

ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL TRAS LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Legal and jurisprudential analysis of the termination of the employment relationship after the situation of temporary inability



Alumno: Rocío Carmona
Hernández.

Director: José Antonio
Soler Arrebola.

Trabajo Final de Grado
de Relaciones Laborales
y Recursos Humanos.
Facultad de Derecho.

Fecha: Junio 2019.

En este trabajo académico trataré de vincular dos figuras jurídicas realmente complejas, por un lado la situación de incapacidad temporal del trabajador y por otro lado la extinción contractual. También haré un análisis de las distintas y especiales vías de extinción de la relación laboral dadas habitualmente tras una situación de Incapacidad Temporal junto con las posibles y usuales calificaciones judiciales de estas extinciones laborales, en especial en el caso del despido, tanto en ámbito nacional como a nivel europeo.

In this academic work I will try to link two really complex juridical figures, on the one hand the situation of temporary incapacity of the worker and on the other hand the contractual termination. I will also make an analysis of the different and special ways of termination of the employment relationship usually given after a Temporary Inability situation together with the possible and usual judicial qualifications of these labor terminations, especially on dismissal, both nationally and at European level.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. ANÁLISIS PREVIO DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL.....	5
2.1 Definición, requisitos y situaciones protegidas.....	5
2.2 Duración, prorrogas y recaídas de la situación de Incapacidad Temporal	8
3.CAUCES ESPECÍFICOS DE EXTINCIÓN CONTRACTUAL TRAS LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL	11
3.1 Extinción de la relación laboral por declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.	11
3.2 Extinción contractual por no reincorporación del trabajador al puesto de trabajo tras el alta.....	14
3.3 Desistimiento empresarial tras no superar el periodo de prueba debidamente pactado y suspendido durante situación de Incapacidad Temporal	22
3.4 Procedentes despidos realizables al trabajador tras una situación previa de Incapacidad Temporal.....	25
3.4.1 Despido por causas objetivas. Ineptitud sobrevenida y faltas de asistencia....	26
3.4.2 Despido por causas disciplinarias.....	30
3.4.2.1 Disminución del rendimiento y faltas injustificadas.....	33

3.4.2.2 Transgresión de la buena fe contractual y abuso de la confianza en el desempeño del trabajo.....	36
A) Deberes mantenidos durante la situación de Incapacidad Temporal y actividades en consecuencia incompatibles.....	36
B) Actividades consideradas compatibles con la situación de Incapacidad Temporal.....	41
4. INCAPACIDAD TEMPORAL PERSISTENTE, DISCAPACIDAD, DESPIDO Y DISCRIMINACIÓN, ¿NULIDAD O IMPROCEDENCIA DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL?.....	42
5. CONCLUSIONES.....	52
6. BIBLIOGRAFÍA.....	56
7. JURISPRUDENCIA.....	59

ABREVIATURAS

TRLGSS	Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social	ET	Estatuto de los Trabajadores
nº.	Número	STS	Sentencia del Tribunal Supremo
IT	Incapacidad Temporal	STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
RRL	Relacione/s Laboral/es	STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
RD	Real Decreto	CCAA	Comunidad Autónoma
SPS	Servicio Público de Salud	art./arts.	Artículo/Artículos
MCSS	Mutua Colaboradora con la Seguridad Social	SAS	Servicio Andaluz de Salud
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social	TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
EVI	Equipo de Valoración de Incapacidades	STSJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil	pág./págs.	Página/Páginas.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo académico trataré de examinar dos figuras jurídicas ciertamente complicadas en cuanto a su estudio teórico-práctico, por un lado analizaré la situación contractual suspensiva de IT especialmente regulada y protegida por el Derecho de Seguridad Social, y por otra parte trataré de asociar esta situación jurídica indudablemente controvertida con otra situación aún más compleja como son las posibles vías de extinción contractual enmarcadas y reguladas por el Derecho del Trabajo.

He querido estudiar esta cuestión debido a que es una situación que surge con habitualidad en la práctica (la extinción contractual tras una situación de IT), aun así, al no toparme con ningún marco regulador concreto que vincule y reúna las posibles y más frecuentes vías utilizadas para cursar extinción contractual tras cursar baja médica, ha surgido mi interés y curiosidad para tratar e indagar acerca de este tema. En esta materia cabría diferenciar ciertamente que no son iguales las causas extintivas de la situación y consecuente prestación de IT que los motivos existentes viables, lícitos y debidamente recogidos legalmente para poder cursar extinción contractual (a instancias del trabajador o bien a instancias de la parte empleadora). Lo cierto es que nunca se podrá fundamentar la extinción contractual ni directa ni indirectamente en la propia situación de IT, no permitiéndose esta causa bajo ningún concepto, y pasando a ser finalmente calificada esta extinción (si se impugnara, en instancias judiciales) como nula por haberse fundado esta un móvil ciertamente ilícito incluso con matices discriminatorios. Aun no pudiendo fundamentarse la extinción en la misma situación de IT, destacan en la práctica ciertas vías desconocidas pero lícitas siendo estas viables para cursar extinción contractual tras una situación previa de IT, cauces de extinción no recogidos ni recopilados como tal (como típicos cauces extintivos surgidos comúnmente tras una previa situación de IT) en ninguna legislación nacional. En esta materia, estas maneras extintivas citadas que trataré de analizar podrán ser; la extinción de la relación laboral por declaración de una Incapacidad Permanente (en un grado incompatible con el trabajo, y cuando no medie carácter revisable en la declaración de incapacidad), el desistimiento contractual durante el periodo de prueba que podrá ser suspendido durante la situación de IT, la extinción contractual fundada en la no reincorporación del

trabajador a su puesto de trabajo tras el alta cursándose principalmente el abandono del puesto de trabajo o bien la figura de la dimisión o renuncia, tramitar algún despido objetivo fundado en la ineptitud sobrevenida y faltas de asistencia al trabajo (aun siendo estas justificas), o bien cursar despido disciplinario por motivos de disminución del rendimiento y faltas injustificadas o alegando transgresión de la buena fe contractual y abuso de la confianza en el desempeño del trabajo.

A su vez, en este estudio he tratado de analizar cada uno de estos métodos extintivos ya citados, y en especial la figura del despido como vía unilateral de extinción contractual a instancias de la parte empleadora. Extinciones de las cuales muchas se han impugnado llegando estos asuntos a nuestros tribunales tanto nacionales como europeos, estableciéndose doctrina jurisprudencial al respecto. Así pues, procederé a realizar una pregunta al aire que trataré de responder a lo largo del trabajo ¿Destacará la procedencia, improcedencia o nulidad en la calificación judicial de la extinción contractual dada tras una previa situación de IT?

2. ANÁLISIS PREVIO DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

2.1 Definición, requisitos y situaciones protegidas.

La IT trata de una situación en la cual el trabajador, a consecuencia de una alteración de la salud, requiere de asistencia sanitaria, imposibilitándole por ende el poder continuar realizando su actividad laboral. Incapacidad de trabajar citada que, siempre deberá tener, a diferencia de la incapacidad permanente, un carácter transitorio y nunca definitivo¹.

Durante esta situación de IT quedara suspendida la relación laboral, quedando en consecuencia igualmente suspendidas las obligaciones de ejercer trabajo y remunerar. El trabajador a su vez, durante esta situación citada, quedará protegido por la Seguridad Social pudiendo tener en consecuencia el derecho a percibir un subsidio para hacer frente a la situación de pérdida de salario derivada de la imposibilidad de trabajar. Subsidio sujeto que estará sujeto a determinados requisitos de acceso para el

¹ Situación de Incapacidad Temporal regulada en el art 169 y siguientes del TRLGSS

beneficiario², que variarán en función de la distinta situación protegida o contingencia determinante de la IT. Al respecto, la IT podrá ser cursada o bien por contingencias profesionales derivando esta situación de un accidentes o enfermedad profesional³, o bien por contingencias comunes (accidente o enfermedad no laboral).

Se considerarán situaciones determinantes y protegidas a efectos de cursar la IT tanto las debidas a enfermedad común o profesional como los accidentes sean o no estos de trabajo, a su vez se protegerán los periodos de observación derivados de enfermedad profesional como situación también determinante a efectos de cursar la situación de IT en función de lo expresamente dispuesto en el art 169.1 TRLGSS.

En esta materia a su vez, cabría destacar tres elementos como esenciales para poder cursar la situación de IT; la alteración de la salud, el impedimento de trabajar y la percepción de asistencia sanitaria. Situación incapacitante a su vez, generalmente incompatible con el trabajo, impidiéndose en los casos de cursar IT y durante esta el ejercicio de toda actividad laboral. No obstante, en los particulares casos de pluriactividad (ejercicio de más de un trabajo con afiliación a regímenes diferentes), al venir ejerciendo trabajador al mismo tiempo dos o más actividades totalmente distintas, se podrá admitir la situación de IT para uno de los trabajos y a su vez ser esta situación compatible (la lesión, enfermedad, incapacidad) con la prestación de trabajo en otro de distinto régimen⁴.

En relación con lo anterior, se destaca que, no se encuentra en la actualidad una definición literal o conceptual de la situación de IT en el TRLGSS, solo siendo tratada en esta normativa la definición y la enumeración de las distintas situaciones

² Requisitos entablados en el art 172 TRLGSS; Beneficiario que deberá estar en situación de alta o asimilado al alta, cursar baja médica y recibir asistencia médica durante el proceso, también deberá tener una carencia de un periodo mínimo de cotización de 180 días en los últimos 5 años para el caso de enfermedad común.

³ Listado de enfermedades profesionales expresamente recogido y regulado en el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J y VILCHEZ PORRAS, M y ALVAREZ ALCOLEA, M y VAL TENA, A.L y GUTIERREZ PÉREZ, M. *Lecciones de Seguridad Social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2017, pág.187.

determinantes de IT, junto con la prestación consecuenta, el tiempo de duración de esta y, los criterios para su cómputo⁵.

Por ello, existe relevante doctrina jurisprudencial que trata de definir esta situación tratada , destacando algunas sentencias como lo son la STJS de Andalucía/Málaga de 25 de Marzo de 1991 y 31 de Mayo de 1991⁶ que conceptualizan la situación de IT como aquella *“Situación de necesidad consistente en padecer una incapacidad para el ejercicio de la actividad lucrativa que se viniera desempeñando, originada por enfermedad común, accidente laboral o no laboral, enfermedad profesional, que coincida con la percepción de asistencia de Seguridad Social y siempre que la incapacidad no tenga carácter permanente, ni exceda del límite temporal que se determina”*. Situación de IT que otros autores también definen desde una perspectiva proteccionista, derivada de una situación de necesidad, considerando en consecuencia como IT aquellas situaciones *“Que tienen por objeto cubrir las necesidades que se derivan para quien, basada su posibilidad de subsistencia en las rentas que percibe ve afectada su salud (por cualquier causa) en un grado tal, que, al imposibilitarle el ejercicio de su actividad lucrativa, anula temporalmente su capacidad de ganancia”*⁷.

⁵ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*. Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, pág 10. BLASCO LAHOZ, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO M^a.A., *Curso de Seguridad Social II. Prestaciones*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs.: 411 y 412. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 29.

⁶ VILLA GIL. L.E Y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág 484; y MANRIQUE LÓPEZ, F., *Manual de derecho de la Seguridad Social*. Ed. Deusto, Bilbao, 1984, página 400.

⁷ TEJERINA ALONSO, J.L., «Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma General de la Seguridad Social», *Revista de Seguridad Social*, n^o6, 1980, pág 40.

2.2 Duración, prorrogas y recaídas de la situación de Incapacidad Temporal

Para hablar de la dinámica de la situación de IT, cabría analizar cuando nace esta situación, la duración posible de la IT y, cuando y por qué motivos se podría extinguir esta situación citada.

En cuanto al nacimiento de la situación de IT, este surgirá con carácter automático desde la emisión, a criterio y por parte del facultativo médico correspondiente del parte médico de baja, sin necesidad de requerimiento de solicitud por parte del trabajador.⁸. En este ámbito destacan los casos de bajas médicas derivadas de contingencias comunes (enfermedad común o accidente no laboral), en los que, aun naciendo IT desde el día de la baja y emisión del parte médico de baja por parte del SPS, se establecerá un plazo de espera de tres días como mecanismo antiabsentismo para poder iniciar el derecho del trabajador al subsidio económico⁹.

En cuanto a la duración de la IT, se deberá de tener en cuenta el carácter transitorio o temporal de la situación citada, sujeta a unos plazos máximos de duración debidamente establecidos en el TRLGSS. Esta situación podrá tener, con carácter general una duración inicial de 365 días naturales, variando este periodo en los procesos de IT derivados de enfermedad profesional. En los últimos casos citados de enfermedad profesional, será necesario un periodo de observación inicial con un plazo máximo de seis meses prorrogables seis meses más cuando estos fueran necesarios para el diagnóstico y estudio de la enfermedad. Estos periodos de observación citados computarán a efectos del propio periodo máximo del proceso de IT del trabajador.

Una vez agotado el estadio inicial de 365 días, se podrá ampliar este periodo incapacitante mediante prorroga de 180 días más si se presume que, durante esta fase

⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J y VILCHEZ PORRAS, M y ALVAREZ ALCOLEA, M y VAL TENA, A.L y GUTIERREZ PÉREZ, M. *Lecciones de Seguridad Social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2017, op. cit, págs. 193 y 194.

⁹ Plazo de espera de 3 días en los que generalmente el trabajador en situación de IT no tendrá derecho ni a recibos de salarios ni a percibir prestación económica por IT, situación variable si mediante convenio colectivo se regula una mejora de la prestación consistente en abono de cantidades económicas a cargo de la empresa durante esos 3 días.

ampliada se le podrá instar al incapacitado alta médica por curación o mejoría. Esto implica una duración máxima del periodo de IT de unos 545 días naturales computados desde la fecha de baja médica, pudiendo dictarse inicio de expediente de incapacidad permanente a criterio del INSS tras agotarse dicho plazo máximo¹⁰.

Agotándose el plazo máximo de 545 días, se procederá a evaluar el estado del incapacitado a efectos de proceder a tramitar su alta o bien a efectos de cursarle una incapacidad permanente. Examen que deberá de realizarse en un plazo máximo de tres meses, prolongándose durante ese periodo de tiempo a su vez los efectos económicos de la IT.

También, aun habiéndose agotado dicho plazo máximo, podrá darse una última situación con carácter excepcional derivada de la existencia de expectativa a criterio del INSS de recuperación del incapacitado de su capacidad profesional. Situación dada ya entrando en el periodo de evaluación de 3 meses, tras consecuente examen en la cual podrá concederse una última prórroga extraordinaria, pudiendo demorarse por ello la calificación de Incapacidad Permanente durante 185 días naturales más de manera excepcional, sin que pueda ser rebasado en ningún caso el tope máximo de duración desde el inicio de la IT de 730 días. Situación excepcional citada, durante la cual no subsistirá la obligación de cotizar a la Seguridad Social hasta que no sea resuelto el expediente de Incapacidad Permanente¹¹.

