

LA DUAL VERTIENTE DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE NUEVO EN EL PUNTO DE MIRA

CARMEN JOVER RAMÍREZ

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

ORCID: 0000-0001-7096-4487

EXTRACTO

Palabras clave: Incapacidad temporal, enfermedad, condición de salud, discapacidad, despido

La dual vertiente de la Incapacidad Temporal, como contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social y como causa de suspensión de la relación laboral, vuelve a estar en el punto de mira del legislador como consecuencia de recientes reformas normativas que, bien directa o indirectamente, han incidido sobre aquella. Algunas de tales reformas vuelven a afectar a cuestiones ya “tradicionales” en el régimen jurídico de la Incapacidad Temporal; otras, sin embargo, son resultado de nuevas circunstancias concurrentes y de perspectivas diferentes a las que hasta ahora nos tenía acostumbrados el legislador. Así, la recurrencia a la Incapacidad Temporal como punto referente para garantizar una mejora en el tratamiento de determinadas situaciones patológicas de la salud de las mujeres; la repercusión de las nuevas tecnologías en la Administración, para avanzar en la tramitación procedimental de dicha Incapacidad Temporal en aras de la eficiencia y eficacia y el principio de no discriminación, han abierto un nuevo debate jurídico poliédrico y heteróclito.

ABSTRACT

Keywords: *Temporary incapacity, illness, health condition, disability, dismissal*

The dual aspect of temporary disability, as a contingency protected by the Social Security System and as a cause of suspension of the labour relationship, is once again in the legislator's sights as a result of recent regulatory reforms which, either directly or indirectly, have had an impact on it. Some of these reforms once again affect 'traditional' issues in the legal regime of temporary disability; others, however, are the result of new circumstances and different perspectives to those to which the legislator has previously been accustomed. Thus, the use of temporary disability as a reference point to guarantee an improvement in the treatment of certain pathological situations in women's health; the impact of new technologies in the Administration, in order to advance in the procedural processing of temporary disability in the interests of efficiency and effectiveness and the principle of non-discrimination, have opened up a new multifaceted and heterogeneous juridical debate.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ESPECIALIDAD DE NUEVAS SITUACIONES DETERMINANTES DE INCAPACIDAD TEMPORAL
3. NOVEDADES PROCEDIMENTALES Y DE GESTIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL
4. LOS “RETOQUES” DE LA REFORMA DE 2023 EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL:
 - 4.1. La Inspección Médica del Instituto Nacional de Seguridad Social
 - 4.2. Prórroga ordinaria de carácter automático
 - 4.3. La colaboración en el pago de la prestación
 - 4.4. La disconformidad con el alta médica:
 - 4.4.1. La disconformidad del interesado
 - 4.4.2. La disconformidad de la mutua colaboradora de la Seguridad Social
5. NUEVAS CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA RELACIÓN LABORAL
 - 5.1. La derogación del despido por micro-absentismo
 - 5.2. La nulidad (o no) del despido por enfermedad
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El año 1994 constituye un importante punto de inflexión en la hoy denominada Incapacidad Temporal (en adelante, IT) como contingencia protegida del Sistema de Seguridad Social. A través de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, la IT emerge como contingencia protegida, aunándose en ella la entonces incapacidad laboral transitoria (ILT) e invalidez provisional, y escindiéndose la maternidad como contingencia independiente. Desde dicha fecha no nos es extraño advertir, de modo casi constante, modificaciones de mayor o menor calado en la IT. Modificaciones que pretenden, fundamentalmente, mejorar la gestión, procedimiento y control de la misma, así como a tenor de ello, minimizar la posibilidad de actuaciones fraudulentas que, siempre amenazantes, sobrevuelan a esta contingencia.

Nuevas reformas se han producido recientemente; reformas que ponen de nuevo en el punto de mira a la IT. Debemos señalar que, pese a que algunas de tales reformas vuelven a incidir sobre cuestiones ya “tradicionales”, son otras las circunstancias concurrentes que han llevado al legislador a detenerse en la IT desde perspectivas diferentes a las que hasta ahora nos tenía acostumbrados. Nos estamos refiriendo, primero, a la recurrencia a la misma como punto referente para garantizar una mejora en el tratamiento de determinadas situaciones patológicas de la salud de las mujeres¹, lo que ha supuesto la inclusión de las denominadas “situaciones especiales”. Segundo, la repercusión de las nuevas tecnologías en la Administración, con la necesidad de avanzar, como no podría ser de otro modo, en

¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 1 de marzo).

la tramitación procedimental de la IT en aras de la eficiencia y eficacia. Tercero, no hemos de olvidar que el carácter dual de dicha contingencia, al ser a la vez causa de suspensión de la relación laboral, hace que la injerencia en esta última haya provocado ciertas consecuencias y repercusiones en la tutela de los derechos fundamentales. Específicamente, la conexión entre enfermedad, discapacidad y despido, ha reclamado el interés de los tribunales, nacionales y comunitarios, así como del propio legislador. Ello se ha traducido, por un lado, en la derogación del artículo 52 d) ET, así como en la posibilidad de apreciar la nulidad del despido por enfermedad en determinadas circunstancias.

Estas cuestiones requieren pues una necesaria una reflexión a fin de conocer el alcance de las mismas, sus posibles consecuencias, tanto en su dimensión laboral como de protección social, y poder ofrecer respuesta a las dudas emergentes, si las hubiera.

2. LA ESPECIALIDAD DE NUEVAS SITUACIONES DETERMINANTES DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Las “tradicionales” situaciones determinantes de IT (enfermedad común, accidente no laboral, enfermedad profesional, accidente de trabajo o los periodos por observación de enfermedad profesional), que han venido manteniéndose inalterables desde tiempo atrás, son objeto de ampliación por la LO 1/2023, de 28 de febrero². Dicha Ley introduce modificaciones en la LO 2/2010, de 3 de marzo³ (en adelante, LOSR), así como en la propia LGSS, dando cabida a las llamadas “situaciones especiales de IT”.

En primer lugar, hemos de destacar la inclusión de un nuevo precepto en la LOSR. Dicha Ley, bajo la rúbrica “Medidas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social sobre la salud durante la menstruación”, dispone que, a fin de conciliar el derecho a la salud con el empleo, se reconoce a las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias, el derecho a una situación especial de IT en los términos establecidos por la LGSS (artículo 5 ter). El preámbulo de la LO 1/2023 justifica la inclusión de esta nueva situación especial, con el fin de mejorar el tratamiento de aquellas situaciones patológicas que se proyectan en la salud durante la menstruación, así como dar una regulación adecuada a esta situación patológica con el fin de eliminar cualquier tipo de sesgo negativo en el ámbito laboral. En aras de dar cumplimiento a la previsión del artículo 5 ter, se modifica por la DF tercera

² Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 1 de marzo).

³ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE de 4 de marzo).

de la Ley 1/2023, el artículo 169 1 a) LGSS, incluyendo un segundo párrafo en el que se contempla, como situación especial de IT por contingencias comunes, aquella en que pueda encontrarse la mujer en caso de menstruación incapacitante secundaria.

Se hace necesario delimitar qué entender por “menstruación incapacitante secundaria”, la cual, si bien es definida en el artículo 2.6 de la LOSR, como aquella situación de incapacidad derivada de una dismenorrea generada por una patología previamente diagnosticada, encuentra una referencia más amplia en el propio preámbulo de la LO 1/2023, al mencionar la dismenorrea secundaria asociada a patologías tales como endometriosis, miomas, enfermedad inflamatoria pélvica, adenomiosis, pólipos endometriales, ovarios poliquísticos, o dificultad en la salida de sangre menstrual de cualquier tipo, pudiendo implicar síntomas como dispareunia, disuria, infertilidad, o sangrados más abundantes de lo normal, entre otros.

Evidentemente, la inclusión ahora de dichas dolencias no significa que, con anterioridad a la misma, la alteración de la salud e incapacidad para prestar servicios que dichas causas pudieran originar en la mujer no fueran protegidas, que sí lo eran a través de la IT derivada de contingencias comunes⁴. Tratemos a continuación pues de ver la incidencia que el reconocimiento del carácter especial de esta situación puede tener frente a su configuración como IT, llamemos “ordinaria”.

La primera consideración hemos de realizarla respecto del periodo de carencia, el cual no se exigirá en estos casos (artículo 172 a) segundo párrafo LGSS), lo que lleva a asimilar dicha situación especial a la IT derivada de contingencias profesionales o de accidente no laboral. En cuanto al nacimiento del derecho a prestación económica, en los supuestos en los que procediera su reconocimiento se vuelve a establecer una distinción. Así, en el supuesto de menstruación incapacitante secundaria, la prestación económica se abonará desde el día de la baja en el trabajo y lo será a cargo de la Seguridad Social, por lo que difiere evidentemente del régimen jurídico del abono de la prestación en el supuesto de IT por contingencias comunes que no responda a dicho carácter especial (artículo 173 LGSS).

