

EFFECTOS LABORALES DERIVADOS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRAS ALTA MÉDICA NO IMPUGNADA (UNA REVISIÓN DE LA DOCTRINA JUDICIAL MÁS RECIENTE)¹

LABOR EFFECTS DERIVED FROM THE PROVISION OF SERVICES AFTER MEDICAL NOT OPPOSED DISCHARGE (A REVIEW OF THE MOST RECENT JUDICIAL DOCTRINE)

Francisco Vila Tierno

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Málaga. Campus de Excelencia Internacional Andalucía Tech*

Resumen: El trabajador, en una situación de baja laboral está exonerado del deber de prestar servicios. No obstante, esta exoneración se mantiene únicamente mientras suscite la referida baja. Si el trabajador obtiene el alta estará obligado a la realización regular de sus tareas, sin que se permita una prestación de menor calidad o un servicio a un menor rendimiento, puesto que ello puede ser objeto de sanción. La duda reside en si su oposición a la baja, su impugnación, puede relativizar el grado de calificación de la infracción cometida.

Abstract: The worker, in a situation of time off sick is freed from the duty to give services. Nevertheless, this exoneration is kept only while the above-mentioned time off sick is provoked. If the worker obtains the certificate of fitness to work, he will be obliged to the regular accomplishment of his tasks, without there is allowed a service of minor quality or a minor performance, since he can be an object of sanction. The doubt resides in if his opposition to the time off sick, his contesting, can relativize the degree of qualification of the committed infraction.

Palabras clave: baja laboral, deberes de conducta, efectos laborales, sanciones, despido
Key Password: time off sick, duties of conduct, labor effects, employments penalties, dismissal

Sumario: 1.- Introducción; 2.- La situación de Baja por IT y las conductas irregulares; 3.- La ausencia de baja y la incidencia de la posible enfermedad como criterio modulador del principio gradualista.

1.- INTRODUCCIÓN

En la práctica, se detectan múltiples casos en los que un trabajador presta servicios para una empresa sin que, desde el punto de vista empresarial, se acomoden a un buen hacer. En este sentido, y haciendo uso del poder disciplinario, cabría una posible sanción por el ejercicio irregular de las funciones encomendadas.

No es poco frecuente, en estos casos, intentar atemperar las consecuencias en el plano estrictamente laboral, mediante la alusión a problemas de salud. Y no cabe rechazar de plano que los motivos alegados respondan a una realidad, pero, lo que puede –o no- tener trascendencia, al objeto de graduar la eventual infracción, guarda relación con la posibilidad de haber solicitado una baja médica. El panorama que se abre, desde esta perspectiva es muy amplio y es preciso, por tanto, acotarlo. Así, para configurar los perfiles de este trabajo, se establecen cuatro premisas de partida:

- a) Aun siendo relevante el nivel de responsabilidad exigible a un facultativo -o a la Administración- ante un alta indebida o no reconocimiento, v.gr., de una recaída, no se pretende, en este análisis, delimitar las consecuencias en este plano, si bien, sí delimitar la función de los órganos competentes en esta materia y como puede incidir en el ámbito estrictamente laboral del paciente;
- b) No se trata, en este caso, de profundizar en la naturaleza de la contingencia y las diferencias que pueden derivarse a partir de tal análisis, sino de determinar las consecuencias laborales para quién trabaja estando –o no- en disposición de solicitar una baja médica;

¹ Comunicación presentada al segundo panel: “Derechos y deberes del asegurado y beneficiario”.

- c) Se excluyen determinados supuestos que, por su trascendencia y relación, entre otros, con el principio de igualdad, requeriría un tratamiento particularizado, como por ejemplo, la maternidad. Nos centramos, de este modo, en el trabajador que está o ha estado en situación de IT y qué podría estar solicitando una IP;
- d) Por último, únicamente se va a centrar en los supuestos que son objeto de sanción y, además, en su grado máximo, es decir, como despido, evitando referencias a supuestos en los que no incurre culpa del trabajador y derivan en otras figuras como la extinción por causas objetivas.

De lo anterior se deduce que el objeto de este trabajo gira en torno al trabajador en activo que, sin embargo, podría estar en una situación de IT o en pleno proceso hacia una IP. No obstante, el trabajador, en este caso, se encuentra desarrollando su actividad laboral y, por tanto, se mantiene sujeto a una serie de derechos y deberes. Las facultades empresariales de control y su poder disciplinario siguen vigentes y, en consecuencia, la posibilidad de sancionar al trabajador como respuesta a una infracción que se cometa en el período de tiempo en el que, hipotéticamente, pudiera estar de baja.