A su vez, cabría destacar que, tras cursar alta de un proceso de IT previo, podrán surgir nuevas bajas por recaídas afectando y reanudando estas el periodo de duración del anterior proceso de IT. Se entienden por recaídas¹² de un mismo proceso de IT las nuevas bajas médicas producidas en los 180 días posteriores al alta, cuando estas deriven de la misma o similar patología a las bajas anteriores. En consecuencia, cuando

¹⁰ A efectos del cómputo de ese plazo máximo se tendrán en cuenta los periodos de observación derivados de enfermedad profesional si los hay y las posibles recaídas.

¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J y VILCHEZ PORRAS, M y ALVAREZ ALCOLEA, M y VAL TENA, A.L y GUTIERREZ PÉREZ, M. *Lecciones de Seguridad Social*. Ed. Tecnos, Madrid, 2017, op cit, págs. 194, 195 y 196.

¹² Recaídas expresamente reguladas en el art 169.2 y 174.3 TRLGSS.

medie recaída de un mismo proceso médico anterior, no se abrirá el cómputo de un nuevo proceso de Incapacidad Temporal, continuando la nueva baja por recaída el cómputo de tiempo del anterior proceso médico que, no habiendo agotado el plazo máximo de duración, será reanudado desde el día en donde la primera baja se quedó. Surgirá recaída en cualquier caso cuando las bajas previas fueran cursadas por enfermedad, dejando en un limbo legal los casos de accidente lo sea este laboral o doméstico. Esto es debido a que, se podría considerar imposible volver a recaer en la misma incapacidad temporal cuando el motivante de la primera baja médica fuera un accidente (volver a recaer en el mismo accidente). Por estos mismos motivos se viene estimando que, con carácter general, cuando la causa de la primera baja fuera un accidente de trabajo o un accidente no laboral no cabrá declaración posterior de recaída, sino una nueva IT¹³. No obstante, si se podrán considerar recaídas los casos de nuevas bajas derivadas de las mismas o similares dolencias, dadas en los 6 meses siguientes al alta médica y fundamentadas en la reproducción de secuelas derivadas del accidente o enfermedad¹⁴.

Para finalizar en cuanto al análisis de la duración de la IT, trataré acerca de la extinción de esta situación tratada. Existen, por ende, distintas causas extintivas de la situación de IT debidamente reguladas en el art 174.1 TRLGSS, pudiendo ser estos 5 motivantes los siguientes:

A) Extinción por el transcurso del plazo máximo de prestación previsto desde la baja médica. B) Extinción por alta médica o administrativa. C) Extinción por incomparecencia injustificada a reconocimientos o exámenes médicos establecidos por el SPS o bien por las MCSS (en bajas derivadas de contingencias profesionales). D) Extinción por el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación. E) Extinción por fallecimiento. (Pudiendo los herederos reclamar los días de prestación generados y no disfrutados por parte del incapacitado).

¹³ JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág 70. FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*. Ed Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, op.cit, pág. 248.

¹⁴ GARCÍA NINET, J.I., «Sobre la interpretación extensiva de las recaídas en la Incapacidad Temporal». *Tribuna Social*, nº 53, 1995, pág 5.

3. CAUCES ESPECÍFICOS DE EXTINCIÓN CONTRACTUAL TRAS LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

3.1 Extinción de la relación laboral por declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

La IT como una de las situaciones protegida por el derecho de la Seguridad Social, con carácter general, tiende a ser la antesala de otra situación también protegida y delimitada como Incapacidad Permanente. Situación citada a la cual se accede generalmente agotando el plazo máximo de prestación de incapacidad temporal o bien, sin necesidad de agotar dicho plazo, siempre que exista una calificación por parte de los organismos médicos correspondientes que determinen una incapacidad del trabajador para el ejercicio del trabajo. A su vez en estos casos, la incapacidad deberá de calificarse con carácter permanente, en cualquiera de sus grados, sin que exista posibilidad de recolocación por parte de la empresa al trabajador incapacitado en otro puesto de trabajo compatible con su situación.

Además de lo ya citado, no todos los tipos de incapacidad permanente del trabajador derivarán en extinción contractual, no siendo viable está en los casos de calificación de una incapacidad permanente parcial, ni tampoco en los casos de estimación de secuelas permanentes no incapacitantes al trabajador tras un proceso de IT a consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Secuelas que derivarán en cualquier tipo de lesión permanente no incapacitante¹⁵ que a su vez, deberán de estar debidamente incluidas en un baremo¹⁶ establecido por la ley. Por el contrario, si supondrá extinción de la relación laboral la determinación de una situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo, o bien la determinación de gran invalidez.

¹⁵ Reguladas los arts. 201, 202 y 203 del TRLGSS.

¹⁶ Regulado en la Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes.

Con carácter general, estos casos ya citados derivarán en una extinción contractual, sin perjuicio de que pueda existir la posibilidad de reconocimiento de una incapacidad permanente con carácter revisable. Por esta especial situación revisable se originará una consecuente suspensión y no extinción de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo durante un plazo máximo de 2 años¹⁷. Estos casos citados surgen porque a criterio del órgano calificador de incapacidades (EVI) se prevé una mejoría de la situación por la cual mediará una revisión por mejoría, teniendo que necesariamente ser esta prevista, determinada y/o consignada en la resolución del INSS que declare la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. Revisión con fines de una futura reincorporación al puesto de trabajo, siendo esta obligatoria en los casos en los cuales por mejoría se determinase aptitud para el ejercicio del trabajo, y a su vez y en consecuencia, siendo también obligatoria y necesaria una reserva del puesto de trabajo al incapacitado por parte de la empresa durante la situación suspensiva citada.

Esta viabilidad de suspensión contractual reconocida en el ET solo será posible cuando exista resolución declarativa del INSS que expresamente inste en un plazo no vinculante inferior a 2 años revisión por mejoría al incapacitado, o bien cuando, declarada esta situación de incapacidad permanente por sentencia judicial no firme, se establezca con posterioridad por parte del INSS este plazo de revisión, ya que, una vez esta sentencia obtenga firmeza sin mediar declaración de revisión de mejoría, lo será esta resolución judicial firme a todos sus efectos quedando consecuentemente extinguida la relación laboral en aras del art 49 e) ET.

Revisión de incapacidad permanente calificada como revisable que, podrá surgir a su vez a propuesta de las MCSS en plazo y forma en los casos derivados de contingencias profesionales que le competen cuando prevean o prueben falseamiento, simulación o exageración de la incapacidad permanente por causas inviables a esta como el trabajo

¹⁷ Causa de suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo regulada en el art 48.2 ET Trabajadores « *En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.*»

del incapacitado o, que lo sea este en profesiones incompatibles con su situación incapacitante para casos de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Al respecto, no solo podrá instarse revisión durante la situación suspensiva revisable, sino también podrá esta darse incluso con posterioridad a la suspensión contractual, una vez declarada la situación de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, solicitándose de oficio por parte del incapacitado generalmente con fines de una búsqueda de revisión de grado por motivos de agravamiento.

En relación a esto cabría también destacar la posibilidad de que, a su vez, por convenio colectivo pueda serle reconocido al trabajador incapacitado con carácter definitivo del derecho a una extinción indemnizada, o bien, que existan determinados pactos de recolocación como novación contractual en supuestos de determinación de incapacidad permanente total para la profesión habitual. Pactos siempre condicionados a la existencia de un puesto de trabajo vacante y apto tanto física como psíquicamente para el desempeño del trabajo del sujeto en situación de incapacidad permanente. Por estos motivos no podrá surgir con carácter automático este tipo de novación jurídica debiendo quedar por ello el contrato de trabajo suspendido desde la solicitud de recolocación a la determinación final de esta. Esta citada situación surge debido a un necesario análisis previo tanto de los puestos de trabajo vacantes como del riesgo de estos que se requiere para una correcta recolocación. En estos supuestos decaerá la carga de la prueba de la inexistencia de puesto alternativo adecuado para la parte empleadora ya que, esta es la principal conocedora de los puestos de trabajo existentes y de sus características, junto con la disponibilidad de vacantes, teniendo en esta materia mayor facilidad y disponibilidad probatoria (Art 217.6 LEC).

En estos casos en los que exista obligación convencional de recolocación en otro puesto de trabajo disponible y compatible para el trabajador calificado como incapacitado permanente, si surge negativa empresarial y por ello incumplimiento y extinción contractual, el trabajador podrá cursar demanda por despido¹⁸. Si la empresa en cambio deniega la recolocación del trabajador a otro puesto funcionalmente compatible, argumentando causa de inexistencia de vacante adecuada a cubrir, o, posponiendo la

¹⁸ STS 03/05/2007 (R. 5165/2005).

recolocación al juicio de revisión sobre su capacidad, el trabajador podrá discrepar y reaccionar frente a esta acción e impugnarla mediante una mera demanda declarativa de derechos en el plazo de 1 año establecido en el art 59.2 ET¹⁹. En los casos de reincorporación del incapacitado a su puesto de trabajo por mejoría de la Incapacidad Permanente, computarán los años de suspensión como antigüedad en la empresa.

En resumen y de manera general, la declaración de incapacidad permanente se considerará previsiblemente definitiva, por lo que supondrá una consecuente extinción contractual. A su vez, el legislador dispone la posibilidad de establecer una misma declaración de incapacidad permanente junto a la cual se indique fecha aproximada de revisión futura por posible mejoría (incapacidad permanente revisable), y, por ello derivativa de una suspensión y no extinción, con carácter temporal, de la relación laboral.

3.2 Extinción contractual por no reincorporación del trabajador al puesto de trabajo tras el alta.

El trabajador en situación de IT al cual posteriormente le emitan alta o bien, que tras cursar la situación de IT le sea denegada la Incapacidad Permanente con consecuente alta médica o administrativa, deberá de reincorporarse a su puesto de trabajo con carácter general, al día siguiente del alta o, cuando está expresamente indique fecha de efectos. En este sentido para dar por finalizada la situación de IT podrán darse distintos tipos de altas, pudiendo surgir las siguientes²⁰ :

A) Alta por curación. B) Alta por fallecimiento. C) Alta por la Inspección Médica. D) Alta por Informe Propuesta de una Incapacidad Permanente antes de los 365 días. E) Alta por mejoría (mejoría clínica implique o no curación, pero, que le permita al paciente poder reincorporarse a su trabajo, aunque no se haya dado por finalizado su tratamiento médico.). F) Alta por incomparecencia (sin causa justificada a los exámenes,

¹⁹ STSJ Navarra 08/05/2007 (R. 8/2007).

²⁰ Según datos recogidos en la página web oficial de la TGSS: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10952/28362/28368>

pruebas, reconocimientos y/o revisiones médicas establecidas). G) Alta por inspección del INSS en casos de recaídas por igual o similar patología en los 180 días siguientes de la baja anterior. H) Alta Administrativa por agotamiento de plazo, a control del INSS (tras 545 días) con o sin declaración de Incapacidad Permanente.

En esta línea, en el caso de no reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo tras el alta, las faltas de asistencia lo serán injustificadas, con la posible, general, práctica, consecuente y siempre voluntaria decisión empresarial de proceder a cursar la extinción de la relación laboral.

Para el caso en el cual el trabajador no se reincorporase a su puesto de trabajo tras el alta médica o administrativa es aconsejable el contacto con este por parte de la empresa a efectos de comunicación de su deber de reincorporación para así poder tomar medidas procedentes al respecto en el caso de negativa de reingreso. Ante la negación verbal, expresa o tácita de reincorporación por parte del trabajador a la empresa, siempre que medien pruebas pertinentes²¹, se podrá cursar el inicio de extinción de la relación laboral, principalmente por vía de tres posibles métodos comúnmente utilizados en la práctica tales como; cursar la extinción contractual por abandono (tácito) del puesto de trabajo por parte del trabajador, tramitar la extinción por dimisión o renuncia voluntaria (bajas voluntarias o las dimisiones tácitas) a instancias del trabajador, o bien, iniciar despido por causas disciplinarias.

En primer lugar, se podrá tramitar la extinción por abandono del trabajador en el caso en el que, tras contactar con este o intentarlo no se reincorporase voluntariamente a su puesto de trabajo sin mediar comunicación ni causa justificable tras un plazo comúnmente utilizado de 3 días. El abandono se viene entendiendo y materializando en la práctica con *«una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, que no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por*

²¹ El Tribunal Superior de Justicia (STSJ Madrid de 08/06/2017 (R. 273/2007) reconoce los mensajes de Whatsapp como prueba viable de dimisión tácita tras el popular caso de una trabajadora que tras serle negada una invalidez y darle alta, tras comunicarle la empresa su reincorporación se niega a volver a su trabajo tras alegar por Whatsapp a su jefa que no está en condiciones para desempeñar alguna actividad laboral. La trabajadora muestra su negativa de continuar su actividad laboral con mensajes textuales como “no me puedo incorporar”, “haced lo que tengáis que hacer”, “estoy en trámite con abogados” o “lo llevaré por la vía judicial”.

dimisión; sino que, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato»²².

En segundo lugar, podrá tramitarse una dimisión o renuncia voluntaria en los casos en los que exista negativa verbal o expresa de reincorporación del trabajador tras su alta médica (figura jurídica tratada que precisa consentimiento claro e inequívoco, así como de una voluntad consciente, intencionada, clara y decisiva del trabajador de no reincorporarse al trabajo), renunciando por ende su puesto de trabajo, y pudiendo proceder por tanto a cursar la extinción contractual a instancias del trabajador por dimisión, usualmente a través de la figura jurídica de la ``baja voluntaria``. A su vez estas, deberán de incluir el preaviso correspondiente por parte del trabajador debidamente señalado por contrato, convenio colectivo aplicable o, por la costumbre del lugar, pudiendo sancionarse en caso de incumplimiento de este con las consecuencias recogidas legalmente por los daños y perjuicios causados (Art 49.1.d) ET). Para los casos en los cuales el trabajador curse dimisión o renuncia voluntaria no respetando el plazo de preaviso establecido legalmente, nacerá la figura de la dimisión tácita con iguales requisitos y consecuencias que la dimisión común tratada.

Figuras jurídicas extintivas muy afines que se tienden a confundir (abandono y dimisión), habiendo un nexo de unión entre ambas, el de una existencia de voluntariedad por parte del trabajador de proceder a extinguir la relación laboral. Por otro lado, la principal diferencia entre ambas figuras es la de exigirse legalmente un necesario plazo de preaviso en los casos de cursarse dimisión (expresa o tácita), entendiéndose no necesario este plazo (preaviso) por ende en casos de abandono del puesto de trabajo al surgir como una especial acción de ruptura de la relación laboral brusca y consciente regulada de una manera limitada en el art 21.4 ET al tratarse esta figura de abandono dentro de los pactos de permanencia en la empresa²³.

²² STSJ Galicia de 13/10/2014 (R. 2754/2014).

²³ Referida la figura de abandono en el art 21.4 ET en la cual se indica lo siguiente «*Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará*

En tercer y último lugar, podrá ser considerada la excesiva demora de reincorporación y, la reiteración injustificada de faltas de asistencia al trabajo como faltas muy graves valorables y graduables en función de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable²⁴, e, iniciar el curso de un procedente despido por causas disciplinarias por los motivos ya expuestos²⁵.

