



FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

EL DESPIDO DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Autor: Sofía Llordén Puig

Tutora: M^a José López Álvarez

Madrid

Abril 2014

RESUMEN

La incapacidad temporal es la causa de suspensión del contrato laboral más importante debido a su frecuencia, trascendencia económica para la Seguridad Social y carácter determinante del absentismo laboral. Su trascendencia y la existencia de actuaciones fraudulentas para su obtención, hacen que el Derecho de Trabajo permita el despido del trabajador en esta situación, tanto por causas objetivas (fundamentadas en la excesiva onerosidad que implican estas faltas para la empresa), como por causas disciplinarias (transgresión grave de la buena fe contractual por parte del trabajador). Asimismo, se analizan los distintos mecanismos de control y prevención del fraude.

Palabras clave: Derecho del Trabajo, Seguridad Social, prestación, suspensión, contrato de trabajo, incapacidad temporal, despido procedente, despido improcedente, despido objetivo, despido disciplinario, fraude, absentismo.

SUMMARY

Temporary disability is the most important contract suspension cause due to its frequency and economic implications for Spanish Public Health Service. Moreover, absenteeism is a consequence of it. Labour Law permits the dismissal of an employee in this situation, due to its significance and the existence of fraudulent actions to obtain its benefit, both for objective reasons (founded in hardship involving these absences for the company) and disciplinary reasons (serious breach of contractual good faith by the employee). Moreover, this project discusses the different mechanisms for fraud prevention.

Keywords: Labour Law, Public Health Service, benefit, suspension, contract, temporary disability, unfair dismissal, objective dismissal, disciplinary dismissal, fraud, absenteeism.

LISTADO DE ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DA	Disposición Adicional
ET	Estatuto de los Trabajadores
FD	Fundamento de Derecho
FJ	Fundamento Jurídico
ILT	Incapacidad Laboral Transitoria
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
ISM	Instituto Social de la Marina
IT	Incapacidad Laboral
JS	Juzgado de lo Social
LCT	Ley de Contrato de Trabajo
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LMFASOS	Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LPL	Ley de Procedimiento laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
OIT	Organización Internacional del Trabajo
R.º	Recurso
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley

RDLeg.	Real Decreto Legislativo
S	Sentencia
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SS	Sentencias
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TRLGSS	Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TR	Texto Refundido
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UD	Unificación de Doctrina

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	6
2.	PRESTACIÓN.....	9
2.1.	Fundamento y de la prestación.....	9
2.2.	Requisitos.....	11
2.3.	Cuantía y pago.....	12
2.4.	Duración y extinción de la prestación.....	13
3.	DESPIDO DURANTE LA IT.....	15
3.1.	¿Es posible el despido durante la IT?.....	15
3.1.1.	<i>Ley 11/1994: Reforma Laboral y críticas.....</i>	<i>15</i>
3.1.2.	<i>Despido discriminatorio por razon de enfermedad.....</i>	<i>17</i>
3.2.	Despido por causas objetivas.....	20
3.2.1.	<i>Reforma Laboral 2012.....</i>	<i>20</i>
3.2.2.	<i>Problemas de absentismo en la empresa.....</i>	<i>22</i>
3.2.3.	<i>Críticas.....</i>	<i>24</i>
3.3.	Despido disciplinario. ¿Imprudencia? ¿Nulidad?.....	26
3.3.1.	<i>Por actuación fraudulenta para obtener o conservar la prestación / realización de trabajos durante la IT/ rechazar o abandonar el tratamiento prescrito.....</i>	<i>28</i>
4.	CONTROL.....	33
4.1.	Justificación de la necesidad de control.....	33
4.2.	Control por las entidas gestoras y procedimiento.....	35
4.3.	Control por la propia empresa.....	37
5.	CONCLUSIONES.....	41
6.	BIBLIOGRAFÍA.....	46

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo es aquella rama del ordenamiento jurídico que regula la prestación de servicios por cuenta ajena en régimen de subordinación y asalariado. Desde sus primeras manifestaciones, fruto de los movimientos colectivos consecuencia de la industrialización decimonónica (que reaccionaban contra los abusos patronales mediante las primeras huelgas y manifestaciones asociativas), la clase obrera ha ido ganando derechos hasta igualarlos a los del empresario hoy en día. Ante esta equiparación de los derechos de ambas partes, pueden surgir dudas acerca de cuáles prevalecen en caso de conflicto de intereses entre las partes. Dada la utilidad práctica y actualidad del tema, he considerado interesante profundizar en el tema, en concreto, en una de éstas situaciones conflictivas: el despido durante la incapacidad temporal, en adelante, IT. ¿En qué casos está justificado el despido de un trabajador durante una incapacidad temporal? ¿El absentismo en la empresa puede ser una causa válida de despido? ¿Cómo controlar si se está ante un caso de fraude?

La incapacidad temporal es el subsidio diario que cubre la pérdida de rentas mientras el trabajador está imposibilitado temporalmente para trabajar (ya sea a causa de una enfermedad o accidente no laboral o profesional) y recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Dicha situación no implica extinción del contrato de trabajo, sino sólo suspensión del mismo [art. 45.1 c) ET¹], con exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, pero manteniéndose algunos deberes durante ese período, en especial los relacionados con la buena fe. Como han puesto de manifiesto los Tribunales españoles, la incapacidad temporal “sólo exonera al trabajador de su obligación de trabajar quedando vinculado al cumplimiento de las restantes obligaciones”². Esta situación origina dos tipos de prestaciones: la asistencia sanitaria y el subsidio económico (para paliar los efectos de la ausencia de salario).

¹ Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE 29 de marzo de 1995. (RCL 1995, 997).

² SSTs 14 febrero y 24 mayo 1984 [RJ 1984, 876 y 3076]; 12 febrero y 28 mayo 1985 [RJ 1985, 638 y 2775] y STSJ Asturias 20 marzo 1992 [AS 1992, 1149].

Se trata de la causa de suspensión del contrato laboral más importante debido a su frecuencia, trascendencia económica para la Seguridad Social y carácter determinante del absentismo laboral. El absentismo laboral a causa de incapacidad temporal genera un coste muy elevado, situándose la cifra anual de bajas en torno a los tres millones en nuestro país (según el Informe RANDSTAD 2010), doblando la cifra de la Unión Europea y suponiendo un porcentaje del PIB entre el 1 y 6% (según fuentes y momentos). El hecho de que lo relevante para el Derecho del Trabajo sea la existencia de una baja médica y no la de la enfermedad en sí (ya que se presupone con la baja) es uno de los factores que propician y dificultan el descubrimiento de la existencia de fraude. Si el trabajador cuenta con ella, estará a todos los efectos en IT, aunque su estado de salud sea en realidad satisfactorio, ya sea por haber actuado maliciosamente ante el médico, o debido a que éste último haya errado en su diagnóstico o haya prescrito la baja con excesiva benevolencia. Por lo tanto, el empresario no tiene ningún margen con respecto a la concesión de esta suspensión, estando en principio sujeto al régimen de IT y asumiendo las consecuencias negativas del absentismo laboral que acarrea, mientras no demuestre la existencia de un error, connivencia maliciosa, o cualquier otro tipo de irregularidad al respecto.

La balanza la componen la protección de los derechos del trabajador por un lado, que se presume involuntariamente impedido y tiene esta prestación como única fuente económica, y la protección del empresario por el otro, que debe hacer frente a costes adicionales debido a la falta de actividad de uno de sus trabajadores y debe evitar el abuso por parte del trabajador, que en ocasiones prolonga la situación para seguir percibiendo la prestación y conservando su plaza laboral sin tener que prestar servicios.

A este respecto, la legislación laboral ha ido variando a lo largo de los años, siendo en ocasiones más favorable a la protección de los derechos del trabajador y en otras a los del empresario. Los antecedentes de suspensión por incapacidad temporal, antes denominada incapacidad temporal transitoria (ITL), se encuentran en el art. 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que limitaba los supuestos a aquellos de responsabilidad ajena al trabajador y sometía la suspensión a los plazos máximos marcados por la

legislación de Seguridad Social. En la mayor parte de las Reglamentaciones de Trabajo franquistas se reconocía el derecho al salario y a la reserva del puesto de trabajo. El régimen legal vigente está compuesto por normas laborales, que se encuentran en los artículos 45.1.c) y 48.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), y las de Seguridad Social, en concreto el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y las normas de desarrollo, que son numerosas desde la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967 y han dibujado un panorama inestable y variante, dejando mucho margen de decisión a nuestros Tribunales.

Durante el desarrollo de este trabajo me voy a centrar en las causas legítimas de despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal (causas de despido objetivo y disciplinario) y la calificación que merece dicha extinción del contrato, así como en los casos de existencia de discriminación por causa de enfermedad por parte del empleador, y la respuesta que dan nuestro Tribunales ante la misma.

Comenzaré describiendo el marco general de la prestación a modo introductorio (epígrafe 2), para a continuación centrarme en el eje de mi trabajo: la posibilidad de despido de un trabajador en suspensión del contrato por IT. Daré respuesta a ello en el apartado 3.1., explicando el cambio radical que llevó a cabo al respecto la Reforma Laboral de 1994, tras la cual la concurrencia de enfermedad deja de suponer la “nulidad automática” del despido, permitiendo al empresario la extinción de la relación laboral, ya sea por causas objetivas o disciplinarias, si se cumplen los requisitos exigidos por Ley. Seguidamente examinaré en profundidad las situaciones fraudulentas que vulneran el deber de buena fe contractual y suponen un abuso por parte del trabajador, analizando el derecho del empresario a adoptar las medidas de vigilancia y control que considere necesarias para verificar el estado del incapacitado, y en qué casos puede el empresario recurrir al despido y finalizar así la relación laboral. La controversia que genera este tema ha dado lugar a numerosas sentencias que se pronuncian acerca de la legalidad de estos despidos. Asimismo, analizaré el problema que supone el absentismo en nuestra sociedad, fenómeno

muy costoso que ha sufrido cambios en su regulación con motivo de la última reforma laboral realizada por el gobierno en 2012.