En este sentido, la presente comunicación pretende abordar una cuestión esencial: ¿es posible sancionar al trabajador en esas circunstancias? ¿la sanción debe ser matizada por esos hechos? Hay que tener presente que se puede partir, incluso, de la posible mala praxis del facultativo que niega la situación de enfermedad o dolencia que se le alega, pero fundamentalmente de la ausencia de un proceso iniciado por el trabajador para pasar a una de las situaciones antes descritas. No obstante, y de manera breve, como contrapunto de lo anterior, parece preciso abordar, con carácter previo, el examen de las consecuencias, en el marco de la relación laboral, del mal uso o uso irregular de la situación de baja. De este modo, se plantean dos hipótesis de conductas sancionables que giran en torno a una IT, cuando ésta se ha reconocido y durante ese período se aprecia transgresión de la buena fe contractual por no ser las actividades desarrolladas por el trabajador compatibles con aquella situación y, cuando el trabajador no está de baja, pero invoca una enfermedad para relativizar el grado de culpa que debe estar presente en un incumplimiento grave y contractual para justificar un despido.

La fórmula de trabajo es simple: partir del análisis de los preceptos que influyen de manera directa y realizar un estudio de doctrina judicial y jurisprudencial para conocer el estado actual de esta cuestión.

A ello dedicaremos los siguientes apartados, con una finalidad adicional: llevar de la mano dos realidades del Derecho Social que a veces se separan de manera artificiosa, el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social y que encuentran, en el tema presente, una conexión nada forzada.

2.- LA SITUACIÓN DE BAJA POR IT Y LAS CONDUCTAS IRREGULARES

Como es sabido, el trabajador, para pasar a situación de IT, se precisa un parte médico de baja, bien por facultativo del servicio público de Salud, bien por la Mutua correspondiente. Obviamente dicho parte viene precedido de un procedimiento objetivo que descansa, esencialmente, en la realización de un reconocimiento médico que valorará la capacidad funcional del trabajador en ese momento para la realización de las tareas que le son propias².

En esa situación se mantendrá el trabajador mientras que se confirme la situación de enfermedad del trabajador³ y hasta que se emita el correspondiente parte de alta, por el

² Vid. art.2 RD 625/2014 y art.3 OESS/1187/2015.

³ De tal modo que la falta de presentación de los partes de baja y confirmación pueden suponer la falta de justificación de las ausencias, aunque ello no siempre sea determinante y conlleve a una posible calificación de improcedencia, vid. STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia n. 7569/2015 de 18 diciembre (JUR\2016\52438). Vid. epígrafe final.

facultativo de la entidad que concedió la baja cuando se entienda que ya no se mantiene aquella incapacidad para la prestación laboral.

Lo más importante, a los efectos de este análisis, no es el que pueda tener derecho a una prestación, sino que, durante ese período está exonerado de la realización de la actividad laboral y, por tanto, no sometido a control, respecto de la prestación en sí misma. Ello no obsta, como se ha adelantado, a que pueda ser sancionado por otro motivo. Así, de manera frecuente, se ha recurrido al despido por transgresión de la buena fe contractual, por realizar actividades incompatibles con la situación de baja y que ponían de manifiesto un ánimo fraudulento por parte del trabajador: *"pues, a tenor de lo establecido en los arts. 1544 y 1585 ambos del Código Civil y art. 5-a) del referido Estatuto de los Trabajadores, supone un incumplimiento contractual grave y culpable que el siguiente art. 54-2 del mismo Cuerpo Legal sanciona con despido, porque la incapacidad temporal que define el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social es, conforme a lo prevenido por el núm. 1-c) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, solamente causa de suspensión del contrato que exonera al trabajador del deber de trabajar pero no del cumplimiento del resto de las obligaciones como las de fidelidad, buena fe y contribución a la mejora de la producción"* (SSTS de 31 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2763), 7 de julio de 1987 (RJ 1987, 5103), 3 y 12 de febrero de 1988 (RJ 1988, 614) y 24 de julio de 1990 (RJ 1990, 6465)". En ese caso, *"se han considerado contrarias a las exigencias de la buena fe contractual todas aquellas actividades que, o bien resultan contraindicadas para el curso de la enfermedad, o simplemente exponen al que las hace a una recaída en la misma, pues quien desarrolla esa conducta está defraudando a la empresa, a la Seguridad Social y a sus propios compañeros de trabajo; suponiendo una contravención palpable del deber fundamental de colaborar en su curación que tiene el trabajador"*⁴. Y considerándose absolutamente relevante, a estos efectos, la prohibición de realizar trabajos por cuenta ajena, pero no siendo, evidentemente, el único motivo para ello, extensible a cualquier conducta grave

