/Tenerife 22 de febrero de 2006 [JUR 2006, 127533].

<sup>119</sup> STS 31 de octubre de 1988 [RJ 1988, 8189].

<sup>120</sup> STSJ País Vasco 10 de febrero de 2004 [AS 2004, 552].

<sup>121</sup> STSJ Madrid 15 de octubre de 2002 [JUR 2003, 22484].

infundada y es arbitraria cuando el trabajador se niega a acudir al médico que tiene competencia para comprobar si alguna circunstancia le impide desempeñar la actividad a la que se opone: la persistencia del trabajador “*en negarse a realizar las labores de siega e igualmente a acudir al facultativo que tiene competencia para comprobar si alguna enfermedad se lo impide y, en su caso, autorizar su baja total o parcial*” definen con acabada plenitud “*el concepto justificativo del despido*”<sup>122</sup>.

## **6. LA CUESTIÓN UNIFICADA RESPECTO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN (CUANDO EXISTE READMISIÓN) EN SUPUESTOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL DEL TRABAJADOR**

Sobre los salarios de tramitación en situación de incapacidad temporal, si el trabajador ha sido despedido nula o improcedentemente (y se opta por la readmisión) o si ha sido despedido durante el período de tiempo en el que se tramitaba el proceso para ese fin, la Entidad Gestora deberá satisfacer la prestación pertinente sin que corresponda al empresario abonar salarios de tramitación relativos a ese período de incapacidad temporal<sup>123</sup>.

Lo que procede aclarar es, si cuando un trabajador es despedido mientras se encuentra en situación de incapacidad temporal y el despido es ilícito (procediéndose a su readmisión), durante el procedimiento resultará acreedor de los salarios de tramitación, en los términos y con el alcance previsto en el artículo 56.2 ET, a cargo del empresario o, por el contrario, desaparece esta obligación al percibir el trabajador en ese tiempo las prestaciones correspondientes a la incapacidad temporal.

La cuestión así planteada ha sido ya unificada: corresponde a la Entidad Gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación<sup>124</sup>, solución aplicable y con idéntica razón a los supuestos en los que la incapacidad temporal se había iniciado antes de la fecha del despido<sup>125</sup>.

En definitiva, si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y –la más importante– de remunerar el trabajo, es claro que cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el tramo temporal que coincidan despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia<sup>126</sup>. Pero si el empresario complementaba la prestación por incapacidad temporal, el trabajador sí podrá interpedarla, siendo la reclamación de la mejora un procedimiento diferente al del despido pues esta exigencia es de Seguridad Social,

<sup>122</sup> STSJ Asturias 10 de septiembre de 1999 [AS 1999, 2673].

<sup>123</sup> ALBIOL MONTESINOS, I. (Coord.) *et al*: *Colección Todo. Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, WoltersKluwer, 2010, p. 317.

<sup>124</sup> STS 4 de julio de 2007 [RJ 2007, 7378]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 83185], STSJ Canarias/Las Palmas 26 de febrero de 2013 [JUR 2013, 162607] y STSJ Madrid 20 de febrero de 2013 [AS 2013, 914].

<sup>125</sup> STS 6 de julio de 2005 [RJ 2005, 7326].

<sup>126</sup> STS 15 de septiembre de 2010 [RJ 2010, 7424] y STS 28 de febrero de 2000 [RJ 2000, 2250].

acumulación a la pretensión de despido prohibida expresamente por el actual artículo 25 LRJS<sup>127</sup>.

La situación de incapacidad laboral y el abono de los salarios de trámite por la empresa son situaciones incompatibles entre sí: de reconocerse la compatibilidad entre ambos conceptos, decaería la finalidad del abono del subsidio por incapacidad que consiste en reparar el estado de necesidad económica en que se encuentra quién, por estar imposibilitado para el trabajo, carece de otro tipo de rentas al tiempo que su percepción significaría un enriquecimiento injusto. No obstante, aunque sean incompatibles entre sí ha de ser el Instituto Nacional de Seguridad Social quién se encuentra obligado al pago de la prestación correspondiente –siendo exonerada la empresa–: el subsidio de incapacidad temporal es una prestación contributiva que se otorga a quien se encuentra imposibilitado para trabajar y necesita recibir asistencia médica; por tanto, se exonera al trabajador y al empresario de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo<sup>128</sup>.

En otros términos, si el trabajador se encontrara en estado de incapacidad temporal en el momento de manifestarse la extinción de la relación laboral o durante la tramitación del proceso de despido, desaparece el deber de satisfacer los salarios de tramitación durante el período en el que se estén percibiendo prestaciones por incapacidad temporal<sup>129</sup>. En definitiva, durante la situación de incapacidad temporal, maternidad o paternidad, ante el percibo de prestaciones de Seguridad Social o prestaciones sustitutivas del salario, el trabajador no tiene derecho a los salarios de tramitación por tratarse de percepciones incompatibles<sup>130</sup>.

Para finalizar concluir afirmando que el enjuiciamiento del despido en supuestos en los que el trabajador se encuentra en situación de incapacidad temporal debe abordarse de forma gradualista –no de manera objetiva o automática– buscándose el equilibrio pertinente entre la infracción del empleado –conducta del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales– y la sanción del empleador, aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades y realidades de cada caso concreto –especialmente la suspensión de su contrato de trabajo–. De esta manera prevalece la adecuada proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción impuesta siendo la doctrina gradualista cada vez más utilizada.

No obstante, al final las sentencias pueden suscitar la impresión de que los tribunales operan con grandes dosis de flexibilidad y casuismo: en efecto, los tribunales actúan sin criterio normativo definido y a veces sin criterio jurisprudencial –o mejor dicho, con muchos criterios jurisprudenciales– lo que acaba derivando en actuaciones judiciales subjetivas y no

<sup>127</sup> STS 25 de junio de 2008 [RJ 2008, 4235] y STS 18 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 8742].

<sup>128</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V.: “Unificación de doctrina sobre los salarios de tramitación”, en Gárate Castro, J. (Coord.) *et al*: *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario: estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor “honoris causa” por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p. 330.

<sup>129</sup> STS 4 de julio de 2007 [RJ 2007, 7378], STS 6 de julio de 2005 [RJ 2005, 7326], STS 28 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5002], STS 16 de junio de 1994 [RJ 1994, 5442] y STS 17 de enero de 1995 [RJ 1995, 356]. En este mismo sentido, STSJ Extremadura 7 de marzo de 2017 [JUR 2017, 83185] y STSJ Canarias/Las Palmas 26 de febrero de 2013 [JUR 2013, 162607].

<sup>130</sup> POQUET CATALÁ, R.: “Los salarios de tramitación en concurrencia con otras rentas”, en *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2009, p. 2204.

sujetas a estándares objetivados, lo que aún se complica más por la situación de incapacidad temporal del empleado y su proximidad (a nuestro juicio) con una situación que debería encontrarse especialmente protegida por el ordenamiento jurídico.

La consecuencia lógica de esta heterogeneidad jurisprudencial –la cual creemos que es prácticamente inevitable por la realidad laboral en sí y por la influencia del subjetivismo epistemológico que limita la validez del conocimiento al sujeto que conoce y juzga– no es otra que la manifiesta sensación de inseguridad jurídica.