Con respecto a la metodología y plan de trabajo, he recurrido a diversas fuentes para su realización: tanto manuales de Derecho del Trabajo como legislación (Estatuto de los Trabajadores, reformas legislativas llevadas a cabo en este ámbito...). Ante la enorme casuística que genera esta contingencia y la ausencia de una legislación clara que cubra la gran variedad de posibilidades que surgen, me he apoyado en numerosas sentencias para describir la tendencia jurisprudencial de esta causa de suspensión en España. Considero que el problema que supone el fraude en estos casos es enormemente preocupante y costoso para la sociedad en su conjunto (tanto en el aspecto moral como en el económico, especialmente en tiempos de recesión económica), y por ello creo que es interesante analizar el fenómeno a fondo, examinando sus causas y las posibles soluciones. La jurisprudencia se ha posicionado en ocasiones a favor del empresario y en otras a favor del trabajador, pero ha ido limitando una serie de directrices a la hora de determinar la legitimidad o procedencia de estos despidos, que a continuación expondré.

2. PRESTACIÓN

2.1. Fundamento de la prestación

Cuando una enfermedad común o profesional o un accidente (de trabajo o no) impide temporalmente a un determinado trabajador desempeñar su profesión, recibiendo éste asistencia sanitaria para su recuperación y posterior reincorporación a su actividad laboral, la consecuencia será la suspensión del contrato de trabajo. Durante ese tiempo de incapacitación el trabajador recibirá además un subsidio económico que compensa parcialmente la ausencia de salario³. A estos efectos, el artículo 38 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)⁴ establece que la acción protectora de la Seguridad Social

³ Art. 129 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS).

⁴ Art. 38 del RDLeg 1/1994, de 30 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

comprende “la asistencia sanitaria en los casos de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo”, “la recuperación profesional [...]” que proceda de los casos citados, y “las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal [...]”.

Cabe apuntar que la prestación se reconoce y mantiene no sólo cuando la lesión o enfermedad impide directamente al beneficiario realizar su actividad laboral, sino también cuando lo impide indirectamente (no por causa directa de la enfermedad o accidente, sino porque dicha enfermedad o lesiones impiden el desplazamiento al centro de trabajo o la incapacidad es consecuencia de la medicación para paliar dicha patología)⁵. De este modo, las causas que conducen a esta situación son:

- Enfermedad común o accidente.
- Accidente, sea o no de trabajo
- Período de observación de enfermedades profesionales (si es necesaria la baja médica).⁶

Durante la suspensión del contrato de trabajo por IT, la inasistencia está justificada, ya que el reconocimiento de la IT es incompatible con la prestación de servicios y ejecución de tareas propias de la profesión del trabajador y, en principio, con el desarrollo de cualquier otro tipo de actividad no favorable para la recuperación del trabajador.⁷

La situación de IT origina dos tipos de prestaciones: la asistencia sanitaria (art.s 38 y 128 y ss. de la LGSS), que persigue el restablecimiento de la salud y la recuperación profesional del trabajador; y el subsidio económico para paliar los efectos de la ausencia de salario (arts. 38.1.c y 131 de la LGSS)⁸.

⁵ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2004, p. 102.

⁶ “Guía Laboral. Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social”

[http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_3.htm (consultado el 10 de marzo de 2014)].

⁷ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2004, p. 103.

⁸ *Memento Práctico Social 2014*, edición anual, Francis Lefebvre, 2014.

2.3. Requisitos

Los requisitos necesarios para ser beneficiario de la baja por IT son los siguientes:

- Estar **afiliado y en alta** (o situación asimilada al alta⁹) **en la Seguridad Social**.
- Tener cubierto un **período de cotización** que dependerá de la situación del trabajador afectado. En caso de enfermedad común, éste será de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante de la enfermedad o accidente. Con respecto a los de trabajadores contratados a tiempo parcial, sólo computarán las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas (ordinarias y complementarias) calculando su equivalencia en días teóricos de cotización.¹⁰ El período de cotización mínimo no se exige en el caso de enfermedad profesional o accidente (sea laboral o no).

Una vez constatada la existencia de la enfermedad o accidente que incapacita al trabajador, cabe apuntar que para obtener este tipo de baja y recibir el subsidio económico descrito no basta con el requisito de necesidad de **asistencia sanitaria**, sino que es necesario que el **padecimiento le impida al trabajador el ejercicio de su actividad profesional**. El trabajador puede disfrutar de la prestación de asistencia sanitaria sin declaración de IT, teniendo que continuar su actividad profesional con normalidad, e incluso reanudarla tras obtener el alta médica por mejoría pero continuar con la asistencia sanitaria. Esto se debe a que la enfermedad o dolencia del trabajador no afecta a las

⁹ (*) Situaciones asimiladas al alta: percepción de prestaciones por desempleo de nivel contributivo; trabajadores trasladados por sus empresas fuera del territorio nacional; convenio especial de diputados, senadores y gobernantes y parlamentarios de CC.AA.; períodos de reincorporación al trabajo de los trabajadores fijos discontinuos, si procediera su llamamiento por antigüedad y se encuentren en IT; el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato; huelga general y cierre patronal (alta especial).

¹⁰ “El número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, obteniendo el número de días cotizados a tener en cuenta. El período de cinco años dentro del que ha de estar comprendido el período de cotización de ciento ochenta días se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día en su caso, resultante de las anteriores operaciones, se asimilará a un día completo”. [http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_3.htm (consultado el 12 de marzo de 2014)].

aptitudes requeridas para el trabajo, y por lo tanto sigue capacitado para su desempeño normal.

Verificada la enfermedad y la falta de aptitud para trabajar, es necesario presentar como requisito formal para la concesión el **parte de baja**, donde debe reflejarse el diagnóstico, la descripción funcional del trabajador y una previsión de la duración del proceso patológico, así como los sucesivos **partes de confirmación**, que deberán expedirse al cuarto día del inicio de la IT y sucesivamente cada siete días mientras ésta dure.

Se necesita pues el requisito sustancial de existencia real de una enfermedad impositiva, y el formal, por el que un profesional de la medicina corrobora y garantiza el estado del trabajador. La continuidad de la baja depende además de la colaboración del trabajador, que debe **asistir a todos los reconocimientos médicos** a los que sea convocado.¹¹

2.4. Cuantía y pago

El reconocimiento del derecho al subsidio, para que el pago se efectúe, corresponde o bien al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (a elección del empresario).

Con respecto a la cuantía, varía según el tipo de contingencia que cause la baja. En el caso de enfermedad común o accidente no laboral la prestación económica que corresponde es del 60 por 100 de la base reguladora¹² entre el cuarto y el vigésimo día, y del 75 por 100 a partir del vigésimo primero. Por tanto, durante los tres primeros días no hay protección ni remuneración salarial (salvo prestación complementaria establecida por convenio colectivo, lo cual es habitual). Desde el cuarto hasta el decimoquinto día de la baja, ambos inclusive, está a cargo el empresario del abono. El día 16 se hará cargo el INSS o la Mutua del pago de la prestación. En la práctica, el empresario realiza un pago

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social de Sevilla de 18 junio de 2003 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Social) de 24 enero de 1994.

¹² La base reguladora en caso de enfermedad común/accidente no laboral es el cociente de dividir la base de cotización por contingencias comunes del trabajador del mes anterior a la fecha de la baja, por el número de días a que corresponde dicha cotización.

delegado, anticipando la cuantía para el posterior resarcimiento mediante las oportunas deducciones.¹³

Si se trata de enfermedad o accidente laboral, la cuantía es superior, siendo del 75 por 100 de la base reguladora¹⁴ desde el día siguiente al de la baja. El pago en este caso lo efectuará desde el primer día con cargo a la entidad gestora, el INSS o el Instituto Social de la Marina (ISM), en su caso, o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional correspondiente.

2.4. Duración y extinción de la prestación

La duración de la prestación está condicionada, por tanto, al tiempo que el trabajador no pueda realizar su trabajo con normalidad. En todas las situaciones que originan la prestación por IT (enfermedad común o profesional y accidente laboral o no), la duración máxima de la misma será de 365 días, que pueden ser prorrogados por otros 180 días más si se presume que el trabajador puede ser dado de alta médica por curación durante esa prórroga (art. 128.1 del TRLGSS).

Una vez superado el límite de 365 días, y mediante una evaluación y revisión de la IT concreta, el INSS (o Instituto Social de la Marina, en su caso) es el único competente para decidir si reconoce al trabajador la situación de:

- Prórroga expresa (con el límite citado de 180 días).
- Incapacidad permanente (mediante la iniciación de un expediente)¹⁵.

¹³ En todo caso, el pago corresponde a la Entidad gestora si el empresario incumple la obligación de pago delegado, si la empresa tiene menos de 10 trabajadores y lleva más de 6 meses pagando la prestación de IT a un trabajador, si se extingue la relación laboral del trabajador en IT.

¹⁴ La base reguladora en caso de enfermedad profesional/accidente de trabajo es el cociente de dividir la base de cotización por contingencias profesionales del trabajador del mes anterior a la fecha de la baja, por el número de días a que corresponde dicha cotización.

¹⁵ (*) Si agota el período máximo de duración de la IT, el trabajador continuará percibiendo la prestación hasta el momento de la declaración de incapacidad permanente.

- Alta médica (por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos que requiere el INSS). Tras el alta, el INSS podrá emitir una nueva baja por IT dentro de los 180 días naturales posteriores al alta en caso de recaída¹⁶.

El hecho de que exista un plazo determinado se justifica por la necesidad de controlar la concesión, pues supone un coste elevado para todos los actores implicados y se pretende así evitar aquellos supuestos (relativamente habituales y de los que trataré en el epígrafe 3.3. de este texto) en los que el trabajador ya se ha recuperado y podría incorporarse a su puesto con total normalidad, pero trata de prolongar su baja para mantener la prestación económica sin tener que prestar servicios.

El derecho se extingue por:

- El transcurso del plazo máximo citado.
- Alta médica del trabajador (con o sin declaración de incapacidad permanente).
- Pasar el trabajador a ser jubilado.
- Fallecimiento del trabajador.
- Incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos establecidos por los médicos del INSS, ISM o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Asimismo, el derecho se puede perder o puede ser suspendido si el trabajador ha actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación (pérdida o anulación del derecho); por trabajar por cuenta propia o ajena (suspensión hasta que el beneficiario cese en el trabajo y pérdida de la prestación durante tres meses por tratarse de una infracción grave); por rechazar o abandonar sin causa razonable el tratamiento médico prescrito por los servicios médicos de la Entidad Gestora (suspensión hasta que retome al tratamiento).