⁴ STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 6833/2015, de 30 noviembre (JUR\2016\12507) afirma que *"la jurisprudencia señala que ha de tenerse en consideración que tipo de enfermedad provoca la situación de IT y ello ponerlo en relación con las ocupaciones que el trabajador desempeña en su puesto de trabajo y las que realizó durante la baja, y para poder concluir que el realizar actividades durante el proceso de IT sean merecedoras de la máxima sanción del despido es preciso que concurren dos circunstancias: por un lado que con las actividades que se realicen durante la baja se perjudique o retrase la curación del trabajador; y por otro, que de algún modo tales actividades pongan de manifiesto la capacidad del actor para trabajar, lo que evidenciaría una simulación de la enfermedad en perjuicio tanto de la empresa como de la seguridad social que subvencionan el periodo de baja, destinado en principio para la adecuada curación de la dolencia que aparta al operario de la realización de las funciones propias de su tarea habitual. En este sentido pueden invocarse las sentencias del Tribunal Supremo del 6 de abril de 1990 (RJ 1990, 3121), 14 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4318), 13 de febrero de 1991, 16 de mayo de 1991 (RJ 1991, 4171) o 30 de mayo de 1992 (RJ 1992, 3626)... esta Sala del TSJ de Galicia pudiendo citarse entre las más recientes la de 28 de marzo de 2012, rec. 6140/2011 (JUR 2012, 146938), que a su vez se remite a la del 30 de noviembre de 2011, recurso 3355/2011 (JUR 2011, 440719) en la que señalábamos que "De acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala IV "... en situación de baja por incapacidad al trabajador le es lícito realizar todas aquellas actividades compatibles con su situación, excluido cualquier trabajo por cuenta propia o ajena, estimando como compatibles las actividades de mera distracción o lúdicas y todas aquellas que no perturben o retrasen la curación del trabajador, o sean contraproducentes para su enfermedad " (STS de 4 octubre 1985 (RJ 1985, 4662)), "... de aquí que tenga muy precisado que no toda actividad desarrollada durante la situación de IT puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa" (SST de 21 marzo (RJ 1984, 1592) y 21 de dic. de 1984 (RJ 1984, 6481), 4 de oct. de 1985 y 29 de enero (RJ 1987, 177), 3 de febrero y 7 de julio de 1987 (RJ 1987, 5103))"*.

de carácter irregular con incidencia directa en el proceso⁵. En cualquier caso, lo que resulta relevante es que, en todas estas situaciones, el trabajador se encuentra de baja por IT, comete una irregularidad y se despliegan una serie de consecuencias en el plano laboral⁶. La duda, por tanto, sería relativa a la oportunidad de la baja médica concedida que, como se ha adelantado anteriormente, va precedida en el procedimiento, de un

⁵ En este sentido –y completando la nota anterior– se ha pronunciado de manera reiterada la más reciente doctrina judicial, al amparo de una consolidada y ya clásica jurisprudencia que establece diferencias entre las actividades desarrolladas durante la baja para valorar su compatibilidad con la misma y determinar, en su caso, la existencia de incumplimiento por transgresión de la buena fe contractual. Así, v.gr. la STSJ de La Rioja, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia n. 57/2016 de 10 marzo (JUR\2016\68567) valora un despido disciplinario como improcedente al cuestionarse si existe transgresión de la buena fe contractual y concluyendo que la realización de otras actividades durante situación de baja, si son esporádicas y livianas, deben entenderse compatibles con la enfermedad, indicando expresamente que “*La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SS 22/09/88, RJ 7093; 29/01/87, RJ 177), ha señalado que el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación de su situación de incapacidad para el trabajo, por cuanto, la buena fe exige que quien esté de baja no pueda realmente desarrollar labores propias de su trabajo habitual y siga precisando la debida asistencia sanitaria hasta obtener su rehabilitación, pero también que en esa situación no efectúe actividades inadecuadas para lograr lo antes posible su reincorporación al trabajo, ya que durante la misma deja de cumplir con la prestación principal a la que se ha obligado por razón del contrato de trabajo que le vincula con su empresario: trabajar. El interés legítimo de éste en recibirla se defrauda, sin título que lo ampare, cuando se aparenta disponer de una causa que justifica la falta de prestación de servicios (las situaciones de incapacidad temporal, que suspenden dicha obligación: art. 45.2 ET) y también cuando dicha situación se prolonga innecesariamente*”. En sentido contrario, la STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 2684/2016, de 6 mayo (JUR\2016\139396) estima el despido disciplinario como procedente, también por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza al demostrarse que el trabajador que mientras se encontraba de baja laboral, llevó a cabo tareas similares a las que conlleva el desempeño de su trabajo habitual. Pueden citarse, de igual modo, en uno y otro sentido: STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 25 noviembre 2015 (JUR\2015\303178) que analiza la procedencia del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza al realizar la trabajadora de baja médica por IT esfuerzos físicos y carga de cajas de fruta en un mercadillo; STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 5705/2015, de 21 octubre (JUR\2015\268386) que valora la improcedencia por la irrelevancia de las conductas observadas del trabajador en situación de IT (permanecer unas horas en el negocio de reprografía de su mujer, sin que se haya revelado ninguna actividad comercial en dicha tienda, salvo observar durante unos minutos a otros); STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 1058/2015, de 6 julio (AS\2015\1783) en relación a la improcedencia por entender inexistente la transgresión de la buena fe contractual en cuanto que el trabajador en IT realizaba una actividad lúdica, “*acudiendo en varias ocasiones a actuar con algún grupo musical, sin cobrar nada y por simple afición, realizando diversas consumiciones que aunque contuvieran bebidas alcohólicas, no pueden considerarse de tal magnitud que le perjudicarán para su recuperación, durante la baja por incapacidad temporal por trastorno adaptativo mixto de origen laboral*”. STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 395/2015, de 19 mayo (JUR\2015\250719), de igual modo considerado improcedente porque la realización de prácticas curriculares no retribuidas y obligatorias para la obtención de título de FP no son contrarias a la buena fe contractual y no debe entenderse como trabajo por cuenta ajena. STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 1267/2015, de 14 mayo (JUR\2015\188007) que analiza procedencia de despido de trabajador que durante una baja por IT realiza actividades para otras empresas; STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 2656/2015, de 17 abril (JUR\2015\158938) en torno a la procedencia de un despido por quedar acreditado que el trabajador realizaba actividades lúdicas (spinning) incompatibles con su enfermedad; STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 2469/2015, de 10 abril (JUR\2015\159011) que valora la procedencia por haberse simulado una enfermedad y realizado trabajos durante la situación de IT.