Particularidad se aprecia igualmente en el no cómputo, a efectos de recaída, de los sucesivos procesos de IT que trajeran consecuencia en la menstruación incapacitante, lo que, evidentemente, trae su razón de ser en la naturaleza periódica de la afección. A tales efectos, se excepcionan como recaída, los procesos por bajas médicas por menstruación incapacitante secundaria, en los que cada proceso se

⁴ En este sentido, puede verse la prolija relación de dolencias que, relacionadas con la menstruación secundaria incapacitante, se recogen en el apartado 15 del Manual de Tiempos óptimos de IT, publicados por el INSS (https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/d24cc76a-e1f4-49b6-b36f-fb8fc00a32a7/Manual+Tiempos+%C3%93ptimos+IT_Castellano_v4.0_Accesibilidad.pdf?MOD=AJPERES) Acceso 8 de mayo de 2024.

considerará nuevo, sin computar a los efectos del período máximo de duración de la situación de IT y de su posible prórroga (artículo 169.2 segundo párrafo LGSS).

Dicho lo anterior, una cuestión que nos plantea cierta duda es la apreciación de estas particularidades y la concurrencia de estos procesos de IT con aquellos que se contemplan con carácter general derivados de determinadas dolencias directamente relacionadas con la “menstruación incapacitante secundaria”. En la mente del legislador parece atisbarse que la finalidad de la inclusión de esta situación especial no es otra que la de reconocer una especial cobertura a dichas afecciones durante los días del mes que corresponda, dando pues una previsión a dicha duración⁵, sin tener en cuenta que algunas de las dolencias que puedan originar esa “menstruación incapacitante secundaria” aparecen previstas con una duración diferente y más amplia frente a la que parece preverse de solo varios días en el lapso de un mes. A modo de ejemplo, una descripción tan amplia como “dolor y otras afecciones asociadas a órganos genitales femeninos y al ciclo menstrual”, prevé un tiempo estándar de 14 días o “menstruación excesiva y frecuente con ciclo irregular” (que podría ser o no incapacitante secundaria), 10 días⁶.

A la vista de lo señalado, entendemos que, para apreciar esta situación de IT como especial se requerirá que haya un previo diagnóstico de alguna de las dolencias incapacitantes, las cuales, como parece apreciarse, cubren un amplio espectro. Es decir, puede darse el caso de que una dolencia relacionada con la menstruación no secundaria exija un periodo previo de cotización frente a otra que no lo requerirá, aun teniendo aquella una previsión de mayor duración que esta. Igualmente, la excepción del cómputo a efectos de la recaída, creemos que no solo abarca al ciclo mensual (previsión de 4 días) sino a todo el lapso temporal que corresponda, por lo que pueden ser lapsos más amplios que pueden repetirse, por ejemplo, cada tres semanas.

Lo expuesto no es sino una reflexión sobre la complejidad jurídica y práctica de esta situación especial, la cual, a nuestro parecer, podría haber sido simplificada reconociéndose con carácter general a la menstruación incapacitante, indiferentemente de primaria o secundaria, ya que lo que determina el nacimiento de la IT es la alteración de la salud que imposibilita la prestación de servicios. Si la finalidad, como se señalaba, es la protección de dicha situación patológica, cuando esta revista tal carácter así será protegida, indistintamente de cuál pueda ser el origen de la misma. Lo contrario, creemos que llevará en la práctica, o bien a una

⁵ Se afirma por algunos autores que “el carácter del proceso no debería superar los cuatro días”. En este sentido, Trillo García, A., “Configuración y desfiguración de la Incapacidad Temporal” en *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social, Tomo I, Libro Homenaje al Profesor Tortuero Plaza* (J.L. Monereo, Dir.), Laborum, 2024, p.423

⁶ Manual de Tiempos óptimos de IT, publicados por el INSS, op.cit (Códigos CIE-10: N92 1, N94, respectivamente).

complejidad que dejará vacía de contenido la medida, o bien a una laxa aplicación de la misma. Consecuencia ello, a nuestro parecer, de un mal hacer del legislador.

En segundo lugar, junto a la situación especial por “menstruación incapacitante secundaria”, la LO 1/2023 introduce dos situaciones especiales relacionadas con la gestación: su interrupción y el inicio de la trigésimo novena semana de aquella. Así, dicha Ley dispone que los servicios públicos de salud garantizarán la regulación de una situación especial de IT para la mujer que interrumpa, voluntariamente o no, su embarazo, en los términos establecidos en la LGSS (artículo 7 bis e). Por su parte, el mismo precepto reconoce como situación especial de IT, la de la mujer embarazada desde el día primero de la semana trigésima novena de gestación (artículo 7 bis f). A tales efectos, la LGSS reconoce situaciones especiales de IT, la interrupción del embarazo, voluntaria o no, mientras reciba asistencia sanitaria por el Servicio Público de Salud y esté impedida para el trabajo, así como la de gestación de la mujer trabajadora desde el día primero de la semana trigésima novena (artículo 169.1 a) segundo párrafo).

En cuanto al origen de estas tres situaciones especiales, podemos señalar que es común, pues así lo señala expresamente el legislador al indicar que se trata de “situaciones especiales de IT por contingencias comunes”, salvo que la interrupción del embarazo fuera debida a accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso tendrá la consideración de IT por contingencias profesionales. Origen común que ha de tomarse con las debidas cautelas respecto de la aplicabilidad del régimen jurídico que, con carácter general, se aplica en tales casos (a excepción del supuesto de accidente no laboral que, pese a ser común su origen, se exceptiona del requisito previo de cotización). Y ello, a tenor de la ausencia del requisito de cotización previa en el supuesto de menstruación incapacitante, así como si la interrupción es ajena a una contingencia profesional.

Señalar igualmente, en cuanto al pago de la prestación, que, en la menstruación incapacitante, como indicábamos, la prestación económica se abonará desde el día de la baja en el trabajo y lo será a cargo de la Seguridad Social. En los otros dos supuestos especiales, la prestación económica será abonada desde el día siguiente a la baja y a cargo de la Seguridad Social, correspondiendo al empresario asumir la prestación salarial del día de baja. Ello asimila estas dos últimas situaciones a una IT derivada de contingencias profesionales, pese a que a la hora de su configuración como situaciones determinantes de IT solo lo hace el legislador respecto de la interrupción del embarazo con origen en contingencia profesional.

El reconocimiento de estas nuevas situaciones especiales hace necesario detenerse en el posible tránsito entre prestaciones. A este respecto, y en lo concerniente a la duración del subsidio, el legislador introduce en mención al tránsito entre la situación especial derivada de la 39ª semana de gestación, riesgo durante embarazo y prestación por nacimiento (artículo 173.2 LGSS). Evidentemente, no procederá la prestación por IT especial si antes del inicio de

dicha 39ª semana, la trabajadora había iniciado una suspensión por riesgo durante embarazo que estuviera vigente al inicio de dicha semana, por lo que en este caso no se apreciará aquella contingencia. Por su parte, en el caso de que, al inicio de dicha semana, la trabajadora estuviera en activo comenzará el percibo de la prestación económica por IT especial, la cual se extinguirá el día del parto, al iniciarse el percibo de la prestación por nacimiento; lo que hemos de entender, sin perjuicio de que la trabajadora hubiera optado por iniciar la suspensión por nacimiento antes de producirse el parto⁷, ya que la cuantía de esta prestación (salvo mejora voluntaria de la IT) es superior a la que corresponde por IT. Más complejo pudiera ser el tránsito entre una IT derivada de enfermedad común con origen en la gestación y el inicio de la 39ª semana. Un sector de la doctrina aboga por la continuidad de la IT ordinaria⁸, solución por la que optaríamos siempre que el paso a la situación especial no originara beneficio alguno para la mujer embarazada, por ejemplo, el que se contemplara en convenio colectivo alguna mejora voluntaria de la prestación en tales casos especiales.

Una reflexión creemos ha de hacerse también respecto de la situación especial de interrupción involuntaria del embarazo⁹ y la prestación por nacimiento al amparo de la previsión del artículo 8.4 segundo párrafo del RD.295/2009, de 6 de marzo¹⁰. Este precepto asimila al fallecimiento del hijo, el supuesto de pérdida, aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante, al menos, ciento ochenta días. Es por ello que creemos pueden plantearse distintas opciones: a) Si la interrupción del embarazo involuntaria se produjera antes de los ciento ochenta días señalados, la contingencia protegida sería la IT especial b) Si dicha interrupción ocurriera transcurridos dichos 180 días, la situación protegida podría ser tanto una como otra, teniendo en cuenta que para la protección de la IT especial no sería necesario periodo de cotización previa que sí se podría exigir (dependiendo de la edad de la beneficiaria) para la

⁷ Recordar a estos efectos la previsión del artículo 48.4 sexto párrafo ET: “No obstante, la madre biológica podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto”.

⁸ Trillo García, A., “Configuración y desfiguración de la Incapacidad Temporal...”, op.cit., p.427.

⁹ Se hace mención únicamente a la interrupción involuntaria pues los plazos previstos en los artículos 14 y 15 a) y b) LOSR, respecto de la interrupción voluntaria del embarazo, no alcanzan el tiempo aquí referido. Respecto del apartado c) del artículo 15 LOSR, la no estipulación de plazo puede, dependiendo de cuál sea este, la inclusión o no en el supuesto analizado.