¹⁶ “Se considerará que existe recaída en un proceso anterior cuando la nueva baja se produzca dentro de un plazo de ciento ochenta días posteriores al alta médica emitida con anterioridad, y siempre que se trate de la misma o similar patología” (http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_29_3.htm).

En estas situaciones el trabajador estaría defraudando tanto a la empresa como a la Seguridad Social, por fingir o tratar de prolongar una situación ficticia mientras se beneficia de la prestación y no presta su servicio en la empresa. Es por ello que habrá que ver en qué casos pueden conllevar al despido del trabajador como medida disciplinaria.

A continuación expondré las situaciones en las que un trabajador en situación de IT puede ser despedido.

3. DESPIDO DURANTE LA IT

3.1. ¿Es posible el despido durante la IT?

3.1.1. Ley 11/1994: Reforma Laboral y críticas

Antes de la reforma que llevó a cabo la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, la concurrencia de enfermedad durante la situación de IT suponía la nulidad “automática” del despido. La nulidad del despido implicaba el reingreso obligatorio del trabajador y el pago de los salarios dejados de percibir por éste desde la fecha efectiva del despido hasta que la nulidad del mismo adquiriese firmeza por resolución judicial.¹⁷ Sin embargo, el régimen actual permite que, mientras dura la situación de IT, el empresario pueda extinguir la relación laboral, ya sea por causas objetivas o por causas disciplinarias, siempre y cuando se cumplan los requisitos formales recogidos en el artículo 55 ET.

La Reforma Laboral de 1994 citada modifica el texto del artículo 55 ET y de la Ley de Procedimiento Laboral, en adelante LPL, eliminando de los supuestos de declaración de nulidad del despido la situación de suspensión temporal (y por ende, la de IT).¹⁸ La nueva redacción del párrafo 5º artículo 55 es la siguiente: “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o

¹⁷ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 64, de 14 de marzo de 1980.

¹⁸ Se suprime el sexto párrafo del 55 ET vigente hasta la reforma de 1994: “El despido de un trabajador que tenga suspendido un contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia”.

bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”. De esta manera, se deja de proteger al trabajador enfermo y la suspensión del contrato por este motivo ya no impide el despido.

Ante esta modificación, no libre de polémica, una parte de la doctrina jurisprudencial entendía dichas situaciones comprendidas dentro de la causa de nulidad genérica por discriminación o vulneración de los derechos fundamentales del trabajador, y siguió aplicando la sanción de nulidad ex. art. 14 CE¹⁹ a dichos supuestos. Alegan que el despido es nulo por violar el derecho a la salud del art. 15 CE, a la dignidad personal (10.1 CE) y el de libre desarrollo de la personalidad²⁰. En esta línea, el TSJ de Cataluña defiende en su sentencia de 28 de febrero de 2000²¹ lo siguiente:

[...] el propio ET contempla la posibilidad de rescisión indemnizada del contrato cuando se den las circunstancias a que se refiere el art. 52 a) ET; mas no se trata allí de un supuesto en el que el trabajador incurre en una ineptitud que se conoce o sobreviene con posterioridad al contrato y que es una ineptitud completa que impide la continuidad de la norma prestacional de servicios [...]. No hay duda de que se discrimina a quien por razones de salud se ve obligado a acogerse a la protección social establecida en las normas laborales y de seguridad social.

La sentencia del TSJ de Cataluña recién citada fue revocada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2001, dictada en casación para unificación de la doctrina, la cual supone el origen de la actual doctrina del TS sobre la cuestión: el despido de un empleado durante su baja por enfermedad (siempre y cuando cumpla los requisitos formales exigidos por ley), es improcedente y no nulo. La doctrina mayoritaria²², en cambio, respalda esta postura y se cierra así el debate sobre la calificación que merece la extinción del contrato de trabajo motivada por la IT. De ahí que, en caso de que un empresario decida despedir a un trabajador en baja por enfermedad, deberá demostrar la

¹⁹ Art. 14 CE: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

²⁰ STJS Madrid 18 de julio 2006.

²¹ STSJ Cataluña de 28 de febrero de 2000: «la incapacidad objetiva del trabajador de prestar de prestar satisfactoriamente sus servicios debido a sus bajas médicas por lo que no era rentable a la empresa».

²² Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 2007, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 4 de diciembre de 2007, entre otras.

conurrencia de la causa objetiva de despido prevista en el artículo 52.d) ET²³ (expuesta en el siguiente epígrafe del presente texto) para no incurrir en una conducta ilícita, pero no será una actuación viciada de nulidad por discriminación.

Se puede afirmar por tanto que el despido del trabajador en situación de IT no es en principio nulo por no ser discriminatorio ni vulnerar derechos fundamentales del trabajador. Se podrá considerar un despido nulo en casos excepcionales, por ejemplo, si median coacciones por parte de la empresa para que se abandone la suspensión del contrato, pues eso sí supondría un atentado contra el derecho fundamental a la salud (STS 31 de enero 2011²⁴).

3.1.2. Despido discriminatorio por razón de enfermedad

Al margen de lo expuesto en el epígrafe 3.1.1 sobre la no nulidad *a priori* de los despidos en general durante la situación de IT del trabajador, se plantea la duda de si ante un despido motivado únicamente por la enfermedad procede la nulidad o no.

Como ha quedado expuesto, la doctrina mayoritaria de nuestro país ha insistido en que la enfermedad, en sentido genérico y desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo (que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo deje de ser rentable para la empresa), no es un factor discriminatorio en el sentido del art. 14 CE.

El fundamento jurídico cuarto de la sentencia “inaugural” del Tribunal Supremo mencionada en el epígrafe anterior (sentencia de 29 de enero de 2001), expone con claridad el cambio de rumbo definitivo:

Es cierto que el artículo 14 de la Constitución Española se refiere a cualquier otra condición o circunstancia personal o social y que el tratamiento que la empresa ha impuesto al actor se ha fundado en una circunstancia que afecta a su esfera personal: la enfermedad. Pero la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. Lo que caracteriza la prohibición de discriminación, justificando la especial intensidad de este mandato y su penetración en el ámbito de las relaciones privadas, es, como dice la sentencia de

²³ (*) Las causas objetivas de justificación del despido están explicadas en el epígrafe 3.2. del presente texto.

²⁴ [RJ 2011, 922].

17 de mayo de 2000, el que en ella se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista. La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. En efecto, se trata aquí simplemente de una medida de conveniencia de la empresa, que prefiere prescindir de un trabajador que en el año 1998 ha permanecido en activo menos de cuatro meses. Esta situación del trabajador no es, desde luego, una causa lícita de extinción del contrato de trabajo, pues el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la morbilidad del trabajador como una posible causa de despido, la somete a una serie de condiciones que no se han cumplido en este caso. Pero ello determina la improcedencia del despido; no su nulidad, y el propio precepto citado indica que las ausencias por enfermedad, aun justificadas, pueden constituir, en determinadas condiciones, causa lícita de despido en atención al interés de la empresa. Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador.

Esta STS de 29 de enero de 2001 confirma la reforma de 1994, marcando un cambio de tendencia, estableciendo la actual la actual doctrina del TS sobre la cuestión, visible en sus Ss. de 18 de diciembre de 2007, 22 de enero y 22 de septiembre de 2008, que subrayan la diferencia entre enfermedad y discapacidad. Asimismo, el Tribunal Constitucional insiste en la línea predominante, manifestando que una enfermedad temporal no puede considerarse con carácter general como un elemento discriminatorio. Si bien es cierto que ésta es la postura mayoritariamente defendida, en ocasiones se ha admitido la existencia de discriminación (y por tanto nulidad) en el caso de apreciarse un “elemento de segregación”, como por ejemplo, el TSJ de Cataluña en el caso del sida²⁵).

En esta línea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado en su sentencia de 11 de julio de 2006 al respecto (asunto Chacón-Navas), como respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de

²⁵ STJS Cataluña 2 de junio 2006.

Madrid²⁶. La Sra. Chacón Navas, en situación de IT, es despedida sin motivo alguno, y la propia empresa Eurest reconoce dicho despido como improcedente y ofrece a la afectada la indemnización correspondiente. La trabajadora decide presentar una demanda, considerando el despido nulo y no improcedente, debido a la vulneración de los derechos de igualdad de trato y no discriminación. El Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid decide suspender el procedimiento y consultar al TJCE si el artículo 1 de la Directiva 2000/78²⁷²⁸ incluye en su ámbito de protección la citada situación. El TJCE reitera en su sentencia que no se vulnera el principio de no discriminación por despido basado en la incapacidad del trabajador:

[...] ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad [...] no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva²⁹).

Por lo tanto, el Derecho Comunitario descartaba la equiparación de enfermedad y discapacidad. Sin embargo, en 2013 el Tribunal de Luxemburgo, en la STJUE de 11 de abril de 2013³⁰³¹, al hilo del caso de dos trabajadoras en situación de IR por dolencias dorsolumbares, entendió que la enfermedad de larga duración (curable o no) que comporta limitaciones en la vida profesional tiene condición de “discapacidad”. Esta decisión supone una rectificación de lo afirmado en 2006, y podría suponer un futuro cambio de rumbo en lo que respecta al despido por enfermedad.

²⁶ Resolución de 7 de enero de 2005.

²⁷ Artículo 1 Directiva 2000/78: “Objeto. La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

²⁸ Directiva transpuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

²⁹ (*) Discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual.

³⁰ C-335 y C-337/11. HK Danmark (JUR 2013,115190).

³¹ SEMPERE NAVARRO, A.V., “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013, p.3.

Superado el debate en nuestro país, nuestro sistema ofrece ahora distintos supuestos de despido de un trabajador durante la situación de IT, analizados en los epígrafes 3.2.³² y 3.3³³.