⁶ GARCÍA, A.R. *Despido disciplinario procedente por transgresión de buena fe y solicitud de alta y ulterior prolongación de incapacidad temporal*. Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 12/2010 paraf. 43/2010. BIB 2010\2131. Vid. tb. SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. *La realización de actividad de ocio durante la incapacidad temporal como causa de despido disciplinario*. Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 5/2012 paraf. 38/2012. BIB 2012\2767.

reconocimiento médico que avala la decisión del facultativo. Otra cuestión distinta sería el grado de responsabilidad del trabajador que no atiende a los requerimientos médicos o las recomendaciones más elementales para un proceso de recuperación y que justifica la sanción disciplinaria. Pero, debe insistirse en el análisis del funcionamiento de un sistema que puede derivar en estas consecuencias.

A tal efecto, como es sabido, en los últimos años se ha revisado el proceso de concesión y renovación de bajas por IT. Y, en ese sentido y para optimizar dicho proceso, se regulan en la actualidad hasta cuatro tipos de parte de baja que, de manera conjunta a los partes de confirmación o alta, se utilizarán en función de la duración prevista por el facultativo (art. 2 RD 625/2014 y art. 2 OEES/1187/2015)⁷.

Tal parte de baja –así como el posible parte de confirmación según las reglas previstas en el art. 4 OEES/1187/2015- que debe reunir una serie de formalidades que permitan su gestión informatizada, será emitido dependiendo de la estimación que haga el facultativo, estimación inicial que puede ser modificada a la vista de la revisión médica que debe realizarse según lo expresado en el párrafo precedente. Para optimizar el proceso “se han establecido unos protocolos de temporalidad de los actos médicos de confirmación de la baja, los cuales, sin perjuicio de que corresponda al criterio médico del facultativo que emite el parte asignar el plazo estimado de duración del proceso, facilitan al mismo unos plazos orientativos que se basan en el diagnóstico, la ocupación y la edad del trabajador. Estos protocolos se materializan en unas tablas tipificadas para los distintos procesos patológicos y su incidencia en las actividades laborales” –EM RD 625/2014⁸-.

Si se realiza un repaso por el procedimiento de baja, confirmación y alta del trabajador se llega necesariamente a una conclusión provisional y consiste en que se ha establecido un mecanismo de control reforzado que permite defender que, salvo excepciones, la determinación del estado de salud del trabajador, a los efectos de una IT y de la exoneración de prestación de servicios, al margen de la asistencia sanitaria que puede corresponderle, está lo suficientemente fiscalizado como para apreciar subjetividad en su gestión⁹ –de manera general-. Ello se traduce en que el trabajador, si ha sido dado el

⁷ Así, la Exposición de Motivos del RD 625/2014 manifiesta, de manera expresa que “es importante modificar el modelo actual dando la oportunidad al médico de atención primaria de que determine cuándo tiene que hacer un seguimiento de la enfermedad de su paciente sin condicionarlo, como actualmente, a que semanalmente deba expedir un parte médico de confirmación de la baja.

A todas estas finalidades responde este real decreto, a través del cual se procede a regular también la expedición de los partes médicos de baja, confirmación y alta, de manera que, manteniendo el rigor en la constatación de la enfermedad del trabajador y de su incidencia en la capacidad para realizar su trabajo, ahorre trámites burocráticos y adapte la expedición de los partes médicos a los diferentes tipos de patología que pueden padecer los trabajadores del sistema de la Seguridad Social”. De este modo, la primera de las opciones será la de la baja con una duración estimada inferior a 5 días naturales con un único parte de baja y alta, a cuya fecha podrá el trabajador solicitar un nuevo reconocimiento con el objeto de continuar en la situación de IT mediante la emisión de un parte de confirmación. En segundo término, para una duración entre 5 y 30 días, con revisiones médicas para dar continuidad a la baja en los plazos previstos expresamente para ellos (7 días desde baja inicial y con una distancia máxima de 14 días entre los que se sucedan). Si la duración a puede alcanzar hasta los 60 días (por encima del margen anterior), la regulación es la misma que la precedente con la única diferencia de que el plazo entre partes de confirmación será de 28 días máximo. Por último, si la baja se estima por un tiempo superior a 61 días, la primera revisión se realizará dentro de los 14 días siguientes a la baja inicial y los siguientes partes de baja no más allá de 35 días entre uno y otro.