¹⁰ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE del 21). Entendemos que en tanto no hay una derogación expresa de esta disposición reglamentaria, solo se derogará tácitamente lo que contrarie disposiciones posteriores y/o superiores. Derogación tácita que, a la fecha, entendemos no se ha producido respecto del precepto citado.

prestación por nacimiento. Reuniendo, si se necesitara, el requisito de cotización para la prestación por nacimiento, entendemos que la situación protegida que procedería sería la correspondiente al nacimiento del menor, dado que esta supone una prestación económica más elevada que la correspondiente a la IT especial. Ahora bien, creemos que la interesada, a tenor de sus circunstancias personales, tendrá la opción de reconducir la situación a una u otra contingencia (IT especial por interrupción voluntaria del embarazo o nacimiento del menor).

Tras lo expuesto, podemos señalar que la inclusión de estas nuevas situaciones especiales ha ido más allá del simple reconocimiento de las mismas como situaciones determinantes de IT, particularizándose determinadas cuestiones como los requisitos exigidos a las beneficiarias para tener derecho a la correspondiente prestación económica o el nacimiento y duración de esta. Respecto de los requisitos exigidos, el legislador solo exige periodo de cotización previa en el supuesto de la 39ª novena semana de gestación, eximiendo de dicho requisito en el caso de interrupción del embarazo y de menstruación incapacitante. Periodo de cotización que no asimila al exigido a la IT derivada de enfermedad común sino al exigido para la prestación por nacimiento y cuidado del menor. Ciertamente, la existencia de cotización previa en el avanzado periodo de gestación no casa con la defensa del derecho a la salud de la mujer que se refleja en el preámbulo de la LO 1/2023, de 28 de febrero. La exigencia de ese requisito supondrá obligar a la mujer, en avanzado estado de gestación que carezca de dicho periodo de cotización, a continuar desempeñando su prestación de servicios si quiere evitar una desprotección económica pues, la deriva hacia una situación de IT por contingencia común exigiría cumplir igualmente con un requisito previo de cotización, y, salvo en el caso de que la edad de la mujer fuese inferior a 21 años, también lo sería para acceder a la protección por nacimiento. Así pues, entendemos que, dado que una vez producido el nacimiento, la mujer contaría con protección económica del sistema, bien en su modalidad contributiva o asistencial, la respuesta a la protección de la salud de la mujer, que tan profusamente es defendida en el preámbulo de la LO 1/2023, debería haber contemplado el reconocimiento de la protección económica desde dicha semana sin exigencia de cotización previa, actuando pues como “puente económico” hasta el momento del parto.

En cuanto al ámbito de aplicación de tales situaciones especiales en otros regímenes de la Seguridad Social distintos del RGSS al que se refieren los preceptos indicados, la LO 1/2023, introdujo mención expresa respecto del Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar; la Seguridad Social de las fuerzas armadas; Seguridad Social del personal al servicio de la administración de justicia y Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado¹¹. Sin embargo, el silencio

¹¹ Respectivamente, D.F undécima: Modificación de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (BOE de 22 de octubre); D.F. cuarta: Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social

normativo respecto de otros regímenes como el RETA o el Régimen especial de la minería del carbón ha hecho necesario un pronunciamiento expreso del INSS¹². La interpretación ofrecida a tenor del artículo noveno del RD.1273/2003, de 10 de octubre¹³, así como del artículo 5.2 del Decreto 298/1973, de 8 de febrero¹⁴, ha llevado a afirmar por dicha entidad que, puesto que la normativa específica de ambos regímenes hace una clara remisión a la aplicación de lo dispuesto en el RGSS, se considera que las modificaciones normativas que afectan a las nuevas situaciones especiales de IT son igualmente aplicables al RETA y al REMC.

A modo de conclusión, señalar, bajo nuestro punto de vista, que la inclusión de tales situaciones especiales como determinantes de la contingencia de IT ha supuesto un “galimatías jurídico”. Esa adjetivación como “especiales” de dichas situaciones parece querer justificar la ruptura con el régimen jurídico de la IT “no especial”. La inclusión de dichas situaciones especiales en la contingencia de IT, si así quería haberse realizado, debería respetar, a nuestro entender, el régimen jurídico para dicha contingencia establecido y si el mismo no respondía a la finalidad de protección querida por el legislador, optar por la inclusión *ad hoc* de una contingencia independiente que incluyera las tres situaciones especiales, tal y como ya había hecho en situaciones como la corresponsabilidad en el cuidado del lactante. Contingencia esta última con una ridícula justificación y proyección si la comparamos con las analizadas situaciones especiales relacionadas con la salud de la mujer. Máxime cuando la opción vigente supone volver a aunar la naturaleza

de las Fuerzas Armadas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio (BOE de 14 de junio); D.F. quinta: Modificación del Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia (BOE de 28 de junio); D.F. sexta: Modificación del texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio (BOE de 28 de junio).

¹² Criterio de gestión 14/2023, de 1 de junio, de la Subdirección General de ordenación y asistencia jurídica del INSS. Materia: Situaciones especiales de IT.

¹³ Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia (BOE de 22 de octubre): Artículo noveno: “La prestación económica por incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia, cualquiera que sea la contingencia de la que derive, se regirá por lo previsto en este capítulo y, en lo no regulado en él, por lo establecido en el Régimen General, sin perjuicio de las especialidades previstas con respecto a las situaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional”.

¹⁴ Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero): Artículo quinto dos: “Las prestaciones y demás beneficios que comprende la acción protectora de este Régimen Especial serán los mismos que los del Régimen General y se aplicarán con la misma extensión, forma, términos y condiciones que en aquél, sin otras particularidades que las que resulten de lo dispuesto en el presente Decreto o en sus normas de aplicación y desarrollo”.

femenina con la enfermedad, cuestión tan discutida y que parecía superada a tenor de la consideración de la maternidad como contingencia independiente (hoy protección por nacimiento), sin olvidar que en toda maternidad biológica existe un periodo de tiempo de suspensión y protección directamente relacionado con la salud de la mujer¹⁵.

3. NOVEDADES PROCEDIMENTALES Y DE GESTIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD TEMPORAL

La LPAC¹⁶ disponía ya en su preámbulo que, si bien tanto su antecesora la LRJPAC¹⁷ como la LACCCSP¹⁸ ya habían sido conscientes del impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones administrativas, estableciéndose en esta última el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas, y la obligación de éstas de dotarse de los medios y sistemas necesarios para que ese derecho pudiera ejercerse, aún era necesario continuar avanzando en ello, no pudiendo ser la tramitación electrónica una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debería constituir la actuación habitual de las Administraciones. Grandes avances de buenas intenciones se han realizado desde 2015. El Plan de digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025, como elemento principal del componente 11 del PRTR¹⁹, pretende continuar mejorando la eficiencia y eficacia de las Administraciones Públicas, contemplando así dentro de su eje 2, “Proyecto de alto impacto en la digitalización del sector público”, concretamente en su medida 13, la “transformación digital...en Seguridad Social”. Dicho Plan se incardina dentro de la iniciativa “España Digital 2026”, contemplándose especialmente en dicha iniciativa la automatización de sistemas especialmente empleados por la GISS (Gerencia Informática de la Seguridad Social) o en la interoperabilidad entre el INSS y otros organismos públicos.

¹⁵ La doctrina ya venía abogando por “imputar a la maternidad y no a la incapacidad temporal los episodios que afecten a la gestación”, abordando así un concepto unitario de maternidad, Sempere Navarro, A.V. *et alrii*, “Hacia un nuevo modelo de gestión de IT”, *FIPROS*, 2005, https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7ed517a0-9ad5-49d2-aaa1-7375ebf9f19a/F_2005_23.pdf?MOD=AJPERES, p.186

¹⁶ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre).

¹⁷ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre).

¹⁸ Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (BOE de 23 de junio).

¹⁹ Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (<https://planderecuperacion.gob.es/plan-espanol-de-recuperacion-transformacion-y-resiliencia>).

En este “*iter* tecnológico”, se promulga el RD 1060/2022, de 27 de diciembre²⁰, en aras de ofrecer, según se indica en este, eficiencia y eficacia a algunos de los aspectos procedimentales y de gestión de la IT.

Hemos de recordar que el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio se aplicará, durante los primeros trescientos sesenta y cinco días, a los procesos de IT, cualquiera que sea la contingencia determinante, en los que se encuentren quienes estén incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, por desarrollar un trabajo o actividad por cuenta ajena o propia; quedando excluidos los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas, de los Funcionarios Civiles de la Administración del Estado y del personal al servicio de la Administración de Justicia (artículo 1).

La protección social de carácter económico, así como, si procede, el efecto suspensivo sobre la relación laboral que acompaña a la contingencia de IT, requiere determinados actos que pongan en marcha la maquinaria burocrática necesaria para el reconocimiento y concesión de dicha protección al beneficiario. El primer eslabón lo constituye la declaración de la baja médica, la cual se formulará en el denominado “parte médico de baja”. El órgano competente para la emisión de dicho parte será o bien el médico del servicio público de salud que haya efectuado el reconocimiento del trabajador afectado²¹ o, los servicios médicos de una mutua colaboradora de la Seguridad Social²² o los servicios médicos de la empresa colaboradora²³.