Con relación a lo anterior, existe una línea divisoria a la hora de entender si las faltas de asistencia injustificadas al trabajo tras tramitar el alta médica o administrativa son consecuentes de proceder a cursar dos figuras jurídicas extintivas distintas pero muy afines en la práctica. Por un lado y en este sentido cabría preguntarse si podría aplicarse la figura jurídica de extinción por abandono tácito del puesto de trabajo (cuando media voluntad extintiva por parte del trabajador) o bien, si existiría incumplimiento disciplinario laboral (sin mediar fines extintivos por parte del trabajador), sancionable mediante extinción contractual a través de despido disciplinario. Se trata por tanto de distintas figuras jurídicas extintivas, y podrán cursarse una u otra, en función de la existencia o no existencia de prueba que fundamente voluntad de extinción contractual por parte del trabajador en la no reincorporación a su puesto de trabajo tras el alta.

Cuando exista citada voluntad extintiva por parte del trabajador existirá abandono del puesto de trabajo, en cambio, no probándose esta voluntad extintiva pero sí la no asistencia continuada del trabajador a su trabajo de manera voluntaria surgirá incumplimiento contractual por parte de este (el trabajador), pudiendo ser sancionado mediante despido disciplinario, debido a las faltas de asistencia continuadas e injustificadas a su puesto de trabajo. Al respecto, la carga de la prueba acerca de justificar la intención del trabajador de dar por extinguida la relación laboral, derivará hacia la parte empleadora, debiendo la empresa de acreditar la intencionalidad extintiva

siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.»

²⁴ Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo recogido como incumplimiento contractual viable de despido por causas disciplinarias, regulado en el art 54.2.a) ET.

²⁵ Famosa STS de 27/05/20013 (R. 1291/2012) que entiende el despido por parte de la empresa al trabajador de forma disciplinaria y sin derecho a indemnización alguna al demorarse cinco días en la incorporación tras el alta médica por denegación de una Incapacidad Permanente.

del trabajador, en cuanto a que este (el trabajador) tenía conocimiento del alta y de su deber de reincorporación al trabajo, pero también deberá probar que expresa o tácitamente el trabajador manifestó su intención extintiva mediante abandono. En este sentido, se viene argumentando jurisprudencialmente que para que medie voluntariedad del trabajador como factor esencial en su decisión unilateral de extinción de la relación laboral, y como causa extintiva para poder cursar dimisión o abandono, no se requiere que estas figuras se ajusten *«a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral»*. A su vez, se podrá probar voluntariedad unilateral y extintiva por parte del trabajador ante cualquier *«actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral»*²⁶ (STSJ Canarias de 16/03/2011 (R. 510/2010)).

No podrá considerarse abandono si habiéndose producido un despido la empresa intentara retractarse dejándolo sin efecto, en los casos en los cuales el trabajador antes de la retractación hubiera impugnado la extinción, surgiendo negativa por parte de este de reincorporarse hasta que no exista un pronunciamiento judicial sobre el despido²⁷, tampoco en casos de no reincorporación del trabajador tras resolución negativa del expediente de incapacidad permanente cuando continuase tras ello en situación de IT²⁸. En cambio, si se vienen interpretando judicialmente como dimisión voluntaria del trabajador los casos de agotamiento del plazo máximo de IT cuando tras estos, el trabajador ni se reincorporase al trabajo ni constase declaración de Incapacidad

²⁶ Notas características para que se dé voluntariedad del trabajador como factor esencial y como motivante extintivo para cursar dimisión o decisión unilateral de extinción de la relación laboral, en relación a la doctrina unificada. STSJ Asturias de 12/03/2019 (R. 95/2019), STSJ Galicia de 08/03/2019 (R.4728/2018) , STS de 15/09/2010 (R. 3515/2009), STS de 04/03/2010 (R. 3107/2009), STS de 10/02/2010 (R. 872/2009), STS de 30/09/2009 (R. 550/2009).

²⁷ STS de 20/11/2014 (R. 2116/2013).

²⁸ STSJ Madrid, de 19/01/2001 (R. 4551/2000).

Permanente²⁹. A su vez, cabría mencionar que, la dimisión preavisada del trabajador con posterior retractación es válida³⁰, y no aceptarla sin debida causa justificada equivaldría a un despido improcedente³¹.

Por otro lado, a criterio jurisprudencial, tendrán la consideración de despidos tácitos los casos en los cuales la negativa de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo tras el alta medie por parte de la empresa. Esta calificación lo será siempre que el trabajador al día siguiente del alta pretenda reincorporarse a su puesto de trabajo y no pueda por cualquier motivo imputable al empleador. Despido tácito que surge habitualmente en estas situaciones y que tiende a confundirse con otras figuras afines ya tratadas tales como la extinción contractual por voluntad del trabajador derivada de una dimisión o bien del abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador. La principal diferencia del despido tácito con el abandono del puesto de trabajo o con la dimisión, está relacionada al distinto sujeto que voluntariamente dispone de manera expresa o tácita la finalización de la relación laboral. En estas últimas figuras jurídicas tratadas (abandono y dimisión) la extinción contractual media por voluntad del trabajador, a diferencia de lo ocurrido en el despido tácito, en el cual la voluntariedad de la extinción contractual le será imputable al empresario.

El despido tácito, por lo tanto, deriva de un incumplimiento originario del empleador (en este caso negarse a la reincorporación del trabajador tras el alta por cualquier causa injustificada), que se viene a transformar por ende en un acto extintivo de la relación laboral. Con este tácito acto extintivo se le facultará al trabajador a poder consecuentemente accionar frente al despido, por entenderse tácitamente este a consecuencia de la decisión (de no reincorporación) surgida de manera implícita por

²⁹ STSJ Murcia, de 15/01/2007 (R.1183/2006).

³⁰ ELORZA GUERRERO, F., «Sobre la retractación de la dimisión durante el período de preaviso». TEMAS LABORALES nº 110, 2011, págs. 243-255.

³¹ Siempre que sea reconsiderada su decisión mientras continúe la relación jurídica/laboral viva, durante el plazo de preaviso y antes de la fecha de efectos de la extinción de la RRL. STS de 17/07/2012, (R. 2224/2011).

parte de la empresa³². Cuando la intención extintiva del empleador se pueda interpretar de manera confusa (cuando no se medie intencionalidad por parte de la empresa como nota necesaria para cursar despido voluntario y a instancias de la parte empleadora), la finalización de la relación laboral por estos motivos deberá de fundarse en una extinción causal o justificada del contrato a instancias del trabajador³³. Extinción causal a instancias del trabajador calificado doctrinalmente como ``autodespido``³⁴, y teniendo en estos casos el trabajador derecho a las mismas indemnizaciones señaladas que las existentes para el despido improcedente³⁵.

Podrán por ende surgir ciertos casos en los cuales el trabajador decida no reincorporarse a su puesto de trabajo tras tramitarse su alta médica por considerarse no recuperado. Cuando la decisión de no reincorporación por parte del trabajador tras el alta derivase un despido u otras vías de extinción contractual ya citadas, este podrá accionar en vía judicial. En estos casos, el trabajador podrá actuar iniciando vía judicial mediante la impugnación de la extinción en tiempo y forma, pudiendo ser a criterio judicial, finalmente calificada la extinción como nula o improcedente con los consecuentes efectos de esta calificación regulados en el ET por surgir en consecuencia a estimación de altas médicas o administrativas indebidas³⁶.

Por otro parte, cabría también destacar que, tras el alta, el trabajador que no esté conforme con esta (con el alta) podrá accionar frente a ella con la principal intención de alargar la duración de la situación de IT y de una reincorporación al puesto de trabajo

³² PENDAS DÍAZ, B., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Ed. ACARL, Madrid, 1992, pág.111.

³³ Pudiendo encuadrar este incumplimiento empresarial como causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato en aras del art 50.1.c) por darse ante «Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados».

³⁴ STSJ Andalucía 09/06/2005 (R. 968/2005).

³⁵ Según dispone el art 50.2 ET.

³⁶ STSJ Navarra de 30/12/2009 (R. 254/2009), STSJ Islas Baleares de 10/03/2009 (R. 454/2008).

posterior. Al respecto y frente a esto, tras un alta, será viable analizar 3 distintas y posibles acciones a ejercer por parte del trabajador tales como; reclamaciones previas a la vía judicial contra altas³⁷, solicitud de revisión de altas ante el INSS³⁸, o bien, disconformidad contra el alta cuando esta sea emitida por el INSS desde el día 365 al 545 de baja³⁹.

Para el caso en el cual el trabajador deba de reincorporarse a su puesto de trabajo tras estimarse su alta aun notándose este no recuperado al completo, podrá solicitar el disfrute de sus vacaciones generadas y no disfrutadas durante el proceso de IT con la finalidad de una posterior incorporación al trabajo. Para poder disfrutar de las vacaciones con posterioridad al año que las genere, será independiente si la baja comenzó antes, durante, o, después del periodo de tiempo correspondiente a las vacaciones anuales generadas, pudiéndose por ello acumular las vacaciones para poder disfrutarse en años posteriores en caso de que exista una situación de IT que impida poder disfrutarlas en el año en curso que las genere, con el único límite temporal de no poder disfrutarse con posterioridad al alta en un plazo superior a dieciocho meses⁴⁰. En el caso de extinción contractual (fin de contrato temporal principalmente), estando el trabajador en situación de IT, las vacaciones generadas durante esta situación y no disfrutadas, deberán de incluirse como concepto de pago en el finiquito, y, a su vez, serán doblemente retribuidas por las MCSS cuando la IT derivase de contingencias comunes, Mutua a la cual le corresponderá asumir la prestación económica de incapacidad temporal mediante pago directo durante la situación de baja médica cuando durante esta surge extinción contractual⁴¹.

³⁷ Reclamación previa de altas reguladas en el art 71 de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social.

³⁸ Revisión de altas ante el INSS reguladas en el art 4 RD 1430/2009.

³⁹ Disconformidad al alta regulada en el art 170 de la Ley 8/2015 de 30 de octubre TRLGSS y art 3 del RD 1430/2009.

⁴⁰ Vacaciones generadas y no disfrutadas durante el periodo de IT reguladas en el art 38.3 LET.

⁴¹ Según las guías establecidas por la Subdirección General de Ordenación de las Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social tras instrucciones y base jurisprudencial en abril de 2008.

Cabría concluir en que, un proceso de IT finaliza, con carácter general con el alta médica o administrativa. En casos de que se estime el alta en un proceso incapacitante, el trabajador deberá de reincorporarse a su puesto de trabajo al día siguiente del alta o bien cuando está expresamente indique fecha de efectos. En relación con esto, la negativa de reincorporación del trabajador tras el alta por no considerarse curado ni apto para el ejercicio de su trabajo, podrá derivar en la extinción de la relación laboral. El trabajador al respecto podrá accionar frente al alta e impugnar estas si estima oportuno por alguna de las vías anteriormente citadas, sin olvidar que, también podrá accionar frente a despido o cualquier otro cauce de extinción contractual que derivase de esta situación

3. 3 Desistimiento empresarial tras no superar el periodo de prueba debidamente pactado y suspendido durante situación de Incapacidad Temporal

El periodo de prueba regulado en el art 14 ET se entiende por un periodo de tiempo optativo u opcional dado en la etapa inicial de la relación laboral, que deberá de ser incluido y aceptado por las partes en contrato a efectos de que este tenga validez. Se trata de un plazo regulado y especificado generalmente por convenio colectivo, variable en función de la cualificación del puesto de trabajo y de la duración del contrato de trabajo. Durante este periodo a su vez, ambas partes contractualmente unidas podrán rescindir la relación laboral sin mediar causa, preaviso ni indemnización alguna.

Siendo la finalidad principal del periodo de prueba la de que, por parte del empleador este pueda apreciar las aptitudes del trabajador en el desempeño del trabajo y, por parte del trabajador, poder este apreciar las reales condiciones de trabajo y aceptarlas de manera tácita si continuase con la relación laboral tras la superación del periodo de prueba, parece realista considerar que la situación contractual suspensiva derivada de la IT limita la posibilidad de verificar las ya citadas cualidades imprescindible para que se pueda consolidar la relación laboral. Al respecto y de manera lógica el legislador le brinda la posibilidad a las partes de que, mediante acuerdo bilateral, durante la suspensión contractual por incapacidad temporal entre otras causas, pueda ser a su vez suspendido este periodo de prueba, siempre y cuando se prevea y pacte esta situación normalmente en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo en aras del art 14.3

ET *«Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad de la persona trabajadora en la empresa.*

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, y adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.».

Se entenderá por tanto que, durante la situación de IT, con carácter general no se suspenderá el periodo de prueba, salvo pacto en contrario. Al respecto, cabrá analizar dos cuestiones esenciales en relación al desistimiento empresarial durante el periodo de prueba; la primera situación a tratar lo es para el caso de que exista pacto contractual de suspensión de este periodo durante la situación de IT, y, una segunda situación para el caso de no existencia de este pacto citado.

En esta línea, cuando al no existir pacto contractual no se vea suspendido el periodo de prueba durante la situación de IT, este periodo podrá seguir consumiéndose sin que quepa posibilidad de ampliación de este con posterioridad a la suspensión, pudiendo por ello surgir el desistimiento empresarial como vía de extinción contractual en aras de la parte empleadora aun durante la situación de incapacidad temporal del trabajador, siempre que esta situación pueda ser incluida en el marco temporal del periodo de prueba no suspendido⁴². Por estos motivos, se entiende que no existe impedimento necesario para que el empleador no pueda durante la suspensión del contrato por IT o baja médica iniciar la extinción de la relación laboral mediante desistimiento aprovechando que durante dicha interrupción se encuentra vigente el periodo de prueba⁴³.

Por el contrario, en caso de que exista pacto contractual, el periodo de prueba será suspendido durante los casos de suspensión contractual citados, reanudándose desde

⁴² FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *El Periodo de Prueba en el Contrato de Trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2014, pág 41 y ss.

⁴³ STS de 14/07/1986 (RJ 1986/4125).

donde se quedó cuando el trabajador sea dado de alta médica o administrativa y se reincorpore al trabajo, siendo viable el desistimiento tras la citada situación.

En cuanto a la suspensión del periodo de prueba durante la situación de IT, también tendrá efectos para el trabajador pudiendo este cursar baja voluntaria sin necesidad de mediar preaviso durante el plazo de prueba no suspendido, aun cuando este se encuentre en situación de incapacidad temporal, o bien, una vez sea dado de alta para los casos en los que si exista suspensión de este periodo durante la situación de IT.

La voluntariedad como característica fundamental de las relaciones laborales y particularmente relacionada a la parte trabajadora, fundamenta principalmente la baja voluntaria como vía de extinción contractual a instancias del trabajador. Acción citada (baja voluntaria) muy parigual o afín al desistimiento, que podrá surgir a su vez aún durante el periodo de prueba como también posible vía de extinción contractual. En relación a lo anterior, como situación peculiar, existe el atípico caso en el cual el trabajador no desea volver a reincorporarse a su puesto de trabajo y, voluntariamente cursa baja voluntaria estando en situación de baja médica o incapacidad temporal. Al respecto y frente a estas situaciones, el trabajador aún en situación de IT deberá de dar el preaviso correspondiente para cursar la baja voluntaria siempre que no se encuentre este en el periodo de prueba inicial. A su vez y en relación a esto, no será necesario comunicar la baja voluntaria estando en situación de alta, pudiendo ser agotado el tiempo de preaviso estando el trabajador en situación de IT o baja médica. Cuando el trabajador cursase baja voluntaria como vía de extinción contractual aún durante la situación de incapacidad temporal, este tendrá derecho a cobrar el finiquito correspondiente con conceptos tales como vacaciones generadas y no disfrutadas, junto con la parte proporcional del mes de salario y pagas extraordinarias si no las tuviese prorrateadas, pero nunca indemnización por despido o por finalización de contrato.