3.2. Despido por causas objetivas

El artículo 52 de Estatuto de los Trabajadores establece cuáles son las causas objetivas que justifican la extinción del contrato de trabajo. En lo que respecta a los supuestos de IT, el apartado d) de este artículo establece como una de estas causas de despido objetivo las faltas de asistencia que superen unos límites establecidos por Ley, modificados por la Reforma Laboral de 2012, dejando al empresario una mayor libertad para despedir a un trabajador enfermo para paliar así el coste del absentismo en su empresa.

3.2.1. Reforma Laboral 2012

La reforma laboral llevada a cabo por el actual gobierno y materializada en el RDL 3/2012, de 10 de febrero (RCL 2012, 147, 181), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, tiene entre sus objetivos “garantizar la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa”³⁴.

Una de las medidas en la que se concreta esa flexibilidad es la reforma del despido objetivo por faltas de asistencia justificadas al trabajo regulado en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Mediante esta reforma, se elimina la exigencia de que el empresario sufra un determinado nivel de absentismo global para proceder al despido por esta vía, siendo suficiente la constatación de excesiva onerosidad que suponen para el empresario las faltas de asistencia de un determinado trabajador. Se suprime por tanto la exigencia de que “el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo”. La nueva redacción del artículo 52.d) ET dice así:

³² Despido por causas objetivas.

³³ Despido disciplinario.

³⁴ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. «BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2012, páginas 12483 a 12546 (64 págs.).

Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos³⁵ siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

La eliminación del requisito del absentismo total de la plantilla habilita al empresario a recurrir al despido objetivo por absentismo con una ausencia, aun justificada, de 8,8 días en dos meses (20% de las jornadas hábiles), indemnizando al trabajador despedido con 20 días de salario por año de servicio hasta un máximo de doce mensualidades, sin ningún tipo de condicionante³⁶. Esta medida afecta en la práctica a las enfermedades de corta duración (ya que se refiere a las faltas “intermitentes”), y supone por tanto una menor protección de los derechos del trabajador incapacitado temporalmente que supere esos umbrales, pues podrá ser despedido sin la necesidad de constatar los perjuicios que acarrea un determinado nivel global de absentismo para el normal funcionamiento y productividad de la empresa. Se suprime así el elemento objetivo que podía hacer presumir el perjuicio de las faltas de asistencia para el empresario.

El citado apartado d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores prevé las situaciones de no asistencia al trabajo que no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos de despido por causas objetivas, situaciones que han sufrido una ampliación después de que la Ley 3/2012 disponga que no se computarán a esos efectos las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Además de lo añadido por la citada Ley, estas situaciones son las debidas a: la huelga legal mientras dure la misma; ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores; accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, o enfermedad causada por lo anterior; permisos por paternidad, licencias y vacaciones; enfermedad o accidente no laboral si la baja es acordada por los servicios sanitarios oficiales y dure más

³⁵ STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 238) , en unificación de doctrina, dispone que, al no existir en el ET (RCL 1995, 997) ni en el resto de la legislación reguladora de las relaciones laborales, precepto alguno que dé solución a esta duda interpretativa se ha de acudir al art. 5 del Código civil (LEG 1889, 27) que preceptúa que, «(...) cuando otra cosa no se disponga y los plazos vengán señalados por meses se computarán de fecha a fecha ».

³⁶ SALCEDO BELTRÁN, C., “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 49/2013.

de veinte días consecutivos; y por último, la situación física o psicológica derivada de la violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud.

Con respecto a las enfermedades graves, puesto que no existe una enumeración que las concrete a efectos de que no computen las faltas derivadas de las mismas, habrá que examinar el supuesto concreto y, en su caso, atender a las valoraciones del tribunal. A falta de listado, el Anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio (RCL 2011, 1501)³⁷ o los criterios que han ido estableciendo los tribunales con respecto al disfrute de permisos por enfermedad grave de parientes pueden servir como pautas interpretativas.³⁸

La intensidad de la reforma y su balanza a favor del empresario ha levantado fuertes críticas, mientras que otra parte de la doctrina defiende que este cambio es una respuesta necesaria al problema que genera el absentismo para los empresarios. Los dos siguientes apartados exponen el coste del absentismo y los problemas que causa para la empresa como fundamento de la reforma del art. 52.d) ET, y las críticas a la misma por desperoteger al trabajador, respectivamente. Como veremos, la polémica gira en torno a dar preponderancia al valor del coste económico para el empresario o al coste humano para el trabajador.

3.2.2. Problemas de absentismo en la empresa

El absentismo es, según la Organización Internacional del Trabajo, “la no asistencia al trabajo por parte de un empleado que se pensaba iba a asistir”. El absentismo derivado de la incapacidad laboral transitoria, también denominado absentismo “justificado” o ausencia subsidiada, es el más común. “Según la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, el absentismo (entendido como horas no trabajadas respecto del total de horas pactadas) por

³⁷ Regulador de las prestación de Seguridad Social a favor de los progenitores, adoptantes y acogedores familiares por cáncer o cualquier otra enfermedad grave.

³⁸ ALFONSO MELLADO, C.L., “Extinción por causas objetivas”, en AA.VV. (Coord. ALFONSO MELLADO, C. L., RODRIGUEZ PASTOR, G. y SALCEDO BELTRÁN, C., *Extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 2013, Tirant lo Blanch, p.415.

IT registra los mayores porcentajes (oscilando entre algo más del 2,5% hasta algo más del 3,5%) aumentando en la expansión y decreciendo en la recesión de 2007 en adelante”.³⁹

En primer lugar, y antes de proceder a analizar la problemática derivada del absentismo, no hay que olvidar que no todas las enfermedades que causan la baja por IT son iguales, pues habrá dolencias temporales que no impliquen una gran pérdida de horas y otras que supongan un tratamiento de curación más prolongado. Por otro lado, se advierten diferencias entre sectores económicos, siendo el sector de la Industria el más afectado, y según el tamaño del centro de trabajo. Las cifras muestran claramente que el porcentaje de horas perdidas por absentismo aumenta progresivamente con el tamaño del centro, y es mayor en trabajadores a jornada completa.⁴⁰ Finalmente, hay que señalar que también se detectan diferencias entre los centros de trabajo según el tipo de convenio colectivo en vigor, de modo que los que tienen un convenio de empresa experimentan tasas de absentismo más elevadas que los centros con convenios de ámbito superior.

La IT es un fenómeno con repercusión no sólo en el ámbito sanitario, sino también en el económico y social. Su coste alcanza el 1,2 % del Producto Interior Bruto en España, generando un coste muy alto para los agentes implicados en la prestación. Con respecto a la empresa, se calcula que el coste estimado es de 8 a 10 millones de euros anuales, cantidad en la que se incluyen no sólo los costes directos (la propia prestación económica por IT desde el día 4 al 15, las cotizaciones por el trabajador y los complementos salariales que puedan haberse establecido mediante convenio); sino que hay unos costes indirectos más elevados a los que la empresa también hace frente, como son los de selección y sustitución del trabajador por otro y la pérdida de productividad y eficiencia. Con respecto a este último coste indirecto, parece evidente que la IT supone un incremento de la carga de trabajo de los compañeros en activo, cambios de turnos, horas extras, colaborar con sustitutos menos fiables, etc. Asimismo, la pérdida de horas de trabajo y el aislamiento que ello conlleva puede suponer la pérdida de capacitación del trabajador absentista, que no

³⁹ MALO, M.A., “La medición del absentismo: Estimaciones desde la perspectiva de las empresas y de las vidas laborales”, en AA.VV., Informe premios FIPROS 2011, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

⁴⁰ <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/119778.pdf> (consultado el 8 de marzo de 2014).

estará al tanto de las mejoras técnicas y nuevos métodos de trabajo, o perderá contactos necesarios para desenvolver su actividad. Para la Seguridad Social, alrededor del 8% de su presupuesto está destinado a financiar esta contingencia. No hay que olvidar el gasto que también genera la IT en el Sistema Público de Salud.⁴¹

Los defensores de la reforma se refugian en los datos expresados para justificar los despidos objetivos por estas causas, pues el coste de la prestación es muy elevado y el requisito de “absentismo global” suponía un límite para el empresario, que debía soportar los altos costes si no sobrepasaban ese índice global del 2,5%.

El período de recesión económica iniciado en 2007 ha provocado un descenso en estas tasas de absentismo, por el temor del trabajador a perder su empleo con motivo de su baja. Asimismo, las políticas de control e inspección también han reducido el número de bajas. El plan de inspecciones llevado a cabo por la Comunidad de Madrid en 2010-2011 es una ejemplo de una exitosa medida para lograr tal fin.

3.2.3. Críticas

Las críticas hacia la intensa reforma del art. 52 ET resaltan la situación de indefensión en la que sitúa al trabajador, que bajo la amenaza de despido si falta de manera intermitente al trabajo, está forzado a acudir aun enfermo, sin hacer uso de la asistencia sanitaria a la que tiene derecho. Además, un sector doctrinal acusa a este artículo de inconstitucional y de contravenir las normas internacionales, en concreto: el artículo 6 del Convenio 158 de la OIT.

A estos efectos, cabe mencionar la sentencia del TSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013⁴², que refleja la situación y las respuestas de los tribunales en la actualidad. El Tribunal resuelve un recurso de suplicación por parte de una trabajadora frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Barcelona (de 12 de septiembre de 2012), que desestima la petición de esta última, declarando su despido objetivo como ajustado a

⁴¹<www.mcmutual.com/webpublica/PrestacionesServicios/gestion_absentismo/resources/absentismo71_es.pdf> (consultado el 19 de marzo de 2014).

⁴² AS 2013, 1715.

derecho. Con respecto a los hechos del caso, la citada trabajadora se ausentó de su puesto de trabajo de manera intermitente en virtud de una baja por enfermedad común, superando el 20% de jornadas hábiles en dos meses consecutivos y teniendo en los doce meses anteriores un porcentaje de faltas computables (pues ninguna tuvo una duración de más de veinte días) superior al 5% .