El RD.1060/2022 no introduce modificación relevante en cuanto a los plazos de emisión de los partes de baja y de confirmación según la modificación realizada en 2017²⁴; más allá de la adecuación terminológica de sustituir la expresión “trabajador” por “persona trabajadora” y prever la posibilidad para el facultativo

²⁰ Real Decreto 1060/2022, de 27 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE de 5 de enero).

²¹ Reconocimiento que, de conformidad con lo señalado en el artículo 2.2. del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, permitirá la determinación objetiva de la IT para el trabajo habitual y, a cuyo efecto, el médico requerirá al trabajador los datos necesarios que contribuyan tanto a precisar la patología objeto de diagnóstico, como su posible incapacidad para realizar su trabajo.

²² En el caso de que la causa de la baja médica sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y el trabajador preste servicios en una empresa asociada, para la gestión de la prestación por tales contingencias, a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, o se trate de un trabajador por cuenta propia adherido a una mutua para la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de las mismas contingencias.

²³ Cuando se trate de trabajadores asegurados por su propia empresa, en virtud de la colaboración prevista en el artículo 102.1.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

²⁴ Artículo 3.2 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio.

del órgano competente que emite el parte de baja o confirmación, de fijar la correspondiente revisión médica en un plazo inferior al que con carácter general se establece en dicho precepto, atendiendo a la duración estimada de los procesos en cuestión. Criticable es, a nuestro juicio, la técnica legislativa aquí utilizada por el legislador al introducir completo el apartado 3 del artículo 2 del RD.625/2014, para tan nimia modificación. Quizás hubiera sido más acertado hacer simplemente mención a dicho cambio terminológico y a la inclusión del nuevo párrafo, en lugar de obligar al jurista a indagar en un farragoso análisis de un precepto que se mantiene intacto en la modificación normativa, salvo lo señalado.

Relevante sí es, a los efectos de agilización procedimental, la modificación de la tramitación del parte médico de baja, confirmación y alta. Con antelación a la modificación introducida en 2022, una vez expedido por el facultativo el parte médico de baja, confirmación o alta, el interesado recibía dos copias del mismo, una copia para el propio interesado y otra con destino a la empresa. Copia esta última que el interesado debía entregar a la empresa en el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición, en el caso del parte médico de baja y de confirmación y dentro de las veinticuatro horas siguientes, si se trataba de parte de alta. La entrega de esta copia se haría ante la entidad gestora o la mutua, según correspondiera, si durante el período de baja médica se hubiese producido la finalización del contrato de trabajo.

Al amparo de la modificación introducida por el RD.1060/2022, desaparece la obligación del interesado en cuanto a la entrega de los partes indicados. Así, el interesado recibirá únicamente su copia del parte. A partir de dicho momento, el interesado es ajeno a la “tramitación del procedimiento”. Su hasta ahora papel activo en la continuación del procedimiento será asumido por el servicio público de salud, o en su caso por la mutua o por la empresa colaboradora, en los términos siguientes.

Servicio público de salud, mutua o empresa colaboradora (atendiendo a quien hubiera expedido el parte en cuestión) asumen la obligación de remitir al INSS, por vía telemática, los datos contenidos en los partes médicos. Dicha remisión debe realizarse de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente a su expedición²⁵. Hemos de señalar en este punto, la excepción prevista en la OESS/1187/2015, de 15 de junio, en cuanto al plazo señalado²⁶. En dicha Orden se prevé que, cuando el facultativo no dispusiera de los medios indicados en el

²⁵ Artículo 7. 1.segundo párrafo del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, según nueva redacción dada por el RD.1060/2022, de 27 de diciembre.

²⁶ Artículo 9.1. segundo párrafo de la OESS/1187/2015, de 15 de junio, por la que se desarrolla el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración (BOE de 20 de junio), modificada por Orden ISM/2/2023, de 11 de enero (BOE de 13 de enero).

párrafo anterior (mención que ha de entenderse realizada a medios telemáticos), las actuaciones se llevarán a cabo a través de los partes médicos en soporte papel en los modelos establecidos; si bien, sí se prevé expresamente la remisión telemática al INSS de los datos correspondientes de dichos partes, en el plazo de los dos días hábiles siguientes a su expedición.

Una vez recibidos dichos datos por el INSS, será esta entidad gestora la competente para comunicar a la empresa (salvo, que se tratara de empresa colaboradora, dado que es ella la que ha remitido los datos en cuestión), los datos identificativos de carácter administrativo relativos a los partes médicos (según corresponda, de baja, confirmación o alta). Obligación que habrá de cumplir en el primer día hábil siguiente al de su recepción²⁷.

En los supuestos de baja médica, se mantiene la obligación para la empresa, ya prevista con anterioridad a la reforma, de transmitir (antes remitir) al INSS, a través del sistema RED, los datos previstos en el anexo III de la OESS/1187/2015, de 15 de junio (con anterioridad, la empresa venía obligada a cumplimentar en el parte de baja, confirmación o alta, los datos que le correspondieran). Obligación que habrá de cumplir con carácter inmediato y, en todo caso, en el plazo máximo de tres días hábiles contados desde la recepción de la comunicación de la baja médica. Se excluye expresamente dicha obligación cuando la persona trabajadora pertenezca a algún colectivo respecto del que la empresa o empleador no tenga obligación de incorporarse al sistema RED. En este caso, la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, tras la reforma operada en 2023, prevé que dichas comunicaciones se practicarán por medios electrónicos, a través del servicio correspondiente de la sede electrónica de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones (SEDESS), de acuerdo con lo previsto en la regulación de las notificaciones y comunicaciones electrónicas en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social, cuando el destinatario esté obligado a su utilización o hubiese optado por ella; realizándose, en otro caso, la comunicación mediante correo ordinario, sin perjuicio de la puesta a disposición a través del citado servicio de forma simultánea.

La simplificación de la tramitación se incorpora igualmente en el supuesto de expedición de parte médico de alta por el inspector médico del INSS o del ISM, conforme a lo previsto en el artículo 170.1 o en la DA Primera 4 LGSS. En este caso, corresponden a tales entidades trasladar los datos contenidos en dicho parte de alta, al servicio público de salud o, si corresponde, a la mutua. Comunicación que habrá de realizarse de manera inmediata y, en todo caso, en el primer día hábil siguiente al de dicha expedición. Así pues, desaparece la obligación para la persona trabajadora de entregar copia del parte médico de alta a la empresa, recibiendo él únicamente su copia como interesado, sin perjuicio de la previsión normativa de

²⁷ Artículo 7. 2.primer párrafo del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y artículo 10 OESS/1187/2015, de 15 de junio, según nueva redacción dada por Orden ISM/2/2023, de 11 de enero.

que el inspector médico le exprese la obligación de incorporarse al trabajo el día siguiente al de la expedición. A estos efectos, podemos señalar que el legislador ha perdido la oportunidad de corregir la imprecisa o inadecuada redacción de la fecha de incorporación, pues no en todo caso dicha incorporación podría proceder el día siguiente de la expedición del parte médico de alta, dado que dicho día puede ser no laborable con carácter general o no serlo para la persona trabajadora a tenor, por ejemplo, de los turnos que ella pudiera tener asignados en su prestación de servicios. Por ello, quizás hubiera sido más adecuado, a fin de evitar dudas interpretativas, señalar que la obligación de incorporarse lo sería en el primer día laboral según correspondiera a la persona trabajadora. Asimismo, en estos casos corresponderá a la entidad gestora comunicar a la empresa para su conocimiento, respecto de la persona trabajadora, aquellos datos meramente administrativos del parte médico de alta emitido, como máximo en el primer día hábil al de su expedición.

Corresponde al INSS dar el trámite correspondiente a los partes médicos y a los datos comunicados por las empresas, atendiendo a las particularidades procedimentales y de gestión previstas; dando cumplimiento a lo previsto en cuanto a su relación con el ISM, mutuas y las obligaciones para con la TGSS²⁸.

Hemos de señalar que las modificaciones indicadas, en cuanto eliminan a la persona trabajadora como parte activa en la tramitación de los partes médicos, tienen también su repercusión, como no podía ser de otro modo, en el ámbito de la relación laboral. Así, venía siendo común la tipificación en Convenio Colectivo como falta disciplinaria, la no entrega del trabajador del parte médico de baja en el tiempo establecido²⁹. La desaparición de dicha obligación ha supuesto la inclusión de nuevos incumplimientos como falta disciplinaria, mayoritariamente calificadas como leves. Faltas disciplinarias en las que se tipifica la no comunicación o no notificación de la ausencia o inasistencia al trabajo por causa justificada, salvo la imposibilidad de hacerlo; en algunos casos estableciendo un plazo límite posterior y, siendo más dudosa su procedencia en el caso que nos ocupa, con un tiempo de antelación³⁰.