Una vez cursada la baja voluntaria el sujeto podrá continuar en situación de IT cobrando en consecuencia la prestación económica correspondiente por esta situación. Sin embargo, en estos casos, el sujeto no podrá continuar percibiendo las mejoras de prestación que por convenio colectivo hubiera tenido reconocidas y viniera disfrutando con anterioridad a la extinción contractual. El ya no trabajador, tras esta situación

extintiva mientras continuase en situación de IT, no proseguirá cotizando por conceptos tales como jubilación o incapacidad permanente en la situación de pago directo. A su vez, cuando le sea cursada alta médica o administrativa, no tendrá tampoco derecho ni a la prestación ni al subsidio por desempleo ya que, el acceso a estas prestaciones económicas solo será viable cuando la baja se haya producido de manera involuntaria⁴⁴ en los casos de extinción contractual a instancias de la parte empleadora por finalización de contrato temporal o por despido, no siendo por estos motivos recomendable cursar este tipo de extinción durante la situación de IT por los perjuicios ya citados⁴⁵.

3.4 Procedentes despidos realizables al trabajador tras una situación previa de Incapacidad Temporal.

En nuestro país, el despido como método de extinción de la relación laboral a instancias de la parte empleadora debe de fundamentarse en una causa a efectos de su posterior procedencia. Nuestro ordenamiento jurídico laboral fundamenta estos en base a distintas modalidades extintivas, argumentándose generalmente estos despidos en una finalidad de poder solucionar de manera óptima, a través de la extinción contractual, la incertidumbre tanto del entorno cambiante y con variables necesidades de mano de obra, como del complejo mundo de las relaciones laborales. Despidos generalmente fundados en la principal finalidad de poder reflotar o mantener la posición empresarial, para la cual la empresa deberá de tomar estas drásticas medidas, asumiendo así un menor número costes para poder por ello sobrevivir y consecuentemente, poder a su vez seguir manteniendo el empleo ya existente con anterioridad.

Existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico diversos motivos amparados como fundamento para poder despedir a un trabajador. Relacionando la situación de incapacidad temporal con la extinción de la relación laboral, no cabe alegar la IT como motivo extintivo. Al contrario, en la práctica, las vías y consecuentes motivos para

⁴⁴ Datos recogidos en la web www.sepe.es :

https://www.sepe.es/contenidos/personas/prestaciones/preguntas_frecuentes/requisitos/cobrar_prestacion_tras_baja_voluntaria.html

⁴⁵ MARTÍNEZ GIRÓN.J., «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo.» Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº6, 2002., pág 441 y ss.

poder despedir a un trabajador que viene precedido de un proceso de IT tras su alta médica tienden a acotarse, pasando a alegarse habitualmente motivos tales como la disminución del rendimiento del trabajador a consecuencia de una incapacidad temporal o baja médica, las faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero que superan un tope máximo establecido legalmente, o bien, la fundamentación del despido en causas disciplinarias siempre y cuando exista voluntariedad en la acción infractora por parte del trabajador.

A continuación, analizaré estos motivos que el ordenamiento jurídico le brinda al empleador para dar por finalizado el contrato de trabajo y que, podrían ser entabladas como típicas causas alegadas para despedir y dadas a consecuencia o tras la situación de incapacidad temporal. Despidos que deberán de fundamentarse en justa causa⁴⁶ para delimitar su procedencia, ya que, alegar causa injusta, ficticia o no argumentar causa, ampararía una valoración final de estos como improcedentes o nulos⁴⁷ con las consecuencias implicadas en ello y recogidas en el ET.

3.4.1 Despido por causas objetivas. Ineptitud sobrevenida y faltas de asistencia.

El despido por causas objetivas⁴⁸ es una de las vías de extinción de la relación laboral que la ley le otorga unilateralmente al empleador por motivos circunstanciales y en principio no intencionados por ninguna de las partes que conforman la relación laboral. Como requisitos mínimos y esenciales para la tramitación eficaz de este tipo de despido está la necesaria y formal comunicación escrita al trabajador por parte de la empresa manifestando la causa, junto con la puesta a disposición del trabajador de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio tal como expresamente recoge el art 53 del ET en su regulación de las formas y efectos de la extinción por causas objetivas.

⁴⁶ ALBURQUERQUE DE CASTRO, R. F., «Despido, Retiro y Justa Causa» THEMIS: Revista de Derecho, N° 11, 1988, págs. 21-26.

⁴⁷ Despidos valorados como improcedentes o nulos regulados en el ET (Título I, Sección IV).

⁴⁸ Despidos objetivos regulados en el artículo 52 del ET.

Dentro de las causas objetivas y extintivas del contrato de trabajo reguladas en el ordenamiento jurídico laboral se encuentran algunas que en la práctica se podrían vincular y utilizar tras una situación de incapacidad temporal del trabajador, en concreto analizaré de manera genérica los motivos que tratan la ineptitud sobrevenida y, las faltas de asistencia al trabajo.

La ineptitud del trabajador como motivo objetivo de extinción de la relación laboral regulada en el artículo 52.a) ET implica una incapacidad de este para ejercer correctamente las funciones que conforman su puesto de trabajo. Como característica esencial para motivar la extinción contractual, esta ineptitud deberá de ser sobrevenida o conocida por parte de la empresa con posterioridad al inicio de la relación laboral. En cuanto a las faltas de asistencia al trabajo aún justificadas pero intermitentes como motivo de extinción de la relación laboral reguladas en el art 52 d) ET, estas requerirán de un cómputo mínimo, no pudiendo derivar la extinción contractual por faltas de asistencia que no alcanzaren un 20% de las jornadas hábiles en un plazo de dos meses consecutivos, también estas faltas de asistencia al trabajo tendrán que alcanzar un cómputo total de un 5% de las jornadas hábiles en los doce últimos meses, o, de un 25% de estas en cuatro meses alternos dentro de los doce últimos meses previos al despido⁴⁹.

A su vez, el legislador incluye las faltas o ausencias relacionadas a una situación de incapacidad temporal dentro una variada casuística de límites que no podrán computarse a efectos de cursar este tipo de despido, junto con otros derivados de esta situación y expresamente recogidos en la ley no se computarán como faltas de asistencia *«Las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por*

⁴⁹ 4 meses alternos en el año anterior que han de computarse de fecha en fecha, no por meses naturales en función de lo dispuesto en la STS de 9/12/2010 (R. 842/2010)

la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.»⁵⁰.

Cabría por ende destacar que, la situación de incapacidad temporal en sí misma no podría constituir motivo de despido, pudiendo considerarse este por ello improcedente, nulo e incluso con matices discriminatorios. Por el contrario, cuando se motiva la extinción contractual tras la IT del trabajador en determinadas consecuencias derivadas de esta situación tal como la ineptitud sobrevenida del trabajador, sí podría proceder y de hecho se viene aceptando jurisprudencialmente como hecho objetivo causante del desistimiento contractual.

Vía extintiva que, únicamente podrá surgir tras cursar el trabajador alta médica o administrativa, pudiendo ser declarada el alta tras la situación de incapacidad temporal, tras denegación de incapacidad permanente o bien tras la declaración de una incapacidad permanente compatible con el trabajo. En conclusión, a lo ya tratado, se vienen aceptando como procedentes motivos de extinción de la relación laboral a instancias de la parte empleadora, las faltas al trabajo previas o posteriores a la IT por cualquier situación o motivo justificativo si estas lo son de manera continuada, siempre y cuando no cursen por alguna de las causas excluidas y limitadas por el legislador. A su vez, podrá motivarse como causa extintiva la ineptitud o incapacidad sobrevenida de esta situación de IT que le supongan al trabajador una pérdida de aptitud para el normal desarrollo del trabajo, siempre y cuando estas causas reúnan el conjunto de requisitos expresamente regulados en la ley⁵¹.

Con respecto a la ineptitud sobrevenida como motivante de extinción contractual existe una problemática tanto de delimitación como de amplia interpretación que ha sido

⁵⁰ Párrafo segundo del art 52 d) LET

⁵¹ El Tribunal Supremo viene conceptualizando el término ineptitud como ' ' *Inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador: bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.* ' '. STS de 20/01/2009 (R. 3759/2008), STS de 04/02/2016 (R. 1874/2015).

resuelta jurisprudencialmente, aplicándole una serie de condicionantes necesarios a esta situación que la doctrina ha ido estableciendo, con independencia de la causa concreta que la origina para que el fundamento de ineptitud proceda. Para que se origine un despido objetivo argumentando ineptitud sobrevenida, la jurisprudencia viene requiriendo a su vez las siguientes condiciones ⁵²:

A) La ineptitud deberá ser cierta y no simulada. B) Esta ineptitud deberá tener carácter general, es decir con relación a todo el trabajo y no a ciertos aspectos concretos. C) Ineptitud que debe de ser valorable en determinado grado y debiendo esta no aptitud inferior a la media normal en relación con cierto momento, lugar y, profesión. D) Se tendrá que referir esta situación al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo. E) Esta circunstancia deberá tener carácter permanente y no meramente temporal o circunstancial. F) La ineptitud para el ejercicio del trabajo tendrá que venir referida frente a la prestación laboral contratada y no sobre realización de otros trabajos distintos.

Para terminar, cabría destacar que frente a despidos objetivos alegando ineptitud, el trabajador podrá impugnar judicialmente, siendo la carga de la prueba en el derivado litigio para la parte demandada que tendrá que probar dicha ineptitud a efectos de declarar la procedencia de la resolución contractual. Los tribunales presumirán por tanto aptitud en el ejercicio de su profesión al trabajador que viene ofreciendo sus servicios a lo largo del tiempo, siendo el empleador quien deba de demoler citada presunción⁵³.

⁵² Según análisis jurisprudencial recabado en distintas sentencias acerca de las características que deben existir para que medie ineptitud en un despido objetivo. STSJ Asturias de 19/03/2019 (R. 85/2019), STSJ Castilla y León de 30/10/2018 (R. 671/2018), STSJ Castilla y León 03/10/2018 (R. 611/2018), STSJ Canarias de 14/09/2018 (R. 125/2018), STSJ Castilla y León de 12/07/2018 (R. 984/2018), STSJ Islas Baleares de 24/01/2019 (R. 454/2018).

⁵³ FITA ORTEGA, A., *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia 1997. pág 40.

3.4.2 Despido por causas disciplinarias. Disminución del rendimiento y faltas injustificadas y, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Otra de las causas legalmente previstas como vía unilateral y voluntaria de extinción contractual en aras del empresario, lo son estas por motivos disciplinarios, siendo este tipo de extinción contractual delimitado y caracterizado en el art 54 del ET. Estos motivos podrán fundamentar el despido cuando exista un comportamiento grave y culpable por parte del trabajador. Siendo definido doctrinalmente el concepto de ``culpable``⁵⁴ y de ``grave incumplimiento``, junto con ciertas situaciones en las cuales se podría aplicar esta extinción contractual por motivos disciplinarios.

Se trata de una situación derivada del poder de dirección empresarial en la cual se le permite a este ``adoptar decisiones sancionadoras de eficacia inmediata, sin necesidad de acudir a instancias judiciales para su imposición y efectividad``⁵⁵. Facultad en el marco de otorgamiento al empresario, por tanto, del poder de dictar instrucciones tanto genéricas como concretas, de modificación de contenidos pactados en la prestación laboral o, la facultad de vigilancia para el correcto cumplimiento de las obligaciones de sus trabajadores. En este sentido, aún durante la situación de incapacidad temporal de los trabajadores, el empresario mantendrá su poder de dirección no quedando este en total suspensión, y, amparado por los art 1.1, 5 y 20.4 ET.

Por lo cual el empleador podrá ejercer sus facultades de dirección en relación al trabajador aún durante la situación de IT siempre que le sea posible, surgiendo efectos con carácter general en el momento en el cual el trabajador en situación de baja médica sea dado de alta e incorporado a su puesto de trabajo⁵⁶.

⁵⁴ STS de 26/01/1987 delimita la culpabilidad como motivo determinante de la extinción contractual por causas disciplinarias, concurriendo esta cuando surge ``intención, como expresión sinónima de dolo o malicia, o, imprudencia en cuanto equivale a negligencia``.

⁵⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido: Análisis prácticos de los aspectos sustantivos y procesales*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2012, pág 20.

⁵⁶ STSJ Asturias de 15/03/2002 (R. 414/2001).

Mención especial cabe a esta facultad manifestada en el art 20.4 ET en el que se refiere expresamente que *«El empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.»*, en este sentido se manifiesta que el empresario podrá hasta un cierto límite controlar la veracidad de la situación de baja médica del trabajador incapacitado para su trabajo temporalmente, siempre y cuando este cuente con medios médicos garantistas suficientes y, a su vez, mientras no vulnere derechos tan fundamentales como lo son el derecho a la intimidad personal del trabajador. En este sentido, el empleador no podrá utilizar métodos de imagen y sonido o de grabación para controlar comportamientos de los trabajadores en su ámbito privado y fuera del centro de trabajo. La jurisprudencia viene analizando esta situación y, entendiendo que no se vulnerará el derecho de intimidad del trabajador cuando los medios de control de este deriven de pruebas de cualquier tipo tratadas en espacios públicos y dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, tal como recogen los art 18 y 20.3 del ET⁵⁷.

Para el caso en el cual exista simulación debidamente probada por parte del trabajador de la situación de IT, podrá iniciar el empleador una propuesta de alta al SPS y a su vez, podrá suspender los derechos económicos acordados contractual o convencionalmente en relación a las mejoras económicas voluntarias de la prestación. Suspensión de estas mejoras económicas de la prestación también posible para los casos en los cuales el trabajador se niegue a someterse al control empresarial de manera injustificada, sin que puedan en cambio verse afectadas por estos incumplimientos del trabajador obligaciones empresariales tales como el deber de continuar asumiendo los pagos

⁵⁷ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., «La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal del trabajador: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones». Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 110, 2011, pág 211.

delegados de la prestación económica, o, la obligación empresarial de continuar asumiendo las cotizaciones de los trabajadores durante la situación de IT⁵⁸.

En todo caso, aun existiendo facultades de control empresarial de la situación de IT, podrán surgir discrepancias entre los informes emitidos por los facultativos del servicio médico de salud y los informes empresariales, sin que se pueda verse por ello afectada la suspensión de la relación laboral por motivo de la IT. Por lo cual los informes médicos del empresario obtenidos por la vía del art 20.4 LET no podrán tener efectos plenos con carácter automático, sino que, más bien actuarán principalmente como vía de activación del procedimiento de control interno del sistema público sanitario. Sistema Público de Salud (SPS) que tiende a actuar de oficio o, a petición empresarial o de las MCSS tras la recepción de la información recibida por las propias empresas o sus servicios médicos, también en casos de actuación colaboradora del empresario con la seguridad social por vía de autoaseguramiento⁵⁹. Procedimiento que tiende a finalizar tras darse por parte de la empresa una propuesta de alta a la inspección médica, siendo este mismo órgano el encargado de confirmar la baja del trabajador en situación de IT, o bien, de proceder a tramitar su alta.