⁸ Y cuyo desarrollo se efectúa en el art. 2.2 RD 625/2014 y art. 2.3 OEES/1187/2015.

⁹ Sin querer profundizar excesivamente en el procedimiento, varios elementos son los que deben destacarse en la situación de IT respecto a las consecuencias que podría tener no continuar de baja: -El facultativo podrá emitir alta médica, de manera independiente a la estimación inicial, entre otras, cuando determine que el trabajador ha recuperado su capacidad funcional por curación o mejoría o por

alta, es porque ha pasado los correspondientes filtros para ello o, en alguna situación, se deriva de su propia inacción (por ejemplo, incomparecencia a la revisión), pero, no obstante, siguen existiendo unos mecanismos de garantía, de manera que el trabajador puede instar tanto la revisión administrativa como judicial del alta médica, pudiendo, en ese caso, obtener el reconocimiento a su situación de incapacidad funcional para el desarrollo temporal de su trabajo. En cualquier otro caso, a priori y salvo lo que se concluya posteriormente, el trabajador debe considerarse apto y en idéntica situación que sus compañeros para el ejercicio de sus funciones y sometido, por tanto, de igual modo, al ejercicio del poder disciplinario. Si bien, insistimos, todo ello puede ser matizado.

3.-LA AUSENCIA DE BAJA Y LA INCIDENCIA DE LA POSIBLE ENFERMEDAD COMO CRITERIO MODULADOR DEL PRINCIPIO GRADUALISTA

Partiendo de la posibilidad de que el trabajador no esté de baja, bien porque no se haya solicitado, bien porque ha sido dado de alta, debe reintegrarse a su actividad y/o desarrollar ésta de un modo eficiente. En este sentido, los deberes generales que alcanzan cualquier prestación laboral (art. 5 ET) obligan a ese cumplimiento exacto o adecuado del trabajo debido con los niveles de rendimiento exigibles, del mismo modo que, al no estar el trabajador de baja, tiene derecho a la percepción íntegra de su salario. Justamente esta última cuestión, la garantía a una remuneración que no debe verse afectada por elementos ajenos a la misma prestación, tiene que servir como punto de partida para fijar los parámetros de la causa prototípica de la relación laboral: el intercambio de servicios por salario. Si este intercambio se ve afectado por una prestación defectuosa, se rompe el equilibrio y puede, en algún caso, justificar una

propuesta de IT. Ello implica, de acuerdo con el procedimiento previsto, la revisión médica en los momentos oportunos y cuya incomparecencia, salvo supuestos excepcionales -v.gr. cuando exista justificación (art. 9 RD 624/2014) o por un error involuntario que denota la falta de intencionalidad por parte del trabajador, v.gr. STSJ País Vasco de 19 de febrero de 2013 (JUR 2013, 155002), vid. *infra*-, puede derivar también en alta.

-Transcurridos más de 365 días el control del proceso pasará al INSS, lo que será comunicado, en los plazos previstos en el último parte de confirmación que corresponda emitir al facultativo competente.

-El parte de alta se emitirá, tras el reconocimiento al trabajador, por el facultativo del servicio público de salud o sus inspectores médicos, del INSS o del IMS –en este supuesto son los únicos que pueden emitir una baja médica por la misma o similar dolencia en los 180 siguientes, reservándose, además, el control de la enfermedad- o bien, por el médico de la mutua cuando ésta se hubiera hecho cargo de la cobertura de las contingencias profesionales –además, cuando realizan la cobertura de la IT por contingencias comunes, pueden elevar propuestas de alta acompañada de la documentación que lo justifique y se resolverá por las unidades de inspección médica confirmando baja o emitiendo alta-. Y ello supondrá la finalización de la situación de IT, de manera totalmente independiente al hecho de que el trabajador pueda seguir haciendo uso de la asistencia sanitaria que le sea preciso y que se mantiene como derecho del mismo en su calidad de beneficiario (art. 6 OEES/1187/2015).

-De los citados partes, el médico que los expida debe entregar al trabajador dos copias para su tramitación del proceso, haciendo entrega de los mismos según los plazos establecidos para ellos (3 días para la baja y 24 horas para el alta en términos generales).

-En todo momento, sea el INSS, el ISM o la mutua correspondiente mediante el acceso a los datos obrantes en el expediente del trabajador, con las limitaciones y términos establecidos en la normativa reguladora, sean los servicios competentes para la realización de los controles previstos en el art. art. 8.1 RD 625/2014, se podrá corroborar el estado de salud del trabajador y el mantenimiento de los hechos o situación que generó la IT. Así, únicamente un completo razonamiento médico justificaría la continuidad de la situación de IT. Para ello, y como mecanismo de refuerzo de control se dispone que en aquellas bajas cuya duración se estime superior a los 30 días y cuya gestión descansa en el Servicio Público de Salud, desde el segundo parte de confirmación (o cuando se acumulen en número de dos) deberá aportarse un informe médico complementario por el facultativo o inspección que justifique la necesidad de mantener la situación de baja (art. 4 RD 625/2014).

ruptura del vínculo laboral de manera unilateral por incumplimiento de una de las partes.