La trabajadora afectada solicita que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad a la redacción del artículo 52 d) ET fundamentándola en tres aspectos: vulneración del derecho a la integridad física y a la salud del art. 15 CE, del derecho a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE, y por no respetar el Convenio nº 158 OIT sobre terminación de la relación de trabajo (art. 4 y 6)⁴³. Ante las citadas peticiones, el Tribunal considera que el despido ha sido procedente. En primer lugar, hace referencia a la doctrina consolidada del TC, la cual establece que el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 CE no se puede confundir con el derecho a la salud. El derecho a la integridad física protege frente a actuaciones materiales sobre el cuerpo humano que dañen la integridad corporal, lo cual no se puede equiparar a la actuación de un empresario que despide a un trabajador por el número de veces que falta a su puesto de trabajo estando en situación de IT, ya que el despido no tiene ninguna repercusión física o material sobre el trabajo. Además, los derechos a la asistencia sanitaria derivan de los artículos 41 y 43 CE y no del art. 15, por lo que no se trataría de derechos fundamentales. Por otro lado, aclara que tampoco procede en este supuesto alegar discriminación, pues el despido no se basa en el hecho de estar enferma, sino por las faltas reiteradas que reducen la productividad de la empresa. Con respecto a la supuesta vulneración del Convenio OIT 158 por parte del art. 52.d) ET, el TSJ de Cataluña establece que:

⁴³ Art. 4 Convenio OIT 158: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. Art. 6 Convenio OIT 158: “1. La ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. 2. La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio”.

[...] no nos consta que sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio OIT 158, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas, la de más de veinte días no computan para el cálculo del absentismo, ni comunitaria que sirva para tachar de contraria a salud o simplemente calificarla de discriminatoria. Es más, existe doctrina jurisprudencial (SSTS de 23-9-02, 12-7-04 y 23-5-05) que establece que el art. 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, permite con determinados límites y condicionamientos que el absentismo laboral, aun tratándose de bajas justificadas, tenga un reflejo en la extinción del contrato de trabajo. Por consiguiente, si sobre la antigua redacción del artículo 52.d) TRET el Tribunal Supremo nunca ha planteado cuestión de inconstitucionalidad de este precepto, ahora, que se ha suprimido la referencia al porcentaje de absentismo colectivo necesario para justificar el individual, ello no puede ser causa suficiente que justifique el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad como la que se invoca, y menos aún, cuando la Ley 3/2012, lo ha mantenido, eso si, referenciándolo a los doce meses anteriores, y exigiendo que el número de bajas injustificadas no supere en ningún caso el 5%.

El TSJ entiende por tanto que “la ausencia temporal del trabajo” a la que se refiere el art. 6 OIT 158 no protege la reiteración de ausencias cortas, inferiores en tiempo a veinte días, y por tanto la trabajadora no está protegida por el citado convenio internacional. Finalmente, la recurrente manifiesta que no debe hablarse de intermitencia, pues las bajas fueron consecuencia de la misma enfermedad. El TSJ rechaza esta reclamación, basándose en doctrina jurisprudencial asentada, pues cada uno de los períodos de baja ha durado menos de veinte días y, aunque la suma de ambos los superaría, no se trata de “días consecutivos” como exige la Ley.

3.3. Despido disciplinario

El contrato de trabajo, que en situación de IT se encuentra en suspensión, puede extinguirse por decisión del empresario mediante el despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. El incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador puede deberse a conductas realizadas con anterioridad a la suspensión del contrato o durante el período suspensivo. Dentro de estas últimas conductas sancionables con el despido, destacan la **falta de justificación de ausencias** y la transgresión de la buena fe contractual.

Para que las ausencias del trabajador estén justificadas, se precisa la presentación del parte de baja correspondiente y de los sucesivos partes de confirmación en los plazos que marca la Ley. En caso contrario, operará la causa de despido disciplinario por incumplimiento contractual establecida en el artículo 54.2 a) ET, referido a “las faltas repetidas e injustificadas de inasistencia o puntualidad al trabajo”.

Por otro lado, el art. 54.2 d) ET establece como una de las causas de despido disciplinario la “**transgresión de la buena fe contractual**”, pues aunque las obligaciones básicas cesen se mantienen algunos deberes durante la suspensión del contrato. La buena fe contractual se puede considerar vulnerada en diversas situaciones relativas a la IT: cuando el trabajador realiza actuaciones fraudulentas para obtener o conservar la prestación, trabaja por cuenta propia o ajena mientras se está en situación de baja o rechaza o abandona el tratamiento prescrito. Esto se debe a que el trabajador está creando con su actitud una situación ficticia en la que se le dispensa de trabajar mientras defrauda tanto a la empresa (que ha de suplir la ausencia del trabajador y continuar cotizando por el trabajador durante los primeros dieciocho meses) como a la Seguridad Social, que presta correspondiente asistencia además de satisfacer el subsidio económico procedente.⁴⁴

Una de las principales dificultades que se presentan en este tipo de situaciones en la práctica es determinar qué tipo de actividades compatibles con la incapacidad temporal puede realizar el trabajador y cuáles supondrían que la persona está en situación de poder trabajar o, no estándolo, prolonga su curación para extender el período de baja. Para ello, es importante analizar los informes médicos para objetivizar la decisión⁴⁵. En los dos últimos casos descritos, la “buena fe contractual” estaría siendo transgredida, y el empresario podría despedir al trabajador amparándose en el art. 54.2 d) ET.

⁴⁴ SSTs 22 noviembre 1984 [RJ 1984, 5881] ; 16 noviembre 1987 [RJ 1987, 7981] ; 7 julio y 4 octubre 1988 [RJ 1988, 5774 y 7516] , entre otras)

⁴⁵ SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “La realización de actividades de ocio durante la incapacidad temporal”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf 38/2012, 2012.

Para establecer los supuestos de fraude, es necesario evaluar tanto los aspectos médicos como los jurídicos. Con respecto a los primeros, se refieren a la constatación de la falta de salud y a la posterior declaración de la incapacidad temporal. Por su parte, los aspectos jurídicos se refieren a la constatación de la vulneración de obligaciones legales y contractuales del trabajador, seguido de la aplicación o no de la causa de despido disciplinario por incumplimiento de la buena fe contractual (54.2 ET), por revestir este incumplimiento de las notas de gravedad y culpabilidad exigidas en el art. 54.1 ET. Por lo tanto, una vez constatada la falta de salud del trabajador que le impide desempeñar su actividad laboral, habrá que determinar si las actividades que realiza el mismo en ese periodo son compatibles o no con la baja.

Se plantea aquí la cuestión de qué comportamientos del trabajador no apto temporalmente para trabajar pueden ser considerados suficientemente graves cómo para proceder a su despido en virtud del art. 54.2 ET. La postura mantenida por los Tribunales al respecto no es uniforme, y ha ido evolucionando desde posiciones más tolerantes hacia otras más recientes que se muestran más rigurosas. A continuación analizaré los distintos tipos de situaciones posibles.

3.3.1. Por actuación fraudulenta para obtener o conservar la prestación / realización de trabajos durante la IT / por rechazar o abandonar el tratamiento prescrito.

En cuanto a los supuestos que habilitan el despido disciplinario, parece evidente que la obtención o conservación fraudulenta de la prestación⁴⁶, por simulación de enfermedad, es un comportamiento totalmente reprochable sin ningún género de duda. A pesar de que la concesión de la baja haya sido consecuencia de un error en el diagnóstico del médico o producto de una actuación maliciosa por parte del trabajador (que simula las dolencias para su obtención o falsifica el parte médico), el trabajador se encuentra en situación de IT a todos los efectos. La dificultad para el empresario, que no tiene voz en el proceso de

⁴⁶ Art. 132 a) de la LGSS.

concesión, está en poder demostrar la existencia de un error, connivencia maliciosa, o cualquier otro tipo de irregularidad al respecto.

En principio, la realización de actividades de ocio no tiene por qué ser incompatible con la situación de incapacidad temporal. En el ámbito judicial, estos actos sirven como elemento para valorar las aptitudes del trabajador, para determinar de este modo si dichas aptitudes permitirían o no el desempeño de la actividad laboral con normalidad. Es por ello que se debe analizar caso por caso, y dependiendo de las circunstancias habrá transgresión de la buena fe contractual o no.

La sentencia de 29 de febrero de 2012 de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía muestra un caso de despido por transgresión de la buena fe contractual por simulación de enfermedad⁴⁷. La citada sentencia resuelve un recurso de suplicación interpuesto por una empresa y revoca la sentencia de instancia que estimó la demanda de despido improcedente que interpone una trabajadora de dicha empresa. Dicha trabajadora acudió a dos romerías en situación de IT debido a una depresión.

El 28 de junio recibe carta de despido disciplinario basado en la transgresión de deber de buena fe contractual y simulación de enfermedad para acudir a la romería de Aracena el día 20 de mayo y a la romería del Rocío los días 21 y 22 de mayo, según informe de detectives privados contratados por la empresa.

En este caso concreto, el Tribunal evalúa el diagnóstico de la trabajadora enferma, para determinar si su dolencia y estado es compatible con la realización las actividades lúdicas citadas. El TSJ de Andalucía entiende que la trabajadora en cuestión ha simulado su enfermedad, ya que los aparentes síntomas de estrés y ansiedad que presentaba y le impedían trabajar tampoco le hubiesen permitido acudir a dos romerías ni el consumo de alcohol, como constatan los informes de los detectives privados contratados por la empresa. Además, apoya su resolución en el hecho de que dos días antes de la declaración de IT la trabajadora había solicitado vacaciones para poder ir a la romería, solicitud que fue denegada por tener compromisos con clientes en esas fechas, lo que permite presumir premeditación por parte de la misma.

⁴⁷ <http://web.pimec.org/repositori/documents/actualitat/es/LAB-12-080cast.pdf>

Como he mencionado, los tribunales han ido variando la línea interpretativa en lo que respecta a la realización de trabajos en situación de IT, pasando de una tendencia más permisiva a una visión restrictiva. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de julio de 1998 admite la existencia de los dos criterios jurisprudenciales⁴⁸.

La decisión del TSJ de Cataluña mencionada resuelve el despido de un trabajador⁴⁹ en situación de IT por depresión, que durante ese período prestó servicios en el establecimiento de su esposa con “una intensidad y dedicación notables”. La sentencia supone un claro ejemplo del criterio jurisprudencial estricto⁵⁰, que considera como transgresión de la buena fe contractual la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena, remunerado o no y sin atender a la intensidad de la actividad. El trabajador del supuesto citado, que sufre una depresión, asiste a su esposa durante unos días en el negocio familiar. La incompatibilidad según esta postura es, por tanto, plena (salvo en supuestos de terapia ocupacional, recomendados por el médico para el proceso de curación y comunes en casos de depresión). Tanto es así que el Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas llegó a declarar en su sentencia de 18 de enero de 1991⁵¹ que «bastaría que en una sola ocasión, encontrándose el trabajador en situación de incapacidad laboral transitoria, realizase trabajos ajenos a la empresa para considerar procedente el despido, pues es principio esencial de la relación de trabajo el respeto y lealtad a la empresa».