En cambio, en los casos de extinción contractual de trabajadores en situación de IT, las competencias pasarán a ser asumidas por las MCSS independientemente de la contingencia que cause la baja, siendo estas también competentes para iniciar un procedimiento de inspección médica de oficio poder cursar alta (en casos de bajas derivadas de contingencias profesionales) o bien, a través de una propuesta de alta a los servicios de inspección médica (en casos de bajas derivadas de contingencias comunes).

Además, durante la situación de IT como vía de suspensión contractual por motivos de baja médica del trabajador, son suspendidas las principales obligaciones de prestar servicios y retribuir, manteniéndose en cambio vigentes el resto de los derechos y

⁵⁸ POQUET CATALÁ, R., «El deber de buena fe durante la Incapacidad Temporal» IUSLaboral nº 1, 2018, pág 288. Citando a GOERLICH PESET, J.M., «El fraude de la Incapacidad Temporal como causa de despido», en Revista de información laboral nº11, 2017, págs. 25-48.

⁵⁹ Autoaseguramiento en materia de colaboración con la seguridad social prohibido a partir de 2019 pasando a únicamente poder asumir estas funciones de colaboración las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social, en base a la disposición transitoria cuarta del RDL 28/2018.

deberes principalmente vinculados al contrato de trabajo. Esto implica que una transgresión gravosa y culpable de estos deberes por parte del trabajador, aún en situación de IT, podría suponer la decisión siempre voluntaria por parte del empresario de proceder a la extinción contractual por causas disciplinarias. A continuación, procederé a analizar los principales motivos disciplinarios que suponen el surgimiento de despidos por estas causas, derivando estos (despidos) generalmente de la situación de IT. En efecto, empezaré tratando la causa de disminución de rendimiento y faltas injustificadas al trabajo, seguidamente trataré la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de la confianza en el desempeño del trabajo. Última causa citada que podrá surgir a consecuencia de la vulneración del deber de buena fe del trabajador y/o el falseamiento de esta situación, de la transgresión del trabajador del deber de hacerle competencia desleal a su empleador durante la situación de IT, del deber de sigilo profesional durante esta misma situación, o bien, de la transgresión del deber de colaboración empresarial.

3.4.2.1. Disminución del rendimiento y faltas injustificadas

En el contexto de obligaciones recíprocas que implica la relación laboral se podría analizar si la búsqueda de obtención de un resultado a consecuencia de la realización del trabajo sería un requisito viable a incluir como necesario en relación con el rendimiento, y, por tanto, como un factor obligacional que debería de asumir el trabajador en el ejercicio de la fuerza de trabajo derivada de la relación laboral. Esto es debido a analizar ya que, en la actualidad, en los casos de disminución continuada y voluntaria del rendimiento del trabajo normal y pactado, existe la posibilidad de que la empresa pueda extinguir la relación laboral fundamentando esta causa⁶⁰ de manera disciplinaria siempre que este incumplimiento se alegue bajo notas de culpabilidad gravosa para la empresa y culpable por parte del trabajador. A efectos de poder aplicar este motivo para la extinción contractual se deberá de analizar cada caso concreto en cuanto a la falta cometida y la gravedad de esta para que exista proporcionalidad en la sanción, no

⁶⁰ Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado como causa disciplinaria extintiva de la relación laboral regulada en el art 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores.

pudiendo por ello justificar todo incumplimiento en este sentido con un despido disciplinario como tipo de sanción posible en su grado máximo.

Relacionando esta tipología de causa que fundamenta un despido disciplinario con la situación de IT, para que esta vía de extinción proceda, el comportamiento a su vez deberá tendrá que ser grave y notorio, culpable e injustificado (asumiendo con ello las notas de la voluntariedad), dado en un periodo de tiempo suficiente (no cabe que se fundamente en casos de comportamientos ocasionales sino que estos deberán de ser continuados o dado en intervalos regulares) y, que sea este comportamiento comparable con notas como el rendimiento medio de otros compañeros, el rendimiento previo del trabajador, o, el habitual en el sector, también podría compararse con los rendimientos medios y mínimos pactados contractualmente siempre que estos no sean abusivos.

Tras analizar todas estas notas necesarias cabría deducir que, la propia situación de IT que conlleve daños o secuelas reales es motivo suficientemente para poder justificar de manera involuntaria una disminución del rendimiento tras el alta médica o administrativa del trabajador y posterior reincorporación de este a su puesto de trabajo. Por estos motivos, se podría concluir en que, con carácter general no cabría esta causa como vía de resolución contractual procedente en aras del empresario siendo alegada como motivo disciplinario, con independencia de que esta sí pueda ser alegada como otra causa de extinción contractual recogida legalmente (causa objetiva) pero nunca amparando en estos casos la extinción, bajo ningún concepto en causas disciplinarias.

Con respecto a las faltas injustificadas⁶¹ como motivo disciplinario para proceder a cursar despido del trabajador, estas podrán derivar de la no reincorporación del trabajador de manera injustificada a su puesto de trabajo tras estimarse su alta médica o administrativa (situación analizada en puntos anteriores). Además de esto, las faltas injustificadas podrán surgir por impuntualidad de llegada al puesto de trabajo, o bien, y más en relación con la situación de IT, con relación a las faltas de asistencia injustificadas a los reconocimientos médicos establecidos.

⁶¹ Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo reguladas como motivante de despido disciplinario en el art 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores.

En este último caso, estas faltas de asistencia injustificadas a los reconocimientos médicos establecidos podrán derivar a una suspensión de la prestación económica, o bien, a la posibilidad de emisión de una alta médica al paciente por incomparecencia injustificada por parte de los SPS o de las MCSS exclusivamente en los casos de bajas derivadas de contingencias profesionales. Para los casos de bajas médicas derivadas de contingencias comunes (accidentes o enfermedades no laborales), únicamente podrá surgir una propuesta de alta al SPS por estos últimos sujetos colaboradores citados, dejando en última instancia al servicio público sanitario la decisión sobre el alta.

En relación con este incumplimiento acerca de las faltas injustificadas como motivo disciplinario extintivo, el ET tiende a dejar un margen interpretativo amplio quedando el convenio colectivo como regulación de desarrollo de este incumplimiento laboral. Convenio Colectivo que deberá regular a su vez sobre la graduación de la sanción viable y, los casos que justifiquen la graduación de esta infracción como muy grave y causante del consecuente despido, junto con el número de faltas necesarias para que proceda esta vía de extinción. En los casos en los cuales el trabajador a consecuencia de la IT previa necesitara faltar al trabajo, llegar tarde a este o abandonar su puesto de manera prolongada sin previa autorización y con anterioridad a la hora de fin de jornada por motivos médicos o de cualquier otro tipo relacionado con la previa incapacidad, deberá este justificarlo a efectos de que no computen las faltas de asistencia o impuntualidad como injustificadas.

También para los ya citados y típicos casos en los cuales el trabajador es dado de alta instándole por ello reincorporación a su puesto de trabajo, incluso cuando el afectado procediera a presentar disconformidad o a impugnar el alta médica, tendrá este aún durante el proceso de impugnación y posterior resolución que reincorporarse a su puesto mientras se tramita el procedimiento, ya que las ausencias reiteradas e injustificadas serán un viable motivo de extinción contractual por causas disciplinarios. A su vez, también podrá surgir este tipo de extinción disciplinaria en los casos en los cuales existiera falta de presentación por parte del trabajador de los partes de confirmación de la baja por IT, teniendo en cuenta que un mero retraso en la entrega de estos no podría proceder como causa constitutiva de despido.

3.4.2.2. Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo

A) Deberes mantenidos durante la situación de Incapacidad Temporal y actividades en consecuencia incompatibles.

En relación a la suspensión contractual derivada de una Incapacidad Temporal del trabajador, se mantienen ciertos derechos, pero también obligaciones, para el empresario lo son principalmente el tener que asumir el pago de ciertas cantidades económicas en determinados supuestos (mantenimiento de la obligación de cotizar, pago directo, pago delegado, gestión de los partes de confirmación de la baja...). Por otra parte, el trabajador también deberá de mantener, aún durante la situación de IT ciertos deberes tales como el deber de buena fe ⁶² y/o prohibición de falseamiento de esta situación, deber de prohibición de competencia desleal, deber de sigilo profesional junto con el deber de colaboración empresarial. En los casos de vulneración de estos deberes, el empleador de manera unilateral tendrá facultad para proceder a extinguir consecuentemente el contrato por causas disciplinarias aun durante la situación suspensiva de IT. En este sentido la jurisprudencia viene pronunciándose a efectos de considerar que actividades se vienen considerando compatibles y que otras incompatibles a la situación de incapacidad temporal o baja médica del trabajador.

En primer lugar, analizaré la obligación del trabajador de salvaguardar el deber de buena fe durante la situación de IT, por este deber el trabajador tendrá que evitar toda conducta que le impida o interrumpa su proceso de recuperación ⁶³, proceso en el cual, el empleador deberá de seguir asumiendo ciertos costes económicos durante el periodo de suspensión contractual. Esta interpretación de la transgresión del deber de buena fe

⁶² Obligación regulada explícitamente en los artículos 5 a) del Estatuto de los Trabajadores, indicando que *''los trabajadores tienen como deberes básicos: a) cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe y la diligencia''* y en el art 20.2 indicando que *''el trabajador y el empresario se someten en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe''*. A su vez también viene regulada supletoriamente en el Derecho Civil en sus art 7.1 CC junto con la especificación de esta obligación en materia de contratos del art 1258 CC.

⁶³ PENDAS DÍAZ, B., «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido durante la incapacidad laboral transitoria.». Actualidad Laboral (AL), nº 1, 1987, pág 562.

durante la situación de IT del trabajador ha supuesto una importante evolución jurisprudencial, que, en un principio entendía este deber con un carácter muy cerrado interpretando que el ejercicio de cualquier actividad distinta a estar en situación de reposo era motivo suficiente de despido disciplinario sin ser necesaria la concurrencia de dolo y siendo procedente esta decisión extintiva incluso por mera negligencia o descuido del trabajador. En relación a lo anterior, también se venía teniendo muy en cuenta durante la situación suspensiva de IT las notas de frecuencia o intensidad en el ejercicio de cualquier actividad distinta al reposo absoluto⁶⁴, con independencia de que el ejercicio de la citada actividad no permitida tuviera finalidad lucrativa o no, ya que, el único y último fin era el de la recuperación absoluta de la salud al trabajador, no permitiéndose otra actividad distinta a la del reposo domiciliario.

Después de esta primera etapa tan restrictiva, surge una segunda etapa jurisprudencial en la cual empiezan a surgir excepciones a esta línea interpretativa de vulneración de la buena fe durante el proceso de IT, permitiéndose el ejercicio de actividades en esta situación siempre y cuando estas no perturben la curación o la recuperación del trabajador, y que, por tanto, no se repercuta de manera negativa en el propio y distinto proceso de incapacidad temporal, variable en función de la patología o dolencia del paciente. En relación a lo ya tratado, podrán pasar a entenderse durante la situación de IT ciertas actividades prohibidas para unos y no para otros en función de la causa médica de la baja, siendo por ello admisible el desarrollo de determinadas actividades y más aún en caso de ``recomendación`` por parte del profesional sanitario, especialmente en los casos de bajas por depresión, ansiedad u otros trastornos psicológicos, y, también traumatológicos que requieran de ciertas tareas con carácter rehabilitador. Ahora la jurisprudencia se centra en analizar determinados aspectos de las actividades que se realicen tales como frecuencia, intensidad u ocasionalidad, no siendo gravemente sancionables y causantes de despidos disciplinarios aquellas labores con carácter ocasional, esporádico, y, de poca intensidad⁶⁵. También se tiene en cuenta el momento

⁶⁵ Jurisprudencia considera actividades esporádicas y no causas de despido disciplinario en algunas sentencias tales como STSJ Cataluña de 3/12/1999 (R. 5304/1999) de un trabajador que estando de baja con diagnóstico de depresión colabora como monitor de taichi, Cataluña de 22/05/2001 (R. 792/2001) de trabajador que participa un día en el traslado de un familiar, Asturias de 13/06/2003 (R. 3817/2002) sobre

temporal de ejercicio de dichas actividades, admitiendo compatibles las actividades ejercitadas en un momento cercano al alta en base a un lógico criterio de una fundada mejoría o recuperación del trabajador en días cercanos al alta médica⁶⁶.

En sentido negativo, podrían destacarse determinados supuestos en los que se tiende a considerar que el ejercicio de ciertas actividades por parte de una persona en situación de incapacidad temporal se podría interpretar como una posible voluntad de prolongación indebida de la situación de baja médica. Por ende, se tienden a asociar por ello, la realización de determinadas actividades con una posible capacidad encubierta para el ejercicio de su trabajo con normalidad. En este sentido surgen ejemplos reales tales como el caso de una trabajadora que en situación de IT derivada de una operación circulatoria ⁶⁷ continua ejerciendo actividad normal (comprar, visitar o cargar pesos), aquel trabajador que estando de baja médica continua realizando actividades en la panadería de su hija en la cual se pone en peligro su recuperación y se alarga su baja médica ⁶⁸, trabajador de baja médica por trastorno mixto ansioso depresivo que realiza acciones formativas en horas nocturnas siendo esto perjudicial a efectos de su recuperación ⁶⁹, trabajador que realiza actividades no compatibles con las dolencias que presenta ⁷⁰, o aquel otro trabajador en situación de baja médica diagnosticado con bursitis calcificada en el hombro izquierdo y tendinitis que continua realizando actividades de albañilería impidiendo y prolongando el proceso curativo⁷¹.

trabajador que colabora ``2 ratos`` en un bar en tiempos de 47 minutos y 50 minutos, o Cataluña de 14/10/2004 (R. 2976/2004) trabajador que en momentos muy puntuales ayuda en el bar a su pareja durante 3 días, entre otras.

⁶⁶ STSJ La Rioja, de 10/02/2012 (R. 23/2012).

⁶⁷ STSJ Madrid, de 14/04/ 1999 (R. 1282/1999)

⁶⁸ STSJ Cataluña, de 13/05/2015 (R. 797/2015.)

⁶⁹ STSJ Cataluña, de 14/10/2013 (R. 3490/2013).

⁷⁰ STSJ Andalucía, de 29/10/2015 (R. 2723/2014).

⁷¹ STSJ Madrid, de 5/07/2013 (R. 823/2013).