No obstante, no siempre está presente la voluntad del trabajador de cometer un incumplimiento. Y parece ocioso repetir que si no hay incumplimiento no hay despido disciplinario. En este sentido, puede hacerse presente en un proceso de estas características una enfermedad que tomaría el protagonismo suficiente como para afectar la calidad de la prestación laboral desarrollada. El ejemplo más claro de ello y con base legal sería en el supuesto en el que el trabajador no mantiene la situación de baja al no emitirse parte de confirmación, sino de alta y, sin embargo, no pierde el derecho a la asistencia sanitaria que precise como consecuencia de la enfermedad que padece pero que no le incapacita laboralmente.

En este sentido, deben distinguirse dos situaciones que merecen un tratamiento separado: de un lado las personas que padecen alguna discapacidad pero compatible con la posibilidad de trabajar y las personas que adolecen una enfermedad que temporalmente las limita pero no incapacita.

a) Personas con discapacidad.

Llegados a este punto, una situación especial que tiene su encaje es la de las personas que acreditan un grado de discapacidad pero que resulta compatible con un trabajo por cuenta ajena. Debe decirse, al respecto, que el derecho a una pensión no contributiva de Invalidez no excluye ni imposibilita la realización de actividades compatibles y que no denoten una distinta capacidad real para la prestación laboral distinta de la que se le ha acreditado. Aquí, sin embargo, hemos de adelantar que no se trata del mismo supuesto de enfermedad, ya que éste concepto no es sinónimo de discapacidad, ni tampoco su duración va en paralelo como ya quedó establecido en el marco comunitario en la Directiva 2000/78/CE¹⁰.

Si aludimos al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹¹, podemos encontrar una serie de medidas concretas de acción positiva para garantizar la igualdad en el empleo para este colectivo. Tomando como marco de referencia el art. 17 de tal texto legal, se encuentra una regulación general de herramientas de apoyo a la actividad profesional, algunas destinadas al mantenimiento a la reincorporación al empleo, pero, sin duda, la parte central la constituye su capítulo VI bajo la denominación “Derecho al trabajo”. El primer precepto de este capítulo, el art. 35, que regula las “Garantías del derecho al trabajo”, en un régimen de igualdad de oportunidades, se refiere, de manera expresa, a las condiciones de trabajo “incluidas las retributivas y de despido”, añadiéndose a continuación los supuestos que permiten identificar conductas de discriminación directa o indirecta. En todos ellos, existe un único efecto: la nulidad. Esto implica que si una conducta unilateral del empresario, como un despido, se considera discriminatoria por razón de la discapacidad, podría calificarse como nulo.

Ello no exige, sin embargo, la configuración de un trabajo exclusivo, especial y diferente, en todos los casos, para las personas con discapacidad, puesto que el mismo texto normativo, en su art. 37 reconoce entre los tipos de empleo para este colectivo el empleo ordinario, junto con el protegido o el autónomo. Y, a estos efectos, la sección segunda de este capítulo VI se destina expresamente a este Empleo Ordinario. Precisamente la integración en la vida normal de cualquier empresa o administración pública exige, por tanto, la “Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el

¹⁰ En sentido amplio: STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2016 (RJ\2016\2152).

¹¹ Cuyo ámbito subjetivo incluye a las personas que acrediten un nivel mínimo de discapacidad del 33%.

trabajo” (art. 40). Así, estas medidas obligan, en el marco de las limitaciones económicas razonadas, que se excluya un despido disciplinario de aquella persona que por razón de su discapacidad puedan ver afectada su prestación laboral si no se han llevado a cabo las medidas de adaptación o apoyo necesarias. Esto conlleva una lectura adicional: tal despido sería calificado como nulo, si resulta discriminatorio o procedente, si se acredita una justa causa, pero no así la improcedencia.

b) Personas con una enfermedad que le limita temporalmente pero no les incapacita

Al profundizar sobre este colectivo, debemos diferenciar dos posibilidades: la exclusión absoluta del despido de una persona enferma por discriminatorio (independientemente de que esté o no en situación de IT) y, en segundo lugar y, dependiendo de lo resuelto en la anterior interrogante, si la enfermedad puede actuar, como ya se ha planteado, como criterio excluyente del incumplimiento del trabajador.