¿Supone la tipificación de dicha conducta el establecimiento de una obligación para el trabajador relacionada con su situación de IT, pese a que el legislador ha

²⁸ Artículo 7.3 del Real Decreto 625/2014, de 18 de julio y artículo 13 OESS/1187/2015, de 15 de junio.

²⁹ Recordemos que el artículo 7.1 RD.625/2014, de 18 de julio, preveía en su redacción anterior a la reforma que “en el plazo de tres días contados a partir del mismo día de la expedición de los partes médicos de baja y de confirmación de la baja, el trabajador entregará a la empresa la copia destinada a ella”.

³⁰ A modo de ejemplo, III CC del Grupo Acciona Energía (Resolución de la DGT de 9 de mayo de 2024, BOE de 21 de mayo), que tipifica como falta leve “no cursar en tiempo oportuno el justificante de ausencia correspondiente cuando se falte al trabajo por motivos justificados, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado”; CC de TK elevadores España, SLU, para Madrid y Valencia (2024-2027) (Resolución de la DGT de 9 de mayo de 2024, BOE de 20

eliminado la obligación referida? Ciertamente, así es. Sin embargo, no hemos de olvidar la repercusión que sobre la relación laboral y sobre la organización productiva tiene la ausencia del trabajador. Bien es cierto que el empleador recibirá dicha comunicación directamente desde la entidad responsable en los plazos establecidos, pero nada obsta a ello, volvemos a insistir, dada la repercusión sobre la organización empresarial, la comunicación del trabajador en IT desde el momento en que se reconozca dicha situación, con el fin de evitar posibles perjuicios al empresario como consecuencia de las demoras en las gestiones administrativas.

4. LOS “RETOQUES” DE LA REFORMA DE 2023 EN LA INCAPACIDAD TEMPORAL

Como señalamos en nuestra introducción, el legislador es reticente a olvidarse de la IT en las diferentes reformas promovidas en materia de Seguridad Social. Prueba de ello es el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo³¹ que pese a, según se deduce de su denominación, tener como objetivo primordial nuestro sistema de pensiones, no elude la ocasión para modificar algunos aspectos de la IT. Ciertamente, no son en este caso modificaciones de envergadura- de “retoques” en el procedimiento lo ha calificado algún sector de la doctrina³²- pero que no por ello dejan de suponer un nuevo giro, principalmente en lo que a la asunción de competencias se refiere, teniendo pues un alcance mayor³³.

de mayo), con la misma calificación: “no notificar con carácter previo o en su caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la falta, la razón de la ausencia al trabajo, a no ser que pruebe la imposibilidad de haberlo hecho”; VII CC general de ámbito nacional del sector de aparcamientos y garajes (Resolución de la DGT de 6 de mayo de 2024, BOE de 17 de mayo) que califica como leve, “la no comunicación con cuarenta y ocho horas como mínimo de antelación, de cualquier falta de asistencia al trabajo por causas justificadas, a no ser que se acredite la imposibilidad de hacerlo”; CC Sav-Dam-Ideser UTE XXII Almozara (BOP Zaragoza de 25 de mayo de 2024), tipifica como falta leve, “no cursar en tiempo oportuno la baja correspondiente cuando se falte al trabajo por motivos justificados, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado”; CC de la empresa Car Tour S.A (BOCM de 25 de mayo de 2024), igualmente leve: “no comunicar con carácter previo una ausencia aún por motivo justificado, a no ser que se pruebe la imposibilidad de haberlo efectuado”.

³¹ Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE de 17 de marzo).

³² En este sentido, Fernández Orrico, Fco. J., “Reforma de las pensiones públicas y otros cambios de seguridad social por Real Decreto-Ley 2/2023”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 264/2023, p. 9.

³³ En este sentido, González Ortega, S. y Barcelón Cobedo, S., “El Real Decreto-Ley: las reformas en materia de ámbito subjetivo, prestaciones y sostenibilidad del sistema”, *Trabajo y Derecho*, nº 105/ 2023, p.5.

4.1. La Inspección Médica del Instituto Nacional de Seguridad Social

La “inspección médica del INSS” (en adelante, IMINSS) adquiere relevancia en la asunción de determinadas funciones y se erige con entidad propia más allá de las referencias antes existentes a los inspectores médicos a ella adscritos. Así, hasta el cumplimiento del plazo de duración de 365 días corresponden a aquella las mismas competencias que a la Inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, tanto para emitir un alta médica, a todos los efectos, como para considerar que existe recaída en un mismo proceso. Si bien dicha competencia ya venía siendo atribuida al INSS, la referencia lo era a “los inspectores médicos adscritos a dicha entidad”, siendo ahora esta mención sustituida por la inspección médica de tal entidad. Igualmente, será dicha inspección médica la competente (como lo venían siendo hasta ahora, sus inspectores médicos) para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología en los 180 días siguientes a aquella alta médica expedida desde el INSS.

Igualmente, en relación a las competencias de control de los procesos de IT una vez agotado el plazo de duración de 365 días, será la IMINSS, la única competente para emitir el alta médica por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, con propuesta de incapacidad permanente o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dicha entidad gestora. De igual modo, la citada inspección médica será la única competente para emitir una nueva baja médica, en los mismos términos que ya estaban previstos, es decir, en la situación de IT, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica. Si bien la atribución de competencia al INSS a estos efectos, ya venía recogida con anterioridad a esta reforma, no así el mismo órgano que dentro del INSS la tenía atribuida. Hasta la fecha, la misma venía siendo atribuida a los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador. Si bien, según se señala en el preámbulo del RD-Ley, dicha intervención no se estima necesaria, ya que la necesidad de asistencia sanitaria e impedimento para trabajar no implica para su comprobación una cualificación técnico-jurídica que haga necesaria la participación de profesionales distintos al facultativo médico.

Debe señalarse que la Inspección médica asumirá las funciones indicadas no solo en el ámbito del RGSS sino también en aquellos regímenes especiales en que así se dispusiera (DA primera 4 LGSS). No obstante lo señalado, en aquellas CCAA donde el INSS aún no disponga de inspección médica, y hasta tanto no se constituya y entre en funcionamiento la misma, las referencias a ella efectuadas se entenderán realizadas al órgano que realice las mismas funciones en dicha Comunidad Autónoma (DT 37ª LGSS).

4.2. Prórroga ordinaria de carácter automático

Relevante es la inclusión de prórroga automática en aquellos procesos de IT en los que, transcurridos los primeros 365 días del proceso, no se emite alta médica. En estos casos, se supondrá que el trabajador se encuentra en la prórroga de 180 días prevista en el artículo 169 1 a), al presumirse que, dentro de ese periodo puede ser dado de alta médica por curación o mejoría (artículo 170. 2 segundo párrafo LGSS). Lo que, a nuestro juicio, supone únicamente una minoración de los trámites administrativos en aras de la eficacia y agilidad procedimental, al evitarse un acto expreso para prorrogar en estos casos la IT, ya que la posibilidad de esta prórroga ordinaria sí estaba prevista en el artículo 169 mencionado. Será necesario analizar los efectos que dicha automaticidad puede tener sobre la duración de los procesos con el fin de comprobar si, la posible ausencia de alta médica lo es por inconvenientes en la gestión o por una real necesidad de prórroga motivada por la continuidad de la dolencia³⁴.

4.3. La colaboración en el pago de la prestación

Otro de los aspectos modificados por el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo es el lapso temporal de asunción de obligaciones respecto del pago de la prestación en virtud de la colaboración obligatoria, en aquellos casos en los que se produce el alta médica (artículo 170. 2 tercer párrafo LGSS). Así, con anterioridad a la reforma, dicha obligación cesaría el día en que se dictara resolución por el INSS acordando el alta médica y pasando, por tanto, dicho subsidio a abonarse directamente por la entidad gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social durante el periodo que media entre la fecha de la citada resolución y su notificación al interesado. La nueva redacción del precepto, por un lado, matiza los supuestos de alta médica a los que se refiere, es decir, alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos, y por otro, dispone que dicha colaboración obligatoria se mantiene hasta que se notifique el alta al interesado y, en el supuesto de expedición de alta médica con propuesta de IP (que se individualiza como causa de extinción, lo que aporta coherencia a la redacción del precepto), hasta el último día del mes en el que el INSS haya expedido dicho alta. En el supuesto en el que se cumpla el periodo máximo de 545 días, dicha colaboración obligatoria en el pago, finaliza en todo caso en dicha fecha.

³⁴ Como datos meramente ilustrativos, la duración media de los procesos de IT finalizados en febrero de 2024, fue de 41,89 días, a diferencia de la correspondiente a febrero de 2023, de 35,58 días. Evidentemente, la complejidad de los factores implicados no permite una conclusión indubitada pero sí una llamada de atención para el análisis y la reflexión (Datos obtenidos en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/EST46>).