En cuanto a la vulneración del deber de buena fe, se podrá dar también en aquellas conductas, con una finalidad engañosa, en la cual surge un falseamiento de la situación de IT por parte del trabajador, y que, siendo este descubierto, podrá pasar a tratarse como una procedente causa de despido disciplinario. Estas situaciones tienden a darse en casos de simulación de enfermedad o accidente, o, en casos de falseamiento por parte del trabajador de un agravamiento de la situación médica causante de la baja con el propósito de reconocer, mantener en el tiempo o simular la no recuperación o empeoramiento de la situación de incapacidad temporal, imposibilitando a consecuencia de ello una reincorporación a su puesto de trabajo. No obstante, también podrán derivar en falseamiento o simulación de la situación de IT los casos en los cuales el trabajador incapacitado temporalmente para el trabajo realice actos demostrativos de curación o bien, contrarios a su correspondiente tratamiento médico. Frente a estos sospechosos supuestos en los que generalmente se destaca una sobreactuación del paciente junto con unos periodos excesivamente largos y extraños de baja médica en relación a su patología, tiende a actuar la inspección médica de oficio o a petición del empresario o de las mutuas colaboradoras con la seguridad, o bien, detectives contratados por estos últimos sujetos citados. Como ejemplos reales está el de aquel que estando de baja médica por depresión y con recomendación de consumo moderado de alcohol, se encuentra saliendo de fiesta y bebiendo desmesuradamente con actitud demasiado alegre⁷², o aquella trabajadora en situación de baja médica por estrés con recomendación psicológica de participación en actividades lúcidas y de ocio que es sorprendida en la Romería del Rocío por un detective privado participando activamente en la misma y bebiendo cerveza, considerándose judicialmente que la *``actora efectuó actividades que evidencian la aptitud para el trabajo``* siendo estas actividades notablemente causantes de estrés y ansiedad, considerándose por ello una simulación de enfermedad a pesar de que se probara que la psicóloga la recomendó la asistencia a tal romería⁷³, el también caso de aquella trabajadora que en situación de incapacidad temporal para el trabajo con un diagnóstico de cervicalgia y dorsalgia se pilla prestando servicios en el negocio de sus padres probándose por tanto la existencia de aptitud para su habitual trabajo de

⁷² STSJ de Castilla y León de 18/01/2012 (R. 840/2011).

⁷³ STSJ Andalucía de 29/02/2012 (R. 1274/2011).

teleoperadora ⁷⁴, o bien, el caso de aquel trabajador que en situación de baja médica por tendinitis en hombro que es sorprendido sirviendo mesas durante el proceso de incapacidad temporal ⁷⁵.

En segundo lugar y en relación a los deberes mantenidos por el trabajador durante la situación de IT, destaca que, aun durante esta situación suspensiva, le será prohibido al trabajador ejercer competencia desleal a su empleador⁷⁶. Deber que es fundamentado en que, se origina como obligación del propio contrato de trabajo (aun en situación suspensiva), y no, como obligación sujeta a la prestación de servicios por parte del trabajador⁷⁷. Algunos prácticos ejemplos sobre situaciones de competencia desleal dadas durante la situación de IT lo son el de una trabajadora de una óptica que en situación de baja médica con diagnóstico de lumbalgia continúa trabajando en su propia óptica ⁷⁸, o, en el caso de una trabajadora que continúa realizando iguales tareas a las que venía desempeñando antes de la situación de baja médica en una empresa distinta⁷⁹.

En tercer lugar, también durante la situación suspensiva derivada de una IT del trabajador, continuará vivo el deber de sigilo profesional, que deberá de mantenerse por parte del trabajador aún durante la situación de baja médica. Deber dado con respecto a toda la información o documentación reaccionada con su actividad o su empresa en aras de salvaguardar el interés empresarial ⁸⁰, debiendo el trabajador aún durante la situación de IT de guardar secreto y no dar a conocer ni publicar ninguna información o

⁷⁴ STSJ Andalucía de 6/10/2010 (R. 1770/2010).

⁷⁵ STS Galicia de 24/09/2013 (R. 1751/2013).

⁷⁶ ALCÁZAR ORTIZ, S., «El deber legal de no competencia desleal en el derecho español». *Temilavoro.it : Sinossi Internet di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale*, nº 1, 2013, pág 9.

⁷⁷ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pág 157.

⁷⁸ STSJ Cataluña, de 2/03/2015 (R. 7441/2014).

⁷⁹ STSJ Galicia, de 7/06/2010 (R.1113/2010).

⁸⁰ NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Ed. Aranzadi, Madrid, 1997, pág 91.

conocimiento técnico especialmente relacionado con las patentes e invenciones existentes.

En cuarto lugar, se reconoce a su vez al trabajador en situación de IT el deber de colaboración con su propio empresario que, junto con la prohibición de competencia desleal, se trata de un deber de carácter contractual sin estar relacionado por tunc con la prestación de servicios. Deber que se viene también relacionado con la invención de innovaciones o patentes, debiendo de informar el trabajador a la empresa de las invenciones que le surjan sin una larga demora y ejerciendo así su deber de colaboración y un comportamiento de buena fe. Por lo cual, siempre y cuando no surja causa de fuerza mayor, el trabajador aún inmerso en un proceso de incapacidad temporal o baja médica por tanto deberá de comunicar a su empleador de cualquier cuestión precisa facilitándole la información necesaria para que se continúe realizando dicha actividad en su ausencia, o, estando a la disposición de la empresa frente a cualquier cuestión que pueda surgir.

B) Actividades consideradas compatibles con la situación de IT

En este sentido viene considerándose por la doctrina judicial que no se incumplirá el deber de buena fe durante la situación de IT cuando el trabajador realice actividades no perjudiciales para su proceso curativo. Por otra parte, judicialmente no se suele considerar como falseamiento o engaño de la situación de IT el realizar actividades a escasos días de cursar el alta, o bien que, si se trata de actividades no perjudiciales a la situación de baja médica. Como excepcionalidad, incluso se llegado a estimar como justificada la simulación de IT por parte de un trabajador para poder irse de vacaciones⁸¹. De otra manera, tampoco será vulnerado el deber de no competencia desleal cuando no exista pacto contractual de plena dedicación y cuando no sea perjudicado el interés empresarial.

Al respecto y concluyendo cabría decir que los referidos incumplimientos se calificarán como tal si existe un carácter contradictorio de la acción cometida con respecto a la finalidad principal de buscar una rápida recuperación para la reincorporación al trabajo

⁸¹ STSJ Canarias, de 18/11/2013 (R. 735/2013.)

por parte del trabajador incapacitado temporalmente. Por ello, la jurisprudencia viene indicando que *“ no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido sino solo aquella que, a la vista de las circunstancias, en especial la índole de la enfermedad y las características de la suspensión sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de este ”*⁸².

3. INCAPACIDAD TEMPORAL PERSISTENTE, DISCAPACIDAD, DESPIDO Y DISCRIMINACIÓN, ¿NULIDAD O IMPROCEDENCIA DE LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL?

Despedir a un trabajador durante un proceso de IT o una vez cursado este podrá suscitar ciertos problemas a la hora de calificarlo si el litigio llegara a instancias judiciales. Un tema bastante reciente y controvertido jurisprudencialmente trata acerca de la fundamentación de la nulidad del despido que surge durante o tras la situación de IT, al poder asimilarse a criterio del TJUE la enfermedad transitoria duradera a la situación de discapacidad.

En esta línea quiero centrar mi estudio, con un análisis legal y jurisprudencial acerca del trato por nuestros tribunales tanto nacionales como europeos de dos situaciones aparentemente distintas como son la situación de enfermedad y la situación de discapacidad. También trataré de recopilar el conjunto de esenciales notas que deberán de existir para que pueda mediar tal equiparación de ambas situaciones citadas. ¿Cómo será valorado en instancias judiciales un despido ejecutado a una persona durante o tras la situación de IT? ¿Existiría procedencia, improcedencia o nulidad en la resolución extintiva?

⁸² POQUET CATALÁ, R «El deber de buena fe durante la Incapacidad Temporal». IUSLabor 1/2018 op. cit, pág. 296 citando a GALA DURÁN, C «La ausencia por enfermedad, accidente o maternidad como eventual causa de despido disciplinario» Comunicación presentada a las XVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Córdoba, 1998.

Para introducir el debate jurisprudencial y doctrinal, una vez analizado conceptualmente que es la IT, cabría pasar a definir dos conceptos claves en esta materia, delimitando por ende que se entiende por discapacidad, pero también tratar la delimitación de la situación enfermedad tanto en el ordenamiento jurídico español como en el derecho internacional.

La Real Academia Española (RAE) define discapacitado como aquella persona *“Que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida”*⁸³. El concepto de discapacidad también viene regulado y conceptualizado en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD)⁸⁴ en su artículo cuatro define como personas discapacitadas aquellas que tengan reconocido un grado de discapacidad (no de incapacidad) igual o superior al 33%, pero también *«aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.»*. A su vez, se viene conceptualizando en ámbito internacional por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como persona discapacitada aquella que presenta un conjunto de *«deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo»*⁸⁵.

Por otra parte, el concepto de enfermedad se viene definiendo por la RAE como una *“Alteración más o menos grave de la salud.”*⁸⁶, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en cambio conceptualiza la enfermedad como la *“Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas,*

⁸³ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, edición actualizada de 2018.

⁸⁴ 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 social.

⁸⁵ Definición expresamente recogida en el art 1 de la Convención Internacional de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁸⁶ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, edición actualizada de 2018.

manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible".

Los orígenes de este debate doctrinal y jurisprudencial comienzan con la transposición al derecho español de la Directiva 2000/78/CE⁸⁷, surgiendo tras esta citada ley una importante corrección del art 4.2 ET siendo modificado su apartado c) e incorporando dentro de los derechos laborales el derecho a no ser discriminador directa o indirectamente en el empleo por ninguna causa y tampoco por razón de discapacidad cuando el trabajador reúna aptitud para el desempeño de su trabajo. A su vez y en el mismo sentido se modifica tras esta directiva el art. 17 ET acerca de no discriminación en las relaciones laborales, en concreto su apartado primero, considerando nulas y sin efecto *«las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad»*.

Toda persona discapacitada por tanto quedará especialmente protegida por su condición de especial vulnerabilidad, reconociéndoles a su vez en ámbito constitucional el derecho de igualdad de toda persona ante la ley (Art 14 CE) sin que pueda mediar en este sentido discriminación por cualquiera de los motivos posibles, en este caso por razón de discapacidad. En el ámbito laboral también se protegerá a este colectivo, prohibiéndose su discriminación en aras del ya citado art 4.2. c) ET, debiendo por ende de exigirse tanto la igualdad de trato de estos colectivos por parte de los poderes públicos, como también desde el ámbito de las relaciones laborales, frente al empleador⁸⁸.

Tras este nuevo marco legal, comenzaron a surgir pronunciamientos judiciales defendiendo que la sustitución del anterior término modificado acerca de *«disminuciones físicas y psíquicas»*⁸⁹ por el término de *«discapacidad»* permitía la

⁸⁷ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación mediante la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, destacándose en esta directiva comunitaria el art 1, 2 y 3 acerca de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad.

⁸⁸ ESTEBAN LAGARETA, R., «Derecho al trabajo de las personas con discapacidad». Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pág 15.

⁸⁹ Delimitación prevista en el anterior art 4.2.c) ET.

inclusión de la IT o de la enfermedad dentro del conjunto de factores discriminatorios prohibidos por el ET ⁹⁰.

Diferenciar ambos términos (discapacidad y enfermedad) resulta fundamental, ya que, a distinción de la discapacidad, la situación de enfermedad vinculada a una IT, en la actualidad no se trata como una situación protegida dentro de las delimitaciones legales y constitucionales de prohibición de discriminación en el empleo ⁹¹. En este sentido el TJUE lo tiene muy claro, concluyendo y destacando que en la actualidad la discriminación por razón de enfermedad no se recoge ni en la legislación comunitaria ni en la española, en la cual solo se referencia a la discapacidad como una personal situación especialmente protegida en base a los principios de igualdad y no discriminación⁹².

Tras delimitar el concepto de discapacidad y el de enfermedad, ya solo cabría empezar a analizar jurisprudencia al respecto. En esta materia destaca un importante pronunciamiento del STJUE⁹³ (el primer pronunciamiento del tribunal europeo sobre este tema) que trata esta equiparación citada analizando el concepto de discapacidad en un sentido ciertamente estricto. Famosa sentencia conocida como asunto Chacón y Navas, que trata acerca de un despido dado sin alegar causa alguna mientras se hallaba la trabajadora (Sonia Chacón y Navas) en situación de IT. Despido que se acaba calificando judicialmente como improcedente con el reconocimiento de la correspondiente indemnización y que, Sonia acaba recurriendo al tribunal europeo declarando finalmente este alto tribunal la nulidad del despido por existir desigualdad de trato y discriminación, ordenando consecuentemente la readmisión de la trabajadora a su anterior puesto de trabajo. Este tribunal se pronuncia acerca de la equiparación de la

⁹⁰ GÁLVEZ DURÁN, S., «El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad» IUSLabor 3/2015 pág 11 y 12.

⁹¹ BARREIRA IGUAL, M^o B., «Discapacidad y Enfermedad en el Despido. Aplicación práctica». Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, n^o3, 2018, pág 205.

⁹² ENJUNTO JAREÑO, D., «Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C13/05». IUSLabor n^o 4, 2006, pág 4.

⁹³ Sentencia de 11 de julio de 2006 (Asunto C-13/05).

situación de enfermedad con la situación de discapacidad protegida e incluida en la Directiva 2000/78 de la manera siguiente dictando algunas notas al respecto:

1º.- La discapacidad no viene definida en la directiva comunitaria ni tampoco se remite su definición al derecho nacional. 2º.- El concepto de discapacidad es el siguiente: "limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional". 3º.- No cabe equiparación pura y simple del concepto discapacidad y enfermedad. 4º.- Para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución. 5º.- La Directiva comunitaria no indica de ningún modo que todos los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad. 6º.- El mismo art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, se opone a todo despido por discapacidad que no pueda justificarse ni fundamentarse en no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, debiendo también argumentar el empresario que no se han podido realizar ajustes razonables para que el trabajador continuara trabajando.

En cuanto a si cabe considerar la enfermedad como un motivo añadido en la Directiva 2000/78, esta sentencia también se pronuncia diciendo que ninguna disposición del propio Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal". A su vez destaca que la enfermedad en "cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los discriminatorios y que esta situación considerada de forma abstracta y meramente como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, sin obviar que la enfermedad podrá comportar una discapacidad a largo plazo, incluyéndose en estos casos como situación sí protegida y ya incorporada en la citada Directiva.

El debate jurisprudencial surge debido tras esta viable interpretación comparativa de la situación de discapacidad y enfermedad para fundamentar la discriminación y nulidad en el despido llegado en manos del alto tribunal europeo que ha defendido esta línea

interpretativa en numerosos asuntos ⁹⁴. El TJUE alega discriminación por razón de discapacidad generalmente en los despidos a trabajadores durante o tras la situación de IT, cuando la baja por enfermedad tenga larga duración,⁹⁵ es decir que se trate de una situación duradera, sin fecha concreta de finalización y, más aún en casos en los cuales se ve afectado el colectivo de género femenino. En este sentido el TJUE viene entendiendo que las limitaciones por enfermedad que impliquen una larga duración en la recuperación o mejoría pueden estar incluidas y equiparadas con el concepto de «discapacidad» y por tanto dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 como viable motivo discriminatorio (cuando media extinción contractual) en razón de discapacidad. Por consiguiente, en estos supuestos, una resolución contractual injustificada o que presente motivos irreales podrá entenderse como discriminatoria (provocando la nulidad), resultando en estos casos primordial el tener que fundamentarse dicha equiparación (de enfermedad y discapacidad) para fundamentar la discriminación citada.