La reciente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 3 de mayo de 2016 (RJ\2016\2152) realiza un análisis actualizado de esta materia, respondiendo a la primera de las preguntas, ya que, al analizar la doctrina del TC en sentencia 62/2008, de 26 de mayo (RTC 2008, 62)¹², concluyendo con éste que en tal proceso de despido, habrá trato discriminatorio “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”. No obstante, aquella sentencia del TC no consideró nulo el despido, basándose en que “la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que dicha enfermedad le incapacita para desarrollar su trabajo”. Ello implica que si se utiliza la figura del despido disciplinario, podría calificarse como improcedente por ausencia de causa –debiera utilizarse el despido objetivo-, pero lo esencial es la conclusión a la que debemos llegar: la enfermedad, de plano, no debe considerarse un elemento que excluya la utilización de la vía extintiva¹³.

A estos efectos, se remite a la STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048), en la que, precisamente, se distingue entre discapacidad y enfermedad para limitar el alcance de la nulidad por discriminación al primero de los conceptos¹⁴. Será, por tanto, como se insiste de manera expresa, en cada proceso de despido en el que tenga que analizarse la motivación empresarial, siendo posible que la incidencia de la enfermedad en el ámbito de la relación laboral no deba implicar una nulidad de la actuación extintiva. Lo que no choca, en absoluto con la jurisprudencia comunitaria que limita, de igual modo, la especial protección frente al despido, a los supuestos de discapacidad¹⁵.

¹² “Se cuestiona la posible discriminación por causa de un factor no listado en el precepto constitucional, cual es el estado de salud del trabajador; en concreto, la existencia de una enfermedad crónica que se discute si resulta o no incapacitante para la actividad profesional del trabajador. Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto (RTC 1983, 75), FJ 3 ; 31/1984, de 7 de marzo (RTC 1984, 31), FJ 10; y 37/2004, de 11 de marzo (RTC 2004, 37) , FJ 3)”.

¹³ Así, como la propia sentencia indica: “Tampoco es posible considerar el despido por enfermedad sin más cualificaciones como despido acreedor a la declaración de nulidad por violación de otros “derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador”.

¹⁴ “La enfermedad “en sentido genérico”, “desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo”, no puede ser considerada en principio como un motivo o “factor discriminatorio” en el ámbito del contrato de trabajo” (STS 29-1-2001 (RJ 2010, 2069).

¹⁵ STJUE de 11 de abril de 2013 (TJCE 2013, 122) reiterando la doctrina anterior: STJUE de 11 de julio de 2006 (TJCE 2006, 192).

Resta, por tanto, analizar si la enfermedad puede tenerse en cuenta para graduar la gravedad del incumplimiento del trabajador y evitar, por tanto, el despido disciplinario. A tal efecto, resulta ilustrativo el Auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 1 octubre 2015 (JUR\2015\282021), al distinguir dos supuestos resueltos en sentencias de contraste a los efectos de inadmitir la casación. Así, mientras que uno de los casos analizados resulta calificado como despido procedente por no haber justificado la inasistencia al trabajo por no haber presentado los correspondientes partes de baja ni haberse comunicado con la empresa, en el de contraste y objeto del recurso, se plantea la imposibilidad de un trabajador con un cuadro mental muy complejo, constando asistencia a servicios de salud e intento de suicidio, de presentar parte de baja. No obstante, en este supuesto, se entiende que “resultaba imposible calificar como incumplimiento contractual culpable, las faltas de asistencia al trabajo”, reiterando, de este modo, una doctrina ya tradicional en nuestra jurisprudencia aunque no absolutamente pacífica¹⁶, en la que destaca que el elemento clave es la propia enfermedad que justifica el posible incumplimiento¹⁷.

Hay una cuestión, que sin embargo, no se ha tenido presente para determinar el grado de incumplimiento como puede ser la inacción del trabajador ante un eventual error del sistema en la tramitación de la baja. Esto es, no se duda de la enfermedad del mismo, pero no se acredita la situación de IT. Ello ha sido planteado en el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 16 diciembre 2015 (JUR\2016\31519), en el que se reconocen diferencias entre la diligencia e inacción del trabajador frente a una conducta que sí es expresiva de un comportamiento que agota todas las posibilidades que tiene a su alcance. Concretamente, se alude a la sentencia invocada por el recurrente, la STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002 (r. 7569/2001) en la que se viene a establecer que “*las previsiones en materia de Seguridad Social... se refieren precisamente a ese ámbito pero no pueden extenderse a la debida justificación de las ausencias al trabajo cuando estas ya están debidamente justificadas. En el presente caso no puede exigirse a la trabajadora mayor diligencia que la mostrada ni puede entenderse que la justificación exigida a los efectos del art. 54.2 a) ET consista en validar el parte médico de baja para suspender su contrato de trabajo, cuya responsabilidad corresponde al facultativo del Servicio de Salud*”. Quedando excluido, por tanto, en estas situaciones, la culpa del trabajador y justificada la conducta del trabajador por su enfermedad.

Sea como fuere, lo anterior se trata de un elemento formal, pero seguimos teniendo que llegar al fondo. En este sentido, por una parte, se ha reiterado que una vez agotada la baja o emitida el alta existe la obligación de reincorporación y aunque el trabajador siga necesitando asistencia médica cabe la extinción por la conducta irregular de aquél¹⁸.