El voto particular de la sentencia citada discrepa con el fallo judicial y representa la postura flexible, manteniendo que la actividad desarrollada “perseguía su recuperación laboral, sin que comportase la misma una inacreditada actitud para el adecuado desarrollo de los cometidos propios de su profesión habitual como Encargado del Sector Eléctrico”. Se fundamenta en el distinto nivel de presión y responsabilidad que implica colaborar en un negocio familiar unos días, actividad que no es por tanto perjudicial ni puede

⁴⁸ AGUILERA IZQUIERDO, R.: Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pgs. 64-76.

⁴⁹ “Encargado del Sector Eléctrico” de RENFE.

⁵⁰ SSTS 14 noviembre 1984 [RJ 1984, 5849] ; 12 marzo y 11 junio 1985 [RJ 1985, 1320 y 3740] y STSJ Asturias 15 febrero 1991 [AS 1991, 1234].

⁵¹ [AS 1991, 663].

compararse con el “sufrimiento” y por ende, empeoramiento del estado anímico que supondría para el trabajador incorporarse a su trabajo en su estado. Según esta línea jurisprudencial, “cada caso ha de ser tratado y resuelto según sus particulares circunstancias y con atención al factor humano” (STS de 5 de octubre de 1985)⁵². La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 27 de agosto de 1992⁵³ establece en esta línea que la situación de IT no implica que el trabajador tenga que abstenerse de realizar cualquier actividad, “sino solamente aquellas que, razonablemente, sean inadecuadas o contraproducentes con la enfermedad padecida”. Por lo tanto, esta postura es casuística y valora no sólo la naturaleza del trabajo y de la enfermedad, sino que también se tiene en cuenta el ánimo o intención del trabajador. Tras el análisis de las circunstancias subjetivas y objetivas se decidirá si el trabajador es merecedor de tan grave sanción como consecuencia de su conducta.

Una vez determinadas ambas líneas jurisprudenciales detalladas respectivamente en el fallo y en el voto particular de la STSJ de Cataluña de 17 de julio de 1998, las decisiones de nuestros Tribunales al respecto han ido variando, para finalmente reimplantarse la posición más rigurosa, que es la que prima hoy.

Cabe mencionar también la decisión tomada por el TSJ de Galicia de 20 de marzo de 2012⁵⁴, reciente e ilustrativa de un caso de despido procedente por realización de trabajos durante la IT que evidencian la capacidad de trabajador para prestar servicios con normalidad. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia desestima el recurso de suplicación del trabajador frente a la sentencia⁵⁵ de 19 de octubre de 2011 del Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo. El actor, que trabajaba en una empresa dedicada a la industria cárnica (FRIGORÍFICOS DEL LEA, SL) y fue dado de baja por “vértigo”, fue despedido en base a hechos constatados por la empresa durante la situación de IT (prestar servicios como electricista en diversas viviendas). A juicio del Tribunal, la actividad descrita es

⁵² [RJ 1985, 4662].

⁵³ [AS 1992, 3530].

⁵⁴ <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/135293/sentencia-tsj-galicia-1758-2012-de-20-de-marzo-despido-disciplinario-trabajos-incompatibles-co>

⁵⁵ Número 431/2011.

incompatible con la curación de la enfermedad expuesta, y por ello ratifica la decisión del juez de instancia, admitiendo su procedencia. Su fundamento jurídico tercero refleja el rechazo hacia estas conductas:

“[...] la realización de actividades incompatibles con la situación de IT constituye expresión de deslealtad y una violación grave del deber de buena fe, dado que impide o dificulta el restablecimiento del trabajador y provoca un perjuicio a la empresa y a la Seguridad Social. En este sentido, la S. del TS de 18- 12-1990 (RJ 1990\9805) dejó establecido lo literal siguiente: "Y una reiterada doctrina de esta Sala, de la que se cita como ejemplo la sentencia de 28 de mayo de 1985 (RJ 1985\2775), que a su vez cita otra de 10 de mayo de 1983 (RJ 1983\2365), declara que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido[...]”.

El Tribunal estima que la actividad del trabajador en ese supuesto demuestra su aptitud para el trabajo y además tiene una incidencia negativa en su recuperación. Además,

Los casos expuestos ponen también de manifiesto que para apreciar la transgresión de la buena fe contractual no es necesario que exista perjuicio económico para la empresa, sino que basta simplemente con la vulneración de la lealtad que se exige en la relación laboral⁵⁶. Asimismo, tras haber analizado la existencia de dos corrientes para apreciar el fraude (la objetiva o rigurosa que atiende únicamente al resultado y la subjetiva o flexible que contempla la intención defraudatoria), cabe decir que la mayor parte de la doctrina del Tribunal Supremo se inclina por la tesis subjetiva, siendo imprescindible la intención defraudatoria, basándose, entre otros preceptos, en el art. 6.4 CC, que define el fraude como una “conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma, o con una posible elección errónea del tipo contractual que corresponde a un determinado propósito negocial” (SSTS de 16 de enero de 1996).⁵⁷

⁵⁶ STSJ Cataluña 4449/2005 de 13 de mayo.

⁵⁷ Recurso 693/1995.

La falsificación de parte médico, además de suponer una transgresión de la buena fe contractual que sin duda alguna acarrea la sanción de despido disciplinario, tiene también consecuencias en el ámbito penal. Un ejemplo reciente y controvertido de alteración del parte médico para prolongar una ausencia y la respuesta de nuestros tribunales es ilustrado en la sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Vigo⁵⁸. La falsificación consistió en la modificación de las fechas de dos justificantes (para prolongar los días de reposo) de una manera “tosca y burda”, ante lo cual la empresa desconfió y verificó la falsedad de los mismos. La trabajadora fue despedida y presentó una demanda por despido improcedente, reclamación que la jueza de lo Social número 4 de Vigo rechazó, ya que supone un hecho defraudatorio que vulnera la buena fe contractual esperada y es merecedor de la máxima sanción. Además de las consecuencias en el ámbito laboral de la trabajadora, la Fiscalía de Vigo solicitó 2 años de cárcel y la condena al pago de una multa a la empleada por un delito de falsedad de documento público⁵⁹ y uso de documento oficial falso. Llama la atención el fallo del Juzgado de lo Penal nº 3 de Vigo, que finalmente absuelve a la empleada de este delito por considerar la actuación de la misma como “burda, tosca y grosera” (apreciable a simple vista, pues había utilizado un bolígrafo con tinta diferente al del parte original). Fundamenta el fallo en la doctrina del Tribunal Supremo, que considera que estas actuaciones resultan inocuas para producir efectos en el tráfico jurídico, por evidentes.

4. CONTROL

4.1. Justificación de la necesidad de control

El trabajador afectado por una IT no sólo percibe una prestación económica para compensar la ausencia de salario sino que además, todo el período computa como tiempo

⁵⁸ <http://www.lavozdegalicia.es/noticia/vigo/2013/04/04/piden-2-anos-carcel-falsear-baja-medica-librar-trabajo/0003_2013041365083180566267.htm>, El Faro de Vigo, 4 de abril de 2013.

⁵⁹ Los justificantes médicos tienen la categoría de “documento público”.

cotizado a la Seguridad Social⁶⁰. Los beneficios del trabajador beneficiario de IT son sustancialmente importantes desde el punto de vista individual, hecho que puede propiciar el fraude de ley para obtener la concesión o dilatación de esta baja, ilustrado en los ejemplos del epígrafe anterior. Para evitar la inimputabilidad de esta actitud absolutamente reprochable, la solución debe ser la gestión eficaz y el control adecuado de la contingencia, rechazando otras alternativas como la reducción generalizada de las prestaciones, ya que no soluciona el problema y perjudica a los trabajadores a los que sí les corresponde la prestación⁶¹.

Este acceso injustificado a la IT genera la desconfianza del empresario y del legislador, por lo que se han realizado reformas legislativas en búsqueda de medios adecuados para controlar la gestión eficaz de esta prestación, dado su elevado coste económico, el de la asistencia sanitaria en su caso y el que soporta el empresario. Entre estas medidas: se ha recortado la duración y prestación de la misma⁶², se ha implicado al empresario en la función de control⁶³, se han establecido revisiones obligatorias cada tres meses, se ha establecido el alta a efectos económicos extendiendo la potestad de su declaración a las Mutuas⁶⁴, se han formalizado los partes de baja exigiendo una información más completa y detallada, se han aumentado las posibilidades de control del INSS y de las Mutuas sobre la prestación de IT.

En este sentido, el punto 13 del Pacto de Toledo de 1995 refleja esta preocupación y ánimo de los poderes públicos de reducir el gasto que esta prestación genera:

La ponencia manifiesta la necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal y por invalidez, al objeto de frenar las causas de fraude

⁶⁰ Art. 124.3 LGSS: “Las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal, de maternidad, de paternidad, de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones”.

⁶¹ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 59, 2004.

⁶² Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, Ley 42/1994, de 30 de diciembre (LMFASOS), Ley 24/2001, de 27 de diciembre (LMFAOS), Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

⁶³ Real Decreto Ley 5/1992, de 21 de julio y Ley 28/1992, de 24 de noviembre.

⁶⁴ Ley 22/1993, de 29 de diciembre (DA 11).

dentro del Sistema público en el acceso y permanencia de las prestaciones. Entre dichas medidas tendrán prioridad el establecimiento de un calendario y de los medios humanos necesarios para el control de dicha incapacidad desde el mismo Sistema y profundizar en la participación y corresponsabilidad social en la gestión, control de dicha incapacidad desde el mismo Sistema y vigilancia de estas prestaciones.