En cuanto a la valoración acerca de que se comprende por `` larga duración'', cabría analizar desde que momento y hasta que fecha se entenderá por producido el acto discriminatorio y a su vez, también cabría valorar que se deduce por enfermedad de ``larga duración''. La duración de los procesos de enfermedad será difícil de valorar en los casos en los cuales el trabajador despedido presentaba una IT derivada de una enfermedad con duración temporal y una estimación de curación incierta. Esta comprobación del carácter limitativo duradero será realizada por el juzgado conecedor del despido mediante una apreciación fáctica⁹⁶, tras analizar objetivamente el conjunto

⁹⁴ STJUE de 11 de junio de 2006 C-13/05 (asunto Chacón Navas), STSJUE de 11 de abril de 2013 C-335/11 y C-337/11 (asunto Ring y acumulados), STSJUE de 1 de diciembre de 2016 C-395/15 (asunto Daouidi) y, STSJUE de 18 de Enero de 2018 C-270/16 (asunto Ruiz Conejero).

⁹⁵ Viniendo fundamentándose el ``largo plazo'' en las limitaciones dentro del concepto de discapacidad enablado por la ONU, considerando como discapacidad el conjunto de *«deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo»*.

⁹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: La protección garantista multinivel». Lex Social, nº 1, 2019, págs. 697 y 698.

de datos que disponga de manera (certificados médicos relativos al estado de salud de la persona afectada, reconocimientos y datos médicos y científicos actuales)⁹⁷.

Por todo ello deberá de “analizarse el estado de incapacidad del recurrente en la fecha del despido en la medida que la determinación de carácter duradero o no de la limitación padecida por el trabajador es esencialmente fáctica, y por tanto la evaluación de la discapacidad debe efectuarse con los datos que se dispongan en el momento que se enjuicie el acto presuntamente discriminatorio, por ser el más cierto”. También en cuanto a las limitaciones de larga duración, será recomendable acreditar que; “como consecuencia de posibles secuelas, la limitación puede ser de larga duración y persistir más allá del tiempo medio necesario para curar una dolencia como la que sufre el recurrente. Con este criterio fijamos un parámetro cuantificable/objetivable (el tiempo medio para curar una dolencia como la que padecía el recurrente) que facilita su determinación y, además, circunscrita a una concreta patología”⁹⁸. En esta línea a su vez, el TJUE viene incluyendo como duraderos los supuestos que versen sobre un proceso “morboso que no presente una perspectiva bien delimitada de finalización a largo plazo” que necesite por tanto de un tratamiento prolongado en el tiempo e impidiéndose por ello la normal participación del trabajador afectado en la vida laboral⁹⁹.

También este alto tribunal europeo ha venido tratando e interpretando recientemente el art 52.d ET ya tratado anteriormente, sobre despidos objetivos derivados de faltas de asistencia o ausencias acumuladas, aun siendo justificadas, cuando estas ausencias lo sean debido a enfermedad. La reciente STJUE de 18 de enero de 2018 C-270/16, (asunto Ruiz Conejero), considera que esta viabilidad extintiva hacia trabajadores durante o tras un proceso de enfermedad sería contraria al art 2.2 apartados b) i) de la

⁹⁷ BARREIRA IGUAL, M^o.B., «Discapacidad y Enfermedad en el Despido. Aplicación práctica». Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. ADAPT University Press, 2018, o.p cit, pág 209 y 210.

⁹⁸ STSJ Andalucía de 05/04/2018 (R. 1184/2017).

⁹⁹ Análisis recabado en el blog de Eduardo Rojo; “Despido disciplinario de trabajadora que se encuentra de baja por habersele diagnosticado cáncer de útero. Nulidad de la decisión empresarial (discriminación por discapacidad). Una nota breve a la sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019”. 2019.

Directiva 2000/78 ¹⁰⁰, cuando se trate de ausencias por enfermedad atribuibles a la situación de discapacidad del trabajador. Por ello el TJUE se entiende que, en los casos de que medie despido objetivo por ausencias provocadas en procesos de IT, cuando estas se puedan vincular a enfermedades equiparables o causantes de una discapacidad, existirá discriminación indirecta por razón de discapacidad, salvo que dicha discriminación indirecta pueda justificarse de manera objetiva y legítima en base a la legislación reguladora (combatir el absentismo..), fundamentándose estos despidos como medios necesarios para alcanzar dicha finalidad (que sean adecuados y necesarios).¹⁰¹

Tras este análisis se podría considerar por lo tanto que existe reciente y relevante jurisprudencia creada por el derecho comunitario en esta materia, entablado así que la dolencia física del trabajador se podría equiparar y considerar como discapacidad si trata de una situación “duradera” o “de largo plazo”. Equiparación que podrá surgir y argumentarse cuando la citada incapacidad no presente una perspectiva bien delimitada de curación o mejoría o bien de finalización a corto plazo, también cuando dicha enfermedad pueda prolongarse significativamente en el tiempo por agravamiento. Con estos motivos, se podrá equiparar la enfermedad (que presente las ya citadas características) al concepto de discapacidad referido en la Directiva Europea. Así pues existirá equiparación con la situación de discapacidad en los casos en los cuales se diagnostique médicamente una enfermedad curable o incurable “cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de

¹⁰⁰ Citado art que definen dentro del concepto de discriminación los casos en los que exista la vulneración del principio de igualdad de trato o los casos de existencia de discriminación directa o indirecta. Cuando «*b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: i) dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios;*»

¹⁰¹ BARREIRA IGUAL, M^o. B., «Discapacidad y Enfermedad en el Despido. Aplicación práctica». Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. ADAPT University Press, 2018, op. cit, pág 210.

condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración.”¹⁰². Enfermedad con ciertas notas esenciales, que deberá por tanto de implicar una limitación de cierta índole para que se pueda equipararse a la situación de discapacidad e incluirse en el marco de la citada directiva comunitaria. En efecto, la enfermedad “en sí misma” no podrá considerarse como un nuevo factor discriminatorio, pero si adquirirá similitud a la discapacidad cuando esta (la enfermedad) limite a la persona a interactuar en iguales condiciones con las demás personas en el mercado laboral, cuando esta enfermedad reúna a su vez las notas de ser limitativa y duradera¹⁰³.

Con respecto a lo anterior, en ámbito legislativo nacional solo cabría preguntarse y considerar si la situación de IT sujeta a duración incierta, podría o no comprenderse dentro del ámbito de aplicación de la citada directiva.

El Tribunal Supremo al respecto, viene interpretando en esta materia un criterio bastante dispar, considerando habitualmente que en ningún caso se podrá equiparar el concepto de discapacidad con el de enfermedad. Fundamenta este criterio en que no existe regulación de apoyo que trate como motivo discriminatorio la situación de enfermedad. Así pues, el Tribunal Supremo viene entendiendo que esta situación citada (enfermedad) no podría servir en estos supuestos de base para fundamentar discriminación en las resoluciones extintivas no pudiendo calificarse por ello la nulidad en el despido por motivos de discriminación en razón de discapacidad. Por otra parte, se entiende que, la discapacidad como situación protegida por la directiva comunitaria, sí que en la mayoría de las ocasiones derivará de una enfermedad previa, pero también es cierto y así viene argumentando este alto tribunal nacional que ni toda discapacidad deriva de una enfermedad, ni toda enfermedad acabará provocando una situación de discapacidad. Por

¹⁰² Análisis recogido en el Blog de Eduardo Rojo., “Nuevamente sobre posible discriminación por discapacidad. Accidente laboral e incapacidad temporal “de duración incierta”. Notas a la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15).” en el que se recoge la interpretación del TJUE acerca la comparativa del concepto de discapacidad con el concepto de enfermedad.

¹⁰³ BARREIRA IGUAL, M^o. B., «Discapacidad y Enfermedad en el Despido. Aplicación práctica». Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. ADAPT University Press, 2018, op. cit, pág 2018.

estos motivos entiende el Tribunal Supremo que ambos conceptos deberán de quedar disociados, y que, la no diferenciación de ambas delimitaciones, supondría la creación de un panorama empresarial poco sostenible, al tener que pasar a considerarse en la práctica imposible ejercer un despido debidamente fundamentado en justa causa a un trabajador tras la situación de IT o durante esta, pudiendo llegar a tener siempre los trabajadores la sensación de encontrarse ``a salvo`` de ser despedidos con la mera obtención de una baja por encontrarse en situación de IT. ¹⁰⁴

Por otra parte también el Tribunal Supremo cede en su criterio restrictivo argumentando que solo existirá tal equiparación cuando la situación de IT *``por sus características puede tenerse como duradera y, por ello, susceptible de implicar una limitación o condicionamiento de la vida social y laboral del trabajador equivalente a la que pudiese concurrir en la discapacidad``*¹⁰⁵ En cambio, una enfermedad *``que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad». En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación``* declarándose en todo caso como improcedentes y no como nulos los despidos que no puedan probar la citada equiparación (STS de 15/03/2018 (R. 2766/2016)). Tampoco se apreciará discriminación ni con ello nulidad en la calificación del despido cuando este (el despido) se cursase por causas objetivos argumentando ineptitud sobrevenida, en los casos en los cuales el afectado padezca una dolencia sobrevenida tras un proceso de IT, cuando la empresa antes de acudir al despido hubiera llevado a cabo múltiples ajustes con fines de evitar este (el despido)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ ENJUNTO JAREÑO, D., «Enfermedad y discapacidad: ¿fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C13/05». IUSLabor nº 4, 2006, op.cit pág 5 y ss.

¹⁰⁵ STS de 12/02/2019 (R. 1507/2018).

¹⁰⁶ STS de 22/02/2018 (R. 160/2016).

5. CONCLUSIONES.

Para concluir este análisis cabría destacar que en nuestro ordenamiento jurídico la enmarañada situación de IT no viene en si misma configurada como justa causa de extinción contractual. En cambio, esta situación se viene considerando como una de las causas suspensivas con reserva del puesto de trabajo regulada en los arts. 45 y 48 del ET.

Tras analizar las distintas vías de extinción contractual habitualmente cursadas tras una situación de IT, destaco que, habitualmente en la práctica se tiende a vincular este método suspensivo de IT con la situación de extinción contractual. Aun así, actualmente no media normativa que precise y desarrolle acerca de esta asociación jurídica ni que recopile todas las viables y distintas vías de extinción contractual generalmente cursadas después de la situación de IT (declaración de una incapacidad permanente, desistimiento durante el periodo de prueba, extinción contractual por no reincorporación al puesto de trabajo tras el alta, y despidos objetivos o despidos disciplinarios).

Por lo cual, a día de hoy no media regulación (bajo mi parecer necesaria) que trate sobre una protección específica de los trabajadores frente al despido u otras vías de extinción contractual fácilmente alegables por parte del empleador y dada hacia estos sujetos especialmente vulnerables. Normativa que los protegiese aún más mientras estos (los trabajadores) se encontraran inmersos en un proceso involuntario de baja médica, o bien, tras serle cursada al alta, ya que, en determinados casos aún tras el alta y posterior reincorporación al trabajo, los trabajadores podrán mantener secuelas incapacitantes temporales o definitivas derivadas de estos procesos médicos (secuelas permanentes no incapacitantes o una declaración de incapacidad permanente en grado no inferior al 33% y compatible con el trabajo), pasando estos trabajadores a ``no ser ni válidos para su trabajo'' y dejando en manos del empleador la libre decisión de despedir amparada legalmente (facilidad probatoria para cursar extinción alegando viables motivos como el de ineptitud sobrevenida del trabajador).

Situaciones extintivas vinculadas a una situación previa de IT que están a la orden del día. Ahora bien, cabría destacar que, para la tramitación de estas resoluciones contractuales a su vez se requerirá un conjunto de condicionantes a alegar delimitados

legalmente tales como; motivos de fondo reales y no forzados o simulados, pruebas válidas cuya carga recaerá en el empleador, o correcta forma y procedimiento a la hora de cursar la extinción contractual.

Con respecto a los despidos, como una de las posibles vías de extinción contractual dadas en esta situación, para poder cursarse estos en España deberán de estar fundados en una de las causas recogidas legalmente a efectos de su posterior procedencia (causas disciplinarias, causas objetivas y causas económicas). En los casos de impugnación de estos despidos en instancias judiciales a su vez, podrán ser calificados estos de tres maneras distintas; despidos procedentes, improcedentes o despidos nulos, con las consecuencias lógico-jurídicas derivadas de la distinta valoración, debidamente reguladas y caracterizadas en la ley. Así pues, cuando se despide a un trabajador que ha estado inmerso en un proceso de IT con o sin declaración posterior de incapacidad permanente (compatible con el trabajo), se acotan aún más los motivos para despedir, no pudiendo fundamentar la extinción en cualquier causa, y pasando generalmente en la práctica a alegarse ineptitud sobrevenida y faltas de asistencia al trabajo (despidos por causas objetivas), o bien, disminución del rendimiento y faltas injustificadas, motivos de transgresión de la buena fe contractual o, abuso de la confianza en el desempeño del trabajo (despidos por causas disciplinarias).

Con relación a lo anterior y para completar este análisis cabría destacar que muchos de estos despidos han sido impugnados llegando estos asuntos a nuestros juzgados españoles¹⁰⁷, pero también incluso hasta los tribunales de justicia europeos, con numerosos pronunciamientos al respecto y creando jurisprudencia en este sentido¹⁰⁸. El principal problema dado en la práctica, y, que he tratado de analizar en mi trabajo, versa

¹⁰⁷ STS de 22/11/2007 (R. 3907/2006), STS de 25/11/2014 (R. 2344/2013), STSJ Galicia de 22/12/2015 (R. 3689/2015), STSJ Cataluña de 17/02/2015 (R. 7053/2014), STS de 03/05/2016 (R. 3348/2014), STS de 21/09/2017 (R. 782/2016), STS de 22/02/2018 (R. 160/2016), STS de 15/03/2018 (R. 2766/2016), STSJ Madrid de 02/02/2018 (R. 1036/2017), STSJ Islas Baleares de 29/06/2018 (R. 148/2018), STSJ Galicia de 17/04/2018 (R. 594/2018), STSJ Castilla y León 04/07/2018 (R. 882/2018), STSJ Asturias de 05/06/2018 (R. 233/2018), STSJ País Vasco de 02/05/2018 (R. 731/2018).

¹⁰⁸ Jurisprudencia entablada como una fuente más del derecho dada por los jueces y tribunales encargados de interpretar las leyes. Nacerá jurisprudencia cuando existan dos o más sentencias en la misma línea interpretativa siendo dictadas por algunos de los altos tribunales; Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

acerca de cómo se tienden a calificar estos despidos en instancias judiciales, si como procedentes, improcedentes o como despidos nulos. Así pues, destaco que, generalmente se vienen tratando como ilícitos los actos extintivos que se puedan esconder una fundamentación directa o indirecta en una situación de IT, calificándose habitualmente estas resoluciones contractuales como improcedentes por parte de la jurisdicción nacional.