Por otra, y finalmente, se han planteado conductas ilícitas de los trabajadores que han pretendido ampararse en procesos patológicos. Sobre el particular ha fallado, entre otras, la STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 1611/2015, de 15 julio (AS\2015\2013). Hay que matizar, en cualquier caso, con carácter previo, que nos situamos aquí con la dificultad de acceder a casación en los supuestos de despido

¹⁶ Así, pueden citarse las SSTS de 18 de julio de 1988 (RJ 1988, 6171) o de 31 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8189), si bien es cierto que se han sucedido pronunciamientos en los que se exigía la comunicación a la empresa o la entrega de parte médico de baja para excluir incumplimiento, así, de ese mismo año puede citarse: STS de 2 de enero de 1988 (RJ 1988, 29).

¹⁷ V.gr. STSJ de Madrid de 18 de enero de 2014 (JUR 2014, 40805).

¹⁸ V.gr. pueden citarse: STSJ de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 1043/2015 de 6 octubre (AS\2015\1925) o STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 2359/2015 de 30 septiembre (JUR\2015\262249) y relativizando el incumplimiento por ser el retraso de un solo día: STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) n. 3763/2015 de 9 junio (JUR\2015\190793).

disciplinario dada la enorme causística, por lo que es un tema que ha encontrado alguna interpretación en la doctrina judicial como la sentada en la sentencia citada. El caso evaluado es el de una trabajadora que es objeto de un despido como consecuencia de la reiteración en actos de indisciplina o desobediencia, de enfrentamientos con sus compañeros y de actos contrarios a la labor encomendada. No obstante, funda tal conducta en un trastorno psicológico que incluso supuso un expediente sancionador anterior (suspendido por la empresa hasta su valoración médica) y que no ha querido tratarse con medicación. Lo determinante, en el fallo de la sentencia es que ha sido declarada apta para trabajar por el Servicio de Prevención de la empresa y que no ha obtenido baja médica por la Seguridad Social por entender que, aunque necesita tratamiento médico, la dolencia no le impide efectuar su trabajo.

Se concluye que no ha quedado exenta de sus obligaciones laborales, que su conducta es absolutamente irregular y subsumible en las causas de despido disciplinario del art. 54 ET, que se mantienen como consecuencia de la negativa de la trabajadora a tomar su medicación y a corregir tal situación y, en consecuencia, puede ser sancionada por aquella conducta. Viene a trasladar a este procedimiento laboral sancionador, los principios del Derecho Penal e invoca una presunción de inocencia del trabajador que debe ser destruida por la carga de la prueba que incumbe a la empresa. Siendo así, en el supuesto analizado y según queda acreditado en los hechos probados, la conducta de la trabajadora es constitutiva de una infracción laboral que, en absoluto queda justificada por la enfermedad señalada. Y todo ello, porque expresamente, tanto por los Servicios de Salud, como por los Servicios de Prevención se le considera apta para el trabajo, deduciéndose de ello, que la enfermedad no actúa como atenuante en la graduación de este despido.

A la misma conclusión había llegado con anterioridad, por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Málaga), de 29 de noviembre de 2012 (r. 1486/2012) introduciendo, sin embargo un elemento adicional, la ausencia de impugnación del trabajador del alta médica, lo que reitera la ausencia de justificación al no estar exento en ningún caso de sus obligaciones laborales sin que se haya mostrado disconformidad con tal hecho¹⁹. Esto implica una aceptación implícita por parte del trabajador en relación a su capacidad para trabajar y, por ende, su sometimiento a las facultades organizativas y disciplinarias de la empresa.

Para concluir, debemos afirmar, no obstante que existen dos premisas fundamentales: a) la enfermedad del trabajador no excluye la posible sanción por conductas irregulares cuando ésta no ha justificado una baja laboral; b) se trata de una materia absolutamente casuística y no puede decirse, de manera definitiva que la enfermedad no puede matizar la calificación del despido, más aún cuando ha sido objeto de discrepancias entre trabajador y Seguridad Social, si bien, como regla general, debe admitirse que el trabajador de alta, puede ser sancionado. No obstante, siempre queda la posibilidad del juzgador de valorar la gravedad de la conducta para calificar el despido mediante la valoración de los hechos y, entre ellos, la enfermedad del trabajador podría, como ha ocurrido en alguna ocasión –no presentación de partes de baja- eximir de responsabilidad a aquél.

¹⁹ En esta sentencia, que sugiere el título de la presente comunicación y en la que actué como ponente, la Sala llega a la siguiente conclusión: “En dicho período el actor se encuentra de alta, ha sido tratado de manera reiterada por conflictos de naturaleza mental y, en los momentos de crisis el demandante ha estado en situación de IT y, si no hubiera estado apto para el trabajo o bien habría continuado en dicha situación o se hubiera hecho acreedor de una situación de IP. No consta, sin embargo, impugnación de alta médica, ni inicio de procedimiento de solicitud de IP que hubiera razonado, de algún modo, que el estado mental del demandado no era el apropiado para el desarrollo de sus funciones”.