Cabe decir que la incidencia de la recesión económica, con la consecuente amenaza de pérdida de empleo, ha frenado ligeramente este fenómeno. Pero a pesar de ello y de los esfuerzos legislativos, el gasto ha seguido aumentando y las sospechas de fraude siguen vigentes en el ámbito de la IT. El último paso ha sido la aprobación de quince acuerdos que autorizan la suscripción de convenios entre las CC.AA. (excepto País Vasco y Navarra) para el control de la IT en el período 2013-2016. De este modo, se potencia la colaboración entre los distintos Servicios Públicos de Salud repartidos por el territorio nacional y las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social. Además de incrementar el control de las concesiones, se pretende racionalizar el gasto público derivado de esta contingencia.

4.2. Control por las entidades gestoras y mutuas. Procedimiento.

Para poder acceder a las prestaciones que se originan con la IT (asistencia médica y la declaración de baja a efectos de cobrar el subsidio), los servicios médicos oficiales deben emitir los partes médicos de baja, confirmación y alta. En cuanto a la expedición del parte de baja laboral, debe ir precedido de reconocimiento médico para constatar la concurrencia de IT para el trabajo habitual. Los médicos de las entidades gestoras y de las mutuas realizan actos de comprobación de la incapacidad, mediante tablas de duraciones médicas de las distintas patologías y su incidencia en la respectiva actividad laboral, pero siempre respetando el derecho a la intimidad y a la dignidad de los afectados⁶⁵. En el desarrollo de los citados reconocimientos, el trabajador ha de poner su historial clínico a disposición de los servicios sanitarios para la finalidad de control de la IT, así como proporcionar los datos necesarios que contribuyan a determinar la patología y el

⁶⁵ *Memento Práctico Social 2014*, edición anual, Francis Lefebvre, 2014.

diagnóstico apropiado. En caso de negativa por parte del trabajador afectado a someterse a reconocimientos, se expedirá una propuesta de alta.

En el parte de baja original, que se destina a la Inspección Médica, debe reflejarse el diagnóstico, la descripción funcional del trabajador y una previsión de la duración del proceso patológico. Del mismo se entregarán dos copias al trabajador, de las cuales una es para él y la otra la deberá entregar a la empresa en el plazo de tres días, que a su vez cumplimentará el parte y deberá remitirlo en cinco días al INSS o Mutua con la que tenga concertada la cobertura de la prestación. Cabe mencionar la necesaria confidencialidad en la utilización de esta información⁶⁶.

En cuanto a los partes de confirmación, deberán expedirse al cuarto día del inicio de la IT y sucesivamente cada siete días mientras ésta dure. El tercer parte de confirmación de la baja irá acompañado de un informe médico complementario, expedido por el facultativo que extiende los partes, en el que se reflejará las dolencias y síntomas, el tratamiento médico prescrito, la evolución, duración probable del proceso y su incidencia sobre la capacidad funcional del trabajador. El citado informe médico complementario se repetirá cada cuatro semanas. Cumplido el plazo de 365 días, el SPS no emitirá más partes de confirmación y será la Entidad gestora competente la que realizará el control de la situación de IT.

Además, la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano competente de la Comunidad Autónoma deberá expedir un informe de control de la incapacidad con una periodicidad trimestral, remitiéndolo a la entidad responsable de la cobertura de la IT en los diez días siguientes a su emisión.

4.3. Control por la propia empresa

⁶⁶ TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, paraf. 59/2004.

Al margen de las empresas que colaboran voluntariamente en la gestión de la IT⁶⁷, cuyas potestades de control son mayores, el control de la incapacidad temporal por la empresa es muy limitado.

La facultad de dirección del empresario le permite establecer las medidas de vigilancia y control que considere oportunas con el objeto de verificar que sus trabajadores cumplen correctamente con las funciones que tienen encomendadas en la empresa (art. 20.3 ET⁶⁸). Es por ello que, en situaciones de incapacidad temporal, y en virtud del artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores, puede exigir que se sometan a reconocimientos por el personal médico de la empresa, para comprobar el estado y evolución de la enfermedad o accidente del trabajador. Este control está limitado por el derecho a la intimidad del trabajador y ha de ser proporcional a la finalidad por la que se concede al trabajador esa potestad.

Ante una negativa infundada del trabajador a someterse a reconocimientos, el empresario puede proceder a la suspensión de “los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario” (art. 20.4 ET). Por derechos económicos deben entenderse las mejoras voluntarias o complementos económicos al subsidio, pero la sanción no afecta a la prestación de la Seguridad Social, según la doctrina mayoritaria, que sólo podrá suprimirse en caso de concurrir una de las causas válidas de extinción o suspensión del derecho (tipificadas en el art. 132 de la LGSS y en el art. 11 de la Orden de 13 de diciembre de 1967). En esta línea, la sentencia del TSJ del País Vasco de 24 de enero de 1994⁶⁹ reconoce el derecho del empresario a obligar a sus trabajadores en IT (salvo maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional) a someterse a reconocimientos de los servicios de la empresa una vez a la semana⁷⁰.

⁶⁷ (*) en los términos previstos en el art. 77 de la LGSS y en la Orden de 25 de noviembre de 1966.

⁶⁸ Art. 20.3 ET: “El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.

⁶⁹ AS 42.

⁷⁰ *Memento Práctico Social 2014*, edición anual, Francis Lefebvre, 2014.

Además de estos controles internos de la propia empresa, el empresario puede ir más allá si tiene noticia de actividades incompatibles con la IT. En estos casos, la jurisprudencia viene admitiendo el ejercicio de determinadas comprobaciones para confirmar estas situaciones (generalmente mediante detectives privados), pero siempre respetando los límites que impone el derecho a la intimidad del trabajador⁷¹⁷². En este sentido, el artículo 265.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que, en el curso de un demanda de naturaleza contenciosa, el demandante puede acompañarla de “los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que el actor apoye sus pretensiones”, entendiéndose dicho informe como prueba testifical de la empresa (STS de 17 de junio de 1988).

La jurisprudencia ha ido concretando los límites de los medios de comprobación, determinando según los casos si el derecho a la intimidad del trabajador se ve afectado. Un ejemplo de control empresarial se muestra en la sentencia del TSJ de Asturias, de 14 de junio de 2013⁷³, la cual declara procedente el despido disciplinario de una trabajadora en situación de IT. La citada trabajadora, camarera y en baja médica por una contractura cervical, es despedida por realizar actividades de ocio absolutamente incompatibles con la prescripción médica que corresponde a una lesión de ese tipo (conduce su vehículo, viaja en avión, acude a un parque de atracciones...). Otro trabajador de la empresa lo descubre a través de unas fotos en su página de Facebook (con acceso no limitado y sin necesidad de clave), y un detective privado contratado a tal efecto constata los hechos. Ante la alegación de violación del art. 18.3 CE⁷⁴ por parte de la trabajadora, el TSJ de Asturias responde declarando que:

⁷¹ STC 98/2000.

⁷² SSTC 57/1994: "el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho".

⁷³ Recurso 241/2013.

⁷⁴ "Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron libremente pues al estar "colgadas" en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que no hay una intromisión en la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar público.

En primer lugar, el Tribunal defiende el poder de dirección del empresario (20 ET), que le permite adoptar las medidas que estime necesarias para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los trabajadores, y determina que en el caso descrito no se viola la intimidad de la trabajadora, puesto que no se necesitó ningún tipo de clave o acceso privado para visualizar las fotos que sirven de prueba. Con respecto a las actividades lúdicas citadas, el Tribunal estima que su realización evidencia una transgresión de la buena fe contractual, por contravenir el tratamiento médico y prolongar la situación de baja o por poseer un estado salud que claramente revela una aptitud laboral absoluta:

De todo ello ha de concluirse que encontrándose en situación de incapacidad temporal los días referidos, la actividad por Ud. desarrollada constituye una clara transgresión de la buena fe contractual pues por una parte al llevar una actividad normal podría considerarse que está perfectamente acta para el trabajo y por otra parte si no lo está evidencia que con dicha actividad esta contraviniendo el tratamiento médico que se le había indicado y en consecuencia está dilatando la curación de su dolencia.

Por lo tanto, para justificar el despido sin violar el derecho a la intimidad del trabajador, es imprescindible que las actividades que supongan una contradicción con la situación de IT se realicen en espacios públicos .

En el otro extremo, nuestros tribunales también han condenado a empresas que han sobrepasado los límites del derecho a la intimidad del trabajador en IT, y que por lo tanto han determinado la improcedencia de los despidos. Las nuevas tecnologías facilitan al empresario ejercitar esta vigilancia de maneras muy sofisticadas (que muchas veces suponen una vulneración de los derechos del trabajador), y la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2012⁷⁵ expone un ejemplo de este tipo de prácticas y la

⁷⁵ (ILJ 870/2012). Recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Empresa RSU BILBAO UTE, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de

respuesta de los tribunales sobre su licitud. La empresa RSU Bilbao UTE despidió al trabajador por realización de actividades incompatibles durante la incapacidad, hechos que comprueba a través de la instalación de un aparato localizador GPS en su vehículo particular. La sentencia de instancia declara el despido nulo, por vulneración del derecho fundamental del trabajador a la intimidad (en relación con los derechos a la libertad de circulación y la tutela judicial efectiva), basándose en la falta de proporcionalidad del medio utilizado:

En este sentido la sentencia recurrida, al igual que la de instancia, valora el carácter permanente del dispositivo de control (GPS) aplicado, su incorporación a un bien propiedad del trabajador, el exceso sobre las exigencias objetivas de control y falta de proporcionalidad resultante.

Parece claro que nuestros tribunales han ido configurando caso por caso los límites del derecho de control y dirección que el Estatuto de los Trabajadores confiere al empresario, entendiendo en este último caso sobrepasado el límite. El Tribunal Supremo entiende que el sistema de control por GPS aplicado sobre los bienes del trabajador “contra su voluntad” afecta a una de las manifestaciones sobre el derecho a la intimidad, "el derecho a que los demás no sepan dónde está en cada momento y cuáles son sus movimientos". Señala también que el principio de proporcionalidad ha sido lesionado, pues el medio utilizado no se considera adecuado ni cuantitativa ni cualitativamente para la consecución del fin, que es probar la supuesta actuación fraudulenta del trabajador.