Por otra parte, la citada cuestión ha ido evolucionando y cambiando en base a la reciente doctrina del TJUE, precisando en multitud de sus pronunciamientos que existirá nulidad en la extinción en los casos en los que esta medie (el despido) frente a un trabajador que cursa un proceso de IT o tras este cuando exista una enfermedad limitativa duradera. Para que la enfermedad limitativa duradera se pueda equiparar al estado de discapacidad, deberá de esta situación a su vez reunir ciertas notas delimitadas jurisprudencialmente tales como; la probabilidad de que las limitaciones acarreadas de una enfermedad (diagnosticada como curable o incurable) lo sean de larga evolución sin fecha estimada de recuperación o mejoría a corto plazo pudiendo esta situación persistir significativamente en el tiempo por motivos de agravamiento, que la enfermedad requiera de un tratamiento prolongado en el tiempo, o notas como que esta (la enfermedad) acarree una limitación duradera, derivada particularmente de dolencias físicas, mentales o psíquicas cuando, al interactuar con diversas barreras, se impida la participación normal, plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Así pues, en estos supuestos en los que medien estas notas en la enfermedad, podrá equipararse esta (la enfermedad limitativa duradera) al concepto de "discapacidad" incluyéndose así dentro del ámbito de aplicación de la Directiva Comunitaria 2000/78/CE y pasando a considerar estos despidos como discriminatorios, calificándose en consecuencia como despidos nulos.

Por esta vía y tras la interpretación por los jueces europeos de la cuestión, se abre en la actualidad un largo camino hacia la posible revisión y replanteamiento de la doctrina ciertamente restrictiva adoptada por el Tribunal Supremo, destacándose así, y a día de hoy, un marco regulador (en materia laboral) aún insuficiente acerca de la tutela frente al despido u otros cauces extintivos a los trabajadores afectos a una previa situación de incapacidad, y más aún cuando la citada incapacidad reúna las notas necesarias para

poder equipararse a la situación de discapacidad en base a la doctrina jurisprudencial entablada por el TJUE. Lo cierto es que son necesarias ciertas circunstancias para que medie equiparación de la figura de enfermedad con la de discapacidad, requisitos que son en la actualidad jurídicamente interpretables e indeterminados siendo estos la necesidad de cursar una enfermedad ``duradera`` o `` a largo plazo``. Al respecto, con estos condicionantes ciertamente interpretables, surgen divergencias en cuanto a la aplicación práctica de esta equiparación (de enfermedad con discapacidad) que resulta realmente complicada, pudiendo verse afectada por ello la propia seguridad jurídica.

En esta línea, el Tribunal Supremo discrepa generalmente en cuanto a la equiparación de la situación de IT con la situación de discapacidad (sin que pueda surgir con por ello discriminación de ningún tipo) resolviendo, dictando y calificando en todo caso la improcedencia y no la nulidad en estas resoluciones extintivas. Bien es cierto que, en este ámbito la mayoría de litigios que acaban en vía judicial acaban concluyendo en la nulidad o la improcedencia de estas resoluciones extintivas, pero no siempre, por lo cual, los despidos que alegan justa y real causa en los que no medie ni se consiga probar la motivación directa o indirecta de este (del despido) en la situación de IT, ni se consiga probar tampoco en estos la equiparación de la enfermedad limitativa duradera con la discapacidad, podrá calificarse como procedente y de hecho existen algunos pronunciamientos judiciales al respecto que defienden esta línea interpretativa¹⁰⁹.

Quisiera a su vez destacar que, estos peculiares casos extintivos, tienden a activar y a avivar aún más las vías de resolución extrajudicial de conflictos laborales, obligando a las partes (en especial al empleador) de manera tácita en estos litigios a negociar y a conciliar ante la real posibilidad de que el despido tras la situación de IT pueda ser valorado finalmente como improcedente o nulo en instancias judiciales, con las jurídicas consecuencias implicadas por ello. Aun así, considero que sería necesario una reforma legal finalista con un conjunto normativo que garantice la tutela del trabajador frente al despido o cualquier otra vía extintiva cuando estos se vean afectos a una situación de incapacidad y más aún cuando pueda asimilarse a la situación de discapacidad.

¹⁰⁹ STS de 14/12/2017 (R. 311/2017) y STS de 12/04/2018 (R. 3274/2017).

6. BIBLIOGRAFÍA.

ALBURQUERQUE DE CASTRO, R. F., «Despido, Retiro y Justa Causa» THEMIS: Revista de Derecho, nº. 11, 1988.

ALCÁZAR ORTIZ, S., «El deber legal de no competencia desleal en el derecho español». Temilavoro.it : Sinossi Internet di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, nº 1, 2013.

BARREIRA IGUAL, M^o. B., «Discapacidad y Enfermedad en el Despido. Aplicación práctica». Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, nº3, 2018.

BLASCO LAHOZ, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPALER CARRASCO M^a. A., *Curso de Seguridad Social II. Prestaciones*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*. Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977.

Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, edición actualizada de 2018.

ELORZA GUERRERO, F., «Sobre la retractación de la dimisión durante el período de preaviso». TEMAS LABORALES nº 110, 2011.

ENJUNTO JAREÑO, D., «Enfermedad y discapacidad: ¿Fundamentan la nulidad de un despido? Comentario a la Sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006, asunto C13/05.». IUSLabor nº 4, 2006.

ESTEBAN LAGARETA, R., «Derecho al trabajo de las personas con discapacidad». Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., *El Periodo de Prueba en el Contrato de Trabajo*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

FERNÁNDEZ PRATS, C: *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de Seguridad Social*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

FITA ORTEGA, A., *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

GALA DURÁN, C «La ausencia por enfermedad, accidente o maternidad como eventual causa de despido disciplinario» Comunicación presentada a las XVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Córdoba, 1998.

GÁLVEZ DURÁN, S., «El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad». IUSLabor 3/2015.

GARCÍA NINET, J.I., «Sobre la interpretación extensiva de las recaídas en la Incapacidad Temporal». Tribuna Social, nº 53, 1995.

GOERLICH PESET, J.M., «El fraude de la Incapacidad Temporal como causa de despido» Revista de información laboral, nº. 11, 2017.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*. Editorial Bomarzo, Albacete, 2005.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., *El despido: Análisis prácticos de los aspectos sustantivos y procesales*. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2012.

GORELLI HERNÁNDEZ, J y VILCHEZ PORRAS, M y ALVAREZ ALCOLEA, M y VAL TENA, A.L y GUTIERREZ PEREZ, M. *Lecciones de Seguridad Social*. Editorial Tecnos, Madrid, 2017.

JOVER RAMÍREZ, C: *La Incapacidad Temporal para el trabajo*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

MANRIQUE LÓPEZ, F., *Manual de derecho de la Seguridad Social*. Editorial Deusto, Bilbao, 1984.

MARTÍNEZ GIRÓN.J., «Cuestiones de actualidad sobre la dimisión del trabajador, en cuanto que causa de extinción del contrato de trabajo.». Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº6, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L., «Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: La protección garantista multinivel». Lex Social, nº 1, 2019.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Editorial Aranzadi, Madrid, 1997.

PENDAS DÍAZ, B., «La transgresión de la buena fe contractual como causa de despido durante la incapacidad laboral transitoria.». *Actualidad Laboral (AL)*, nº 1, 1987.

PENDAS DÍAZ, B., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*. Editorial ACARL, Madrid, 1992.

POQUET CATALÁ, R., «El deber de buena fe durante la Incapacidad Temporal» *IUSLaboral* 1/2018.

RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., «La facultad de vigilancia y control por parte del empresario de la incapacidad temporal del trabajador: elenco de pruebas admitidas y no injerencia judicial en materia de sanciones». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 110, 2011.

ROJO TORRECILLA. E., en su blog; ``Nuevamente sobre posible discriminación por discapacidad. Accidente laboral e incapacidad temporal “de duración incierta”. Notas a la sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 (asunto C-395/15). ``

ROJO TORRECILLA.E en su blog; ``Despido disciplinario de trabajadora que se encuentra de baja por habersele diagnosticado cáncer de útero. Nulidad de la decisión empresarial (discriminación por discapacidad). Una nota breve a la sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019. ``

TEJERINA ALONSO, J.L., «Las recientes modificaciones del régimen de protección de la incapacidad temporal ante los planes de reforma General de la Seguridad Social», *Revista de Seguridad Social*, nº6, 1980.

VILLA GIL, L.E Y DESDENTADO BONETE, A., *Manual de Seguridad Social*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1979.

**7. JURISPRUDENCIA**

RESOLUCIÓN	FECHA	TRIBUNAL	SALA	Nº RECURSO/ ASUNTO
Sentencia	11/06/2006	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Gran Sala	C-13/05. Asunto Chacón Navas.
Sentencia	11/04/2013	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Sala 2º	C-335/11 y C-337/11. Asunto Ring y acumulados.
Sentencia	01/12/2016	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Sala 3º	C-395/15. Asunto Daouidi.
Sentencia	18/01/2018	Tribunal de Justicia de la Unión Europea	Sala 3º	C-270/16. Asunto Ruiz Conejero.
Sentencia	03/05/2007	Tribunal Supremo	Social	R. 5165/2005.
Sentencia	22/11/2007	Tribunal Supremo	Social	R. 3907/2006.
Sentencia	20/01/2009	Tribunal Supremo	Social	R.3759/2008.
Sentencia	30/09/2009	Tribunal Supremo	Social	R.550/2009.
Sentencia	10/02/2010	Tribunal Supremo	Social	R..872/2009.
Sentencia	04/03/2010	Tribunal Supremo	Social	R.3107/2009.
Sentencia	15/09/2010	Tribunal Supremo	Social	R. 3515/2009.
Sentencia	9/12/2010	Tribunal Supremo	Social	R.842/2010.
Sentencia	17/07/2012	Tribunal Supremo	Social	R.2224/2011.
Sentencia	27/05/2013	Tribunal Supremo	Social	R.1291/2012.
Sentencia	20/11/2014	Tribunal Supremo	Social	R.2116/2013.
Sentencia	25/11/2014	Tribunal Supremo	Social	R.2344/2013.
Sentencia	04/02/2016	Tribunal Supremo	Social	R.1874/2015.
Sentencia	03/05/2016	Tribunal Supremo	Social	R.3348/2014.
Sentencia	21/09/2017	Tribunal Supremo	Social	R.782/2016.
Sentencia	14/12/2017	Tribunal Supremo	Social	R.311/2017.
Sentencia	22/02/2018	Tribunal Supremo	Social	R. 160/2016.
Sentencia	15/03/2018	Tribunal Supremo	Social	R. 2766/ 2016.
Sentencia	12/04/2018	Tribunal Supremo	Social	R. 3274/2017.
Sentencia	14/04/1999	Tribunal Superior de Justicia Madrid	Social	R.1282/1999.
Sentencia	3/12/1999	Tribunal Superior de Justicia Cataluña	Social	R.5304/1999.
Sentencia	19/01/2001	Tribunal Superior de Justicia Madrid	Social	R.4551/2000.
Sentencia	22/05/2001	Tribunal Superior de Justicia Cataluña	Social	R.792/2001.
Sentencia	15/03/2002	Tribunal Superior de Justicia Asturias	Social	R.414/2001.
Sentencia	13/06/2003	Tribunal Superior de Justicia Asturias	Social	R.3817/2002.
Sentencia	14/10/2004	Tribunal Superior de Justicia Cataluña	Social	R.2976/2004.
Sentencia	09/06/2005	Tribunal Superior de Justicia Andalucía	Social	R.968/2005.
Sentencia	15/01/2007	Tribunal Superior de Justicia Murcia	Social	R.1183/2006.
Sentencia	08/05/2007	Tribunal Superior de Justicia Navarra	Social	R.8/2007.



Sentencia	10/03/2009	Tribunal Superior de Justicia Islas Baleares	Social	R.454/2008.
Sentencia	30/12/2009	Tribunal Superior de Justicia Navarra	Social	R.254/2009.
Sentencia	07/06/2010	Tribunal Superior de Justicia Galicia	Social	R.1113/2010.
Sentencia	6/10/2010	Tribunal Superior de Justicia Andalucía	Social	R. 1770/2010.
Sentencia	16/03/2011	Tribunal Superior de Justicia Canarias	Social	R.510/2010.
Sentencia	18/01/2012	Tribunal Superior de Justicia Castilla y León	Social	R. 840/2011.
Sentencia	10/02/2012	Tribunal Superior de Justicia La Rioja	Social	R. 23/2012.
Sentencia	29/02/2012	Tribunal Superior de Justicia Andalucía	Social	R.1274/2011.
Sentencia	5/07/2013	Tribunal Superior de Justicia Madrid	Social	R. 823/2013
Sentencia	24/09/2013	Tribunal Superior de Justicia Galicia	Social	R.1751/2013.
Sentencia	14/10/2013	Tribunal Superior de Justicia Cataluña	Social	R. 3490/2013.
Sentencia	18/11/2013	Tribunal Superior de Justicia Canarias	Social	R. 735/2013.
Sentencia	13/10/2014	Tribunal Superior de Justicia Galicia	Social	R. 2754/2014.
Sentencia	17/02/2015	Tribunal Superior de Justicia Cataluña	Social	R. 7053/2014.
Sentencia	2/03/2015	Tribunal Superior de Justicia Cataluña	Social	R.7441/2014.
Sentencia	13/05/2015	Tribunal Superior de Justicia Cataluña	Social	R. 797/2015.
Sentencia	29/10/2015	Tribunal Superior de Justicia Andalucía	Social	R. 2723/2014.
Sentencia	22/12/2015	Tribunal Superior de Justicia Galicia	Social	R. 3689/2015.
Sentencia	08/06/2017	Tribunal Superior de Justicia Madrid	Social	R. 273/2017.
Sentencia	02/02/2018	Tribunal Superior de Justicia Madrid	Social	R. 1036/2017.
Sentencia	05/04/2018	Tribunal Superior de Justicia Andalucía	Social	R. 1184/2017.
Sentencia	17/04/2018	Tribunal Superior de Justicia Galicia	Social	R. 594/2018.
Sentencia	02/05/2018	Tribunal Superior de Justicia País Vasco	Social	R. 731/2018.
Sentencia	05/06/2018	Tribunal Superior de Justicia Asturias	Social	R. 233/2018.
Sentencia	29/06/2018	Tribunal Superior de Justicia Islas Baleares	Social	R.148/2018.
Sentencia	04/07/2018	Tribunal Superior de Justicia Castilla y León	Social	R.882/2018.
Sentencia	12/07/2018	Tribunal Superior de Justicia Castilla y León	Social	R.984/2018.
Sentencia	14/09/2018	Tribunal Superior de Justicia Canarias	Social	R. 125/2018.
Sentencia	03/10/2018	Tribunal Superior de Justicia Castilla y León	Social	R. 611/2018.
Sentencia	30/10/2018	Tribunal Superior de Justicia Castilla y León	Social	R. 671/2018.
Sentencia	24/01/2019	Tribunal Superior de Justicia Islas Baleares	Social	R. 454/2018.
Sentencia	08/03/2019	Tribunal Superior de Justicia Galicia	Social	R.4728/2018.
Sentencia	12/03/2019	Tribunal Superior de Justicia Asturias	Social	R. 95/2019.
Sentencia	19/03/2019	Tribunal Superior de Justicia Asturias	Social	R. 85/2019.