No obstante, se mantiene expresamente que, en caso de colaboración voluntaria de las empresas, conforme a lo previsto en el artículo 102 1 a) LGSS, estas mantendrán el pago de la prestación a su cargo, hasta la fecha en que se notifique al interesado el alta médica, o la resolución por la que se extinga el derecho al subsidio (incluido en este caso, la prolongación de efectos económicos de la IT en el caso de alta médica con propuesta de IP o en el supuesto del transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días)³⁵. En concordancia con lo indicado, se excluye la mención que el precepto anterior hacía al apartado b) de dicho artículo 102. 1, ya que dicha remisión a la colaboración obligatoria es innecesaria a tenor de la nueva redacción del párrafo tercero del artículo 170.2 LGSS.

4.4. La disconformidad con el alta médica

4.4.1. La disconformidad del interesado

El proceso de disconformidad del interesado con el alta médica emitida, previsto en el actual artículo 170.3 LGSS (antes de la reforma, artículo 170.2), continúa en esencia el mismo *iter* que con anterioridad a la reforma de 2023, más allá de las menciones ya indicadas en otros preceptos, en cuanto a la IMINSS en lugar de a los inspectores médicos adscritos a dicha entidad, la clarificación del proceso al enunciar individualmente las distintas causas posibles del alta y discernir dicha situación de la prórroga de la IT (alta médica por curación, por mejoría o por incomparecencia a los reconocimientos médicos), así como una mejor sistematización y redacción que ofrece coherencia a dicho procedimiento frente a la anterior previsión normativa del artículo 170.2 LGSS.

Así, baste recordar que, la IMINSS, hasta el cumplimiento de los trescientos sesenta y cinco días de los procesos de IT, ejercerá las mismas competencias que la inspección de servicios sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo servicio público de salud, tanto para emitir un alta médica, como para considerar que existe recaída en un mismo proceso. Si dicha alta médica fuese expedida por la IMINSS, esta será la única competente para emitir una nueva baja médica, por la misma o similar patología, en los ciento ochenta días siguientes a dicha alta médica (artículo 170.1 LGSS). Una vez transcurrido el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días, dicha inspección médica sí será la única competente para emitir el alta médica, ya lo sea por curación, por mejoría que permita la reincorporación al trabajo, por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por dicha entidad gestora o, en su caso, por alta médica con propuesta de IP; reiterándose en estos casos, igualmente, la competencia única de dicha inspección médica para emitir una nueva baja médica por misma o similar patología, en los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica.

³⁵ Artículo 170. 2 cuarto párrafo LGSS.

Adviértase que, pese a ser la misma atribución de competencias la que corresponde a la IMINSS, en cuanto a la nueva baja médica que se produzca por la misma o similar patología, el legislador mantiene una previsión diferente en cuanto al cómputo del plazo; refiriéndose en el primer caso, a los “ciento ochenta días siguientes a la citada alta médica” y, en el segundo caso, “a los ciento ochenta días naturales posteriores a la citada alta médica”. Ello puede originar una duda interpretativa al amparo de lo señalado en el artículo 30.2 LPAC, en el que se establece que “siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos”. Es pues el dilema interpretativo, o bien se entiende en el primer caso que lo son naturales, pues así se dispone expresamente en el segundo de los supuestos, o, por aplicación de la LPAC se entiende que han de ser hábiles, y, por tanto, será la duración del proceso de IT en relación a el alta médica emitida por la IMINSS, la que determine el carácter hábil o natural de los días. Creemos que la ausencia de la calificación natural o hábil de los días en el primer supuesto, es un olvido del legislador; si bien, hubiera sido el momento de subsanar dicha omisión, habida cuenta que matizaciones terminológicas –y de menor envergadura- son las que parecen prevalecer en esta materia en el RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo.

Dicho lo anterior, se reconoce al interesado (como ya estaba previsto) la posibilidad de manifestar su disconformidad con el alta médica – ya lo sea por curación, por mejoría o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos- emitida por la IMINSS, una vez agotado el plazo de duración de los trescientos sesenta y cinco días. Dicha disconformidad se manifestará, en el plazo máximo de cuatro días naturales, ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud (en adelante, IMSPS).

Ante la disconformidad del interesado, la IMSPS tiene tres opciones: a) Confirmar la decisión médica de la IMINSS y, por tanto, adquiriendo plenos efectos dicha alta médica. b) No realizar pronunciamiento expreso alguno a este respecto, lo que supondrá que igualmente el alta médica adquiera plenos efectos una vez transcurridos once días naturales siguientes a la fecha de la resolución. c) Discrepar del criterio de la IMINSS. En este caso, la IMSPS podrá proponerle a la IMINSS, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de su decisión, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. La IMINSS deberá pronunciarse expresamente a este respecto; pronunciamiento expreso que podrá suponer, o bien la confirmación del alta médica (para lo que deberá aportar las pruebas complementarias pertinentes en los que fundamente su decisión), o bien su reconsideración, debiendo ser (confirmación o reconsideración) notificada al interesado y comunicada a la IMSPS. Dicho pronunciamiento expreso debe realizarse, según señala el precepto normativo, en los siete días naturales siguientes a contar, según se deduce pues no se señala en el mismo expresamente, desde la recepción de la disconformidad.

Evidentemente, el planteamiento de esta disconformidad incide sobre la situación de IT. A tales efectos, se prevé que dicha situación es prorrogada, en los supuestos de confirmación (bien expresa o tácita), entre la fecha del alta médica y aquella en la que esta produzca sus efectos. Hubiera sido deseable que el legislador mencionara de forma expresa dicha fecha de producción de efectos, ya que ello conlleva la obligación para el trabajador de reincorporarse a su puesto de trabajo. Así hemos de presumir, a tenor de lo indicado, que el momento de producción de los efectos será la fecha de notificación de la confirmación del alta médica (sin que se fije plazo para emitir dicha confirmación), y, por tanto, el trabajador deberá reincorporarse el día hábil inmediato posterior o bien, el duodécimo día siguiente a la fecha de el alta médica expedida (pues, como se ha señalado, transcurridos los once días naturales siguientes a la resolución, esta produce plenos efectos).

En el supuesto de discrepancia de la IMSPS, la reconsideración del alta por la IMINSS supondrá evidentemente la prórroga de la IT a todos los efectos y la continuidad del proceso, conforme a lo legalmente previsto. Por el contrario, si la IMINSS se reafirmara en dicha alta médica, la prórroga solo alcanzará hasta la fecha de la última resolución. Quizás hubiera sido más adecuado indicar “hasta la fecha de notificación de la última resolución”, con el fin de evitar que posibles demoras en dicha notificación origine el problema en relación a la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. Si la fecha de la resolución va a determinar la extinción de la prestación económica de IT, el día siguiente a dicha fecha debería ser la de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo con el fin de percibir su remuneración pertinente sin solución de continuidad. Pero, ¿qué ocurre en ese lapso de tiempo posible entre la fecha de resolución emitida y su notificación? Si el legislador ha tenido a bien introducir dicha matización en el artículo 175.5 LGSS, respecto de la prolongación de efectos económicos de la IT hasta notificación de la resolución que califica la IP, en idénticos términos debería haberlo hecho en este caso, no olvidando la dimensión dual (laboral y de protección social) de la IT.

Ahora bien, la conexión del posible planteamiento de esta disconformidad con la prórroga automática de carácter tácito analizada en el anterior apartado, ha hecho necesario que el INSS se pronuncie expresamente en el Criterio de gestión 12/2023 sobre el momento en el que se puede iniciar dicho procedimiento de disconformidad³⁶. Así se señala que, si no hubiera prórroga, el trabajador podrá iniciar el procedimiento de disconformidad frente al alta médica emitido por el INSS una vez agotados los 365 días, lo que supone que solo frente al alta médica emitida por la IMINSS el día 366 (o inmediato hábil posterior) pueda el interesado manifestar su disconformidad conforme al artículo 170.3 LGSS. Una interpretación de lo señalado en el Criterio técnico mencionado hace presuponer que, si no se expide el alta médica el día 366 del proceso o el inmediato hábil

³⁶ Criterio de gestión 12/2023 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

posterior, se prorrogará la situación de IT que, si bien, no empece a que el alta médica por curación, mejoría o incomparecencia, sea emitida a partir del día 367, en cuyo caso no procedería la disconformidad ante la IMSPS, sino directamente la reincorporación al trabajo y, en su caso, la vía judicial prevista en el artículo 140 LRJS. Lo expuesto hace que nos planteemos, en relación con la previsión normativa anterior a la reforma, si es dicha consecuencia la que efectivamente ha querido el legislador o bien, al reconocer esa prórroga tácita transcurridos los 365 días no ha calibrado las consecuencias que ello pudiera tener respecto de la emisión posterior de dicha alta médica y la judicialización de la impugnación de las mismas. O, ¿realmente lo ha utilizado como medida disuasoria de impugnación de el alta médica al abocar al interesado a la vía judicial, si el alta médica se emite una vez se haya iniciado la prórroga tácita? Con anterioridad a la reforma, agotado el plazo de 365 días se exigía un pronunciamiento expreso sobre la prórroga o, en su caso, el alta médica por alguna de las causas enunciadas, con lo que el interesado sabía, transcurrido ese periodo, en qué situación se encontraba. Confiemos pues en la real agilización y celeridad del procedimiento en el que, si procedieran, se emitiera efectivamente el alta médica en el plazo que permita al interesado mostrar su disconformidad frente a la misma conforme a lo establecido en el artículo 170.3 LGSS, sin cercenar las posibilidades que tenía reconocidas con anterioridad a la reforma.