Lo relevante de esta resolución es que declara que la vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, al ser un derecho fundamental, no sólo acarrea la nulidad de la prueba de control empresarial, sino que también tiene como consecuencia la nulidad del despido. Si bien el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores prevé la nulidad del despido que “tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la

10 de mayo de 2011, en el recurso de suplicación n.º 644/2011, interpuesto frente a la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2010 por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Bilbao, en los autos n.º 773/2010.

Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, el Tribunal Constitucional (en su sentencia 196/2004) entiende que la nulidad se extiende a los supuestos en los que “los hechos que lo sustentan han sido conocidos por el empresario mediante métodos que conculcan los derechos fundamentales del afectado”, como ha ocurrido en el caso mencionado.

5. CONCLUSIONES

Primera.

La situación de incapacidad temporal y los beneficios de la misma para el trabajador (prestación económica y exoneración de la obligación de trabajar durante ese período) conduce en determinadas ocasiones a la creación de situaciones ficticias de enfermedad para obtener la baja. Los datos aportados reflejan la enorme cantidad de recursos que se destinan a esta prestación (sanitarios y económicos), que suponen un gran esfuerzo que tienen que asumir los servicios públicos y las empresas, y que por tanto perjudica a la sociedad en su conjunto. En mi opinión, la gran repercusión económica de la prestación justifica el control y vigilancia de los trabajadores en situación de IT. Estas actuaciones fraudulentas deben ser perseguidas, además, por la falta de moralidad y ética que reflejan.

Con todo, encuentro justificados los controles y reconocimientos a los que se somete a los trabajadores, pero creo que deberían incrementarse. Situaciones fraudulentas como el fingimiento de enfermedad o exageración de síntomas serían más fáciles de detectar si el trabajador se viese obligado a someterse a más reconocimientos, tanto por parte de los servicios públicos como de los privados que potestativamente establezca la empresa. Otra medida necesaria es el incremento del diálogo y la transparencia entre las empresas (que sufren directamente el problema) y los servicios médicos (que deberían poner a disposición de las mismas todo tipo de documentos relativos al diagnóstico del trabajador afectado, sin que esto vulnere a mi juicio el derecho a la intimidad). De este

modo, al ampliarse la comunicación entre los distintos órganos intervinientes en el proceso, se reducirían los supuestos de fraude (como la falsificación de prescripciones médicas).

Segunda.

La Reforma Laboral de 2012 y la supresión que hace del requisito del “índice total de absentismo” ha generado una enorme polémica. Son muchas las críticas al giro dado por esta última reforma legislativa, que da una mayor flexibilidad al empresario para proceder al despido objetivo del trabajador incapacitado temporalmente. Ahora, la única prueba relativamente objetiva con la que podía el empresario justificar el perjuicio económico que le suponían estas bajas y así proceder al despido se elimina. Ya no es necesaria la acreditación de un determinado porcentaje total de bajas en la empresa, sino que es suficiente declarar que un determinado porcentaje de faltas justificadas de un trabajador⁷⁶ es excesivamente oneroso para la empresa. Es evidente que este cambio facilita el despido objetivo y deja en una situación de vulnerabilidad al trabajador, que puede ser despedido por faltar intermitentemente al trabajo, aunque dichas faltas sean justificadas (exceptuando las enfermedades graves).

En mi opinión, aunque por un lado esta supresión del índice de absentismo aumenta la operatividad de este supuesto extintivo (que en tiempos de crisis económica beneficia a las empresas que no pueden sostener el gasto que implica el absentismo), el legislador crea al mismo tiempo una fuerte presión sobre el trabajador, que se verá en cierto modo forzado a renunciar a ausentarse del trabajo en situaciones plenamente justificadas por miedo a perder su puesto de trabajo. No se debe olvidar que la suspensión del contrato por causa de enfermedad es un derecho del trabajador, como parte integrante de su derecho a la salud, que se ve limitado por esta medida. Es por ello que creo que la medida se ha posicionado excesivamente de parte del empresario, anteponiendo el bienestar económico y productividad de la empresa al bienestar personal (y también económico si pierde su puesto

⁷⁶ (*) que superen el 20% en dos meses consecutivos “siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”.

de trabajo) del empleado. Aunque existan supuestos de fraude y la carga de las bajas tenga consecuencias perjudiciales en la empresa, a mi entender esta nueva reforma fuerza a acudir al puesto de trabajo aun enfermo por temor a no ser despedido si se llega a un número determinado de bajas, estrechando considerablemente el derecho del trabajador a obtener la citada baja.

Tercera.

La jurisprudencia ha reiterado la distinción entre “enfermedad y discapacidad”, lo que ha llevado a calificar los despidos motivados por la enfermedad del trabajador como improcedentes y no nulos (con las consecuentes diferencias económicas que implica para el trabajador su calificación). Esto es, la enfermedad no se asimila a discapacidad como factor de discriminación prohibido, y por tanto no se considera que el despido por situación de IT vulnere ningún derecho fundamental del trabajador. En el ámbito comunitario, el TJUE ha seguido esta línea. En cambio, en la sentencia del STJUE de 11 de abril de 2013 citada con anterioridad, el Tribunal de Luxemburgo da un giro a la tendencia habitual y estipula que el concepto de “discapacidad” abarca la enfermedad de larga duración (curable o no) que supone limitaciones en la vida profesional del afectado. Opino que este cambio conceptual a nivel europeo puede suponer un cambio de rumbo en la determinación de existencia de discriminación, aunque todavía no ha tenido reflejo en los Tribunales españoles. Deberán por tanto matizarse y clarificarse los conceptos de enfermedad y discapacidad, estableciendo los límites de cada supuesto para así evitar dudas al respecto e incluso creándose un nuevo concepto de “enfermedad asimilada”, protegida por las leyes antidiscriminatorias (SEMPERE NAVARRO). En el caso de desarrollarse ese nuevo concepto, los despidos pasarían a ser nulos y no improcedentes, incluyendo las extinciones de la relación laboral por causas objetivas si las bajas intermitentes que los causasen fuesen debidas a una enfermedad asimilada. Enfermedades como el asma o la diabetes, coincidentes con la descripción del Tribunal de Luxemburgo (de larga duración y

limitativas de la vida profesional), podrían considerarse en ese grupo que en un futuro puede llegar a surgir

Cuarta.

En cuanto a la realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal, los criterios jurisprudenciales examinados evidencian la falta de uniformidad al respecto. Nuestros Tribunales no han seguido un criterio uniforme a la hora de considerar los supuestos de transgresión de la buena fe contractual por realización de actividades o trabajos durante la IT. El criterio flexible entiende que algunas actividades o trabajos (siempre que éstos no sean remunerados) no suponen una incompatibilidad con la IT, por no empeorar o prolongar la situación. En cambio, el criterio estricto entiende que todas las actividades o trabajos que se realicen implican transgresión de la buena fe contractual, sean del tipo que sean y sin tener en cuenta la repercusión o falta de ella sobre la enfermedad.

En mi opinión, se debe de analizar caso por caso el tipo de enfermedad que sustenta la baja, la actividad realizada y su incidencia sobre la incapacidad, así como el tratamiento médico impuesto. Es evidente que, ante una baja por lesión cervical, por ejemplo, no es lo mismo realizar una actividad que implique ejercicio físico (como cargar cajas), que ayudar en la contabilidad en la empresa familiar. Asimismo, una persona incapacitada por depresión provocada por estrés laboral no debería realizar ningún trabajo que aumente dicha presión, pero podría serle beneficioso realizar actividades al aire libre para fomentar la recuperación. Es por ello que creo que sería conveniente que nuestros Tribunales abandonasen el criterio estricto, para evitar así una objetivación de esta causa de despido (que hay que recordar que es disciplinaria).

El hecho de estar impedido para realizar el trabajo habitual no quiere decir que cualquier trabajo que realice sea incompatible con su baja, sino sólo aquellos que empeoren o impidan su curación, así como los que implique actividades similares o iguales a las que desempeñaba. Por otro lado, la jurisprudencia es uniforme y clara a la hora de calificar

como transgresores de la buena fe contractual los trabajos remunerados, pues lógicamente el trabajador está recibiendo una prestación pública, que pagamos todos los españoles con nuestros impuestos, con el objetivo de suplir la falta de ingresos. En este sentido, entiendo adecuado aplicar el criterio estricto ante estos casos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERO, R., “Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. III, 1998.

ALFONSO MELLADO, C. L., RODRIGUEZ PASTOR, G. y SALCEDO BELTRÁN, C., *Extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R, “El despido en situación de IT”, *Información Laboral. Legislación y Jurisprudencia*, Lexnova, núm. 8. 2003.

GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen I, Aranzadi, 2008.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, 2012, pp.552-555.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido. Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2010.

MALO, M.A., “La medición del absentismo: Estimaciones desde la perspectiva de las empresas y de las vidas laborales”, en AA.VV., Informe premios FIPROS 2011, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012.

Memento Práctico Social 2014, edición anual, Francis Lefebvre, 2014.

MORENO CÁLIZ, S., “Incapacidad temporal y despido disciplinario”, *Revista doctrinal Aranzadi*, paraf. 79/2008, 2008.

MORGADO PANADERO, P., POLO SÁNCHEZ, M.C., *Mecanismos de flexibilidad y fomento del empleo en el mercado laboral*, Editorial Comares, Granada, 2012, pp.111-116.

NAVARRO CUÉLLAR, A., “El despido motivado en la baja por enfermedad del trabajador. ¿Improcedencia? ¿Nulidad? Comentario a las sentencias de las Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 y de la Sala de los Social del Tribunal

Superior de Justicia de Madrid de 4 de diciembre de 2007”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid), 2009, pp. 66-70.

DEL REY GUANTER, S., “Estatuto de los Trabajadores: comentado y con jurisprudencia”, en Dir., 2ª edición, LA LEY, Las Rozas (Madrid), 2007, pp. 121-122.

SALCEDO BELTRÁN, M.C., “Incapacidad temporal, absentismo laboral y despido objetivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 49/2013, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “Discriminación laboral por enfermedad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 866, 2013, p.3.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, M., “La realización de actividades de ocio durante la incapacidad temporal”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf 38/2012, 2012.

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J., “El control de la incapacidad temporal y la impugnación del alta médica”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, paraf. 59/2004.