4.4.2. La disconformidad de la mutua colaboradora de la Seguridad Social

La reforma de 2023 incide también en las facultades atribuidas a la mutua en la gestión de la prestación económica por IT derivada de contingencias comunes respecto de la formulación de propuestas de alta médica, en aquellos casos que consideren que el beneficiario podría no estar impedido para el trabajo³⁷. El procedimiento previsto no sufre en esencia modificación alguna de relevancia, más allá de algunas matizaciones terminológicas en las que el legislador se detiene, tales como la sustitución de la expresión, “la misma” por “de esta” (lo que entendemos puede responder más al gusto del redactor que a la aclaración del precepto), lo que hace de nuevo criticar la técnica legislativa de incorporar exhaustivamente un precepto cuando es nimia-en cuanto a su exhaustividad- la modificación del precepto que solo afecta al último párrafo del mismo.

Así pues, la modificación en esta materia afecta a las posibilidades conferidas a la mutua ante dicha propuesta de alta médica. En tanto con anterioridad a la reforma, se otorgaba a la mutua la posibilidad de solicitar al INSS la emisión del parte de alta, tanto cuando esta hubiera sido desestimada por la IMSPS como en caso de silencio de esta, la reforma elimina dicha posibilidad en aquellos casos en los que se haya desestimado la propuesta de alta, manteniendo únicamente

³⁷ Modificación del artículo 82 4 b) último párrafo LGSS.

dicha opción para la mutua en el caso en el que, excepcionalmente, la IMSPS no hubiera contestado en la forma y plazos establecidos. Asimismo, se matiza el plazo previsto para resolver esta solicitud: estableciéndose expresamente un plazo de cinco días hábiles desde el siguiente a la recepción de dicha solicitud frente a los cuatro anteriormente previstos (en los que además no se preveía su carácter hábil). La excepcionalidad del silencio de la IMSPS parece esconder la obligatoriedad de responder expresamente por parte de la IMSPS a la propuesta de alta formulada desde la mutua.

Como puede colegirse de lo expuesto, la reforma no es baladí ya que la misma elimina para la mutua la opción de proponer el alta médica ante el INSS cuando la propuesta de aquella sea desestimada por la IMSPS, lo que supone pues que en tales procesos la última palabra respecto del alta médica en caso de disconformidad entre la mutua y el SPS, la tiene este último, eliminándose la posibilidad de que el INSS pueda valorar la procedencia de dicha alta médica propuesta desde la Mutua. Y así expresamente se recoge en el preámbulo del RDL: “se elimina la posibilidad de que las mutuas puedan dirigirse al INSS, en caso de que el servicio público de salud haya desestimado la propuesta de alta”.

5. NUEVAS CONSECUENCIAS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN LA RELACIÓN LABORAL

Desde la promulgación del ET en 1980³⁸, la enfermedad se ha contemplado como causa de suspensión de la relación laboral, bien a través de la entonces ILT, así enunciada en el artículo cuarenta y cinco uno c) de aquel texto legal o, en la actualidad, a través de la IT prevista en el mismo precepto del vigente ET³⁹. Igualmente, el texto de 1980 reconocía, como causa de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, las faltas de asistencia al trabajo en las condiciones allí previstas⁴⁰. Causa de extinción que se ha mantenido –sin perjuicio de

³⁸ Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 14 de marzo).

³⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE del 24).

⁴⁰ Artículo 52 d): El contrato podrá extinguirse: d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el cinco por ciento en los mismos periodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, 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, licencias y vacaciones, ni 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.

modificaciones en su redacción- hasta su derogación en 2020⁴¹. A lo anterior, ha de adicionarse la promulgación en 2022 de la Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación (en adelante, LITND)⁴², en la que se reconoce que nadie podrá ser discriminado por razón de enfermedad o condición de salud (artículo 2.1). Previsión esta última que, unida a lo establecido en el artículo 26 de dicha Ley, “son nulos de pleno derecho las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley”, ha sembrado el “germen de la discordia” sobre la posible nulidad del despido por enfermedad.

Así pues, los últimos hitos normativos han supuesto una nueva marejada para la relación entre la enfermedad y la relación laboral, tanto por la derogación del despido por micro-absentismo como por la posible apreciación de un despido nulo por enfermedad, cuestiones estas sobre las que nos detendremos a continuación.

5.1. La derogación del despido por micro-absentismo

El derogado artículo 52 d) ET preveía, en relación directa con la cuestión aquí analizada, la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes, en un porcentaje determinado⁴³. No obstante, entre dichas faltas de asistencia no serían computadas, por lo que atañe a nuestra materia, las ausencias debidas a accidente de trabajo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, o enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tuviera una duración de más de veinte días consecutivos, ni las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda, ni las ausencias que obedecieran a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Pese a las excepciones contempladas respecto de aquellas ausencias que derivadas de enfermedad pudieran justificar la extinción de la relación laboral, el legislador estima la necesidad de proceder a la derogación de dicho precepto. Las razones justificativas de tal extinción son expuestas en el Preámbulo de la Ley derogatoria en el que, partiendo de la jurisprudencia comunitaria y del TC se intenta justificar la procedencia de dicha derogación. En dicho preámbulo, pese

⁴¹ Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (BOE del 16).

⁴² Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE del 13).

⁴³ Concretamente, que dichas faltas alcanzaran el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcanzara el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

a que el legislador toma conciencia de la razón justificativa de la existencia del precepto en el que entiende se ampara “el legítimo interés de la empresa a contar con la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del proyecto empresarial y no tener que asumir los costes”, se contraponen el derecho de las personas trabajadoras a no ser penalizadas por circunstancias personales de las que no son responsables.

Una mirada a la jurisprudencia comunitaria y constitucional señalada por el legislador en el preámbulo mencionado, pone en duda, desde nuestro punto de vista, la tajante argumentación defendida por el legislador para derogar dicho precepto; confundiendo ciertos conceptos que han llevado a una intervención legislativa que, quizás, no fuera la más acorde para dar respuesta a la concurrencia de los intereses contrapuestos en un supuesto como este, entre trabajador y empresario. Evidentemente, aunque parece que el legislador no lo aprecia así, no puede confundirse enfermedad con discapacidad, pues no a toda enfermedad le es inherente una discapacidad ni toda discapacidad tiene porque suponer sobre el trabajador efectos similares a los de una enfermedad o dolencia⁴⁴. Por tanto, las matizaciones son importantes. Y, segundo, resulta igualmente discutible, la perspectiva de género alegada por el legislador en el preámbulo de la Ley derogatoria. A tal efecto, se señala que la ausencia aún de mecanismos suficientes de conciliación en los supuestos de fuerza mayor, así como para la efectiva corresponsabilidad, puedan suponer que dicho artículo 52 d) ET legitime la expulsión del mercado de trabajo a las personas cuidadoras, de ahí que su inmediata supresión resulte presupuesto imprescindible para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible.

Debe tenerse en cuenta que la derogación de dicho precepto es anterior a la LITND, que analizaremos en el siguiente apartado en la relación enfermedad, discapacidad, discriminación y despido, ciñéndonos en este apartado únicamente a los argumentos esgrimidos para la derogación del precepto normativo mencionado, sin perjuicio que lo aquí señalado constituya una premisa básica para el análisis posterior.

El TJUE en el asunto Ruiz Conejero⁴⁵ creemos que ofrece una serie de pautas interpretativas al legislador que requerirían de este una respuesta pro activa más allá de la mera derogación del precepto. Los intereses contrapuestos señalados han inclinado la balanza hacia una de las partes de la relación laboral obviando los intereses de la otra. ¿Cuál es la medida que se ofrece al empleador frente al micro-absentismo justificado? Medidas que serán de todo caso legítimas al amparo de lo señalado por el propio TJUE en el asunto Conejero al disponer que “combatir

⁴⁴ En este sentido, recogiendo la jurisprudencia del TJUE, Álvarez del Cuvillo, A., “La calificación del despido por enfermedad tras la ley 15/2022: una cuestión controvertida”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación* (Guerrero Padrón, T. Dir.), Laborum, 2024, p.45

⁴⁵ STJUE de 18 de enero de 2018 (C-270/16).

el absentismo laboral constituye una finalidad legítima a efectos del artículo 2.2 b) i) de la Directiva 2000/78⁴⁶, dado que se trata de una medida de política de empleo. Es del todo claro y evidente que no procedería, a tenor de lo indicado por el TJUE, el cómputo de aquellas faltas de asistencia que estuvieran motivadas por la discapacidad, entendida esta en los términos señalados por la jurisprudencia comunitaria⁴⁷, que hace suya la definición de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad⁴⁸, es decir, limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores⁴⁹. Y así, expresamente lo señala el TJUE al indicar que el artículo 2.2 b) i) de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, si bien, y he aquí a nuestro juicio una matización importante, “cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador” y salvo que, “dicha normativa tenga finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”.

A tenor de lo señalado es por lo que creemos que el legislador español optó por la vía sencilla de la derogación. A nuestro juicio, otra debería haber sido la actuación de aquél, buscando una nueva redacción del precepto en el que verdaderamente se hubiera recogido el equilibrio de intereses y dado respuesta a la jurisprudencia comunitaria que, a nuestro entender, contempla expresamente la opción de incluir medidas contra el micro-absentismo como medidas de política de empleo. Máxime cuando no debe existir una equiparación entre los conceptos de discapacidad y enfermedad. Así lo ha señalado el propio TJUE al indicar que así lo ha querido el propio legislador comunitario, al optar por el término discapacidad y no el de enfermedad en la Directiva 2000/78, por lo que es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos⁵⁰.

⁴⁶ Artículo 2.2 b) i) de la Directiva 2000/78: “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”.

⁴⁷ A modo de ejemplo: STJUE de 9 de marzo de 2017 (C-406/15, Asunto Milkova).

⁴⁸ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, Instrumento de ratificación por España de 9 de abril de 2008 (BOE del 21).

⁴⁹ STJUE de 11 de abril de 2013 (C-335/11 y 337/11, Asuntos acumulados Danmmark). Más recientemente, STJUE de 10 de febrero de 2022 (C-485/20, Asunto XXXX).

⁵⁰ STJUE de 11 de julio de 2006 (C-13/05, Asunto Chacón Navas).

Si bien, como indicábamos, la cuestión enfermedad, discapacidad y despido no ha quedado solventada con la derogación del artículo 52.2 d) ET, sino que la promulgación de la LITND ha puesto de nuevo en el debate jurídico la cuestión.

5.2. La nulidad (o no) del despido por enfermedad

La LITND dispone que nadie podrá ser discriminado, entre otras razones, por discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (artículo 2.1). Asimismo, se dispone que el derecho protegido por esta ley implica la ausencia de toda discriminación por razón de las causas indicadas, quedando así prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad (artículo 4.1). No obstante, se señala expresamente que no se considera discriminación, la diferencia de trato basada en alguna de tales causas cuando esta estuviese derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Específicamente, en el empleo por cuenta ajena, no podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas, entre otras condiciones en lo relativo, al despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo (artículo 9.1). Como garantía del derecho reconocido, se reconoce la nulidad de pleno derecho de las disposiciones, actos o cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de alguno de los motivos previstos en el apartado primero del artículo 2 de esta ley, entre ellas pues las relacionadas con discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos (artículo 26.1).

Plurales y diversas son las consideraciones que deben hacerse a tenor de estos preceptos normativos y que hacen difícil ofrecer una única solución al caso que nos ocupa: la discapacidad, la enfermedad o la condición de salud, el estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, como causa de extinción del contrato de trabajo. La doctrina ha venido analizando de manera exhaustiva la terminología utilizada, apreciando, en su caso, las posibles diferencias de matiz que puede traer consigo el que el legislador haya querido utilizar cada una de tales situaciones personales mencionadas, por ejemplo, la disyuntiva “enfermedad o estado de salud”⁵¹. No solo son diferentes los términos mencionados, sino que también diferentes pueden ser las situaciones que las mismas originen en la persona

⁵¹ Apreciando o bien la diferencia entre uno y otro hecho, Gordo González, L., “Enfermedad y discriminación tras la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Especial mención al despido del trabajador enfermo”, *Labos*, Vol.4, p.113. O bien, dando un tratamiento unitario a ambas menciones: Aguilera Izquierdo, R., “El despido del trabajador en situación de IT, tras la entrada en vigor de la ley 15/2022”, *Trabajo y empresa, Revista de Derecho del Trabajo*, Vol.2, nº 2, 2023, p.70.

trabajadora. Quiere ello decir que no siempre la concurrencia de una de ellas han de desembocar en todo momento en una situación de IT, pudiendo serlo también de forma no continua o intermitente y, pudiendo, por ende, ver la persona trabajadora extinguida su relación laboral estando en situación de IT como consecuencia de su concurrencia o solo por esta última sin IT.

Es por ello que creemos necesario avanzar que toda extinción de relación laboral relacionada con alguna de las causas enunciadas requerirá, a nuestro modo de ver, una apreciación individualizada de todas las circunstancias concurrentes, antes de poder ofrecer la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo. En aras de concretar el dilema, nos centraremos en el debate jurídico más actual, cual es la calificación como nulo del despido en una situación de IT (excluyendo aquellos supuestos respecto de los que la jurisprudencia ya había clarificado antes de la LITND su carácter discriminatorio: enfermedades estigmatizadoras; discapacidades en el sentido defendido por el TJUE; las que conectaban directamente con el derecho a la integridad física de la persona y aquellas que se vinculan con el sexo de la afectada – es decir, que tienen su causa en el embarazo, el parto o la lactancia-)⁵². Discusión entre la doctrina judicial y académica que a la fecha no ha encontrado una manifestación unívoca.

Evidentemente, ni el despido ni la IT son categorías jurídicas nuevas que no hubieran ya concurrido con anterioridad en un supuesto como el señalado y que, por tanto, ya venían originando el pronunciamiento de los tribunales al respecto⁵³. Sin embargo, como decíamos, la LITND adiciona un elemento nuevo a valorar y a tener en cuenta y que parece ofrecer un cambio en lo hasta ahora existente. Como premisa, debe señalarse que la calificación del despido por enfermedad como nulo no se ha incluido de manera expresa en el ET, si bien el carácter transversal de la Ley exige valorar cuál es el impacto de la LITND sobre el despido cuando la persona esté en IT⁵⁴. Un sector de la doctrina entiende que la LITND es clara a la hora de permitir la calificación como nulo de aquella extinción que trae su causa en la enfermedad⁵⁵, en tanto que otro sector entiende que ello requiere una valoración

⁵² Un análisis al respecto en: Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal tras la Ley 15/2022: mitos y realidades a la luz del derecho fundamental a la no discriminación”, *Trabajo y Derecho*, nº 110, 2024, pp. 9-11.

⁵³ Vid. *in extenso*: Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal...”, *op.cit.*, pp. 9-11.

⁵⁴ Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., Menéndez Sebastián, P. y Rodríguez Cardo, I.A., “La calificación del despido del trabajador en incapacidad temporal...”, *op.cit.*, p. 11.

⁵⁵ Agustí Maragall, J., “La nueva ley 15/2022 integral para la igualdad y no discriminación y el despido por enfermedad o condición de salud: El fin de la anomalía”, *Jurisdicción Social, Revista de la Comisión de los Social de Jueces y Juezas para la democracia*, nº 235, 2022, p.9: “Una de las consecuencias inmediatas de la entrada en vigor, desde el pasado 14 de julio, de la nueva ley es que todo despido por causa de enfermedad o condición de salud (incluyo en estas dos palabras, por brevedad, las cuatro causas discriminatorias por razón de la salud) deberá volver a ser declarado

más detallada, apreciándose en cada caso las circunstancias concurrentes, principalmente que, efectivamente, quede acreditada la discriminación por dicha causa, es decir, el despido durante la IT no es automáticamente nulo⁵⁶. En esta última posición parecen alinearse, los primeros pronunciamientos judiciales⁵⁷, si bien la evolución de tales pronunciamientos parece ir atisbando algo de luz al respecto, a falta de, a la fecha, jurisprudencia unificadora del TS.

Como premisa básica, debe señalarse que los pronunciamientos recientes de los TSJ son claros a la hora de afirmar que no todo despido durante una situación de IT pueden ser *per se* calificado como despido nulo. La nulidad solo podrá ser apreciada, como señalábamos, cuando, al amparo de lo establecido en el artículo 55.5 ET, el despido tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, concretamente, en este caso, la enfermedad de la que esté afecta la persona trabajadora.

Así pues, la apreciación de una causa justificativa del despido lleva a los tribunales a no considerar la nulidad del despido cuando, por ejemplo, el despido disciplinario está justificado por ofensas verbales de la persona trabajadora⁵⁸ o, cuando la resolución en periodo de prueba responde efectivamente a la inadecuada realización de las tareas encomendadas a la persona trabajadora o de las circunstancias profesionales de la misma⁵⁹, sin perjuicio de que la no apreciación de circunstancias concurrentes que justifiquen la resolución en periodo de prueba sí determinen la apreciación de la nulidad del despido durante la IT de la persona trabajadora, máxime cuando la previa conversión en indefinida de la relación laboral “en buena lógica solo puede entenderse con el hecho de que la empresa estaba plenamente satisfecha con el rendimiento de la trabajadora”⁶⁰. En el mismo sentido, en aquellos casos en los que se justifique la concurrencia de causas ETOP, que suponen la concurrencia “de un elemento objetivo que permite

nulo”. En el mismo sentido, el autor en “El despido por enfermedad o condición de la salud: puntos críticos a la vista de los primeros pronunciamientos (Doctrinales y judiciales), *Jurisdicción Social, Revista de la Comisión de los Social de Jueces y Juezas para la democracia*, nº 243, 2023, p.19.

⁵⁶ En este sentido, Galán Gutiérrez, C.J., “Aspectos laborales de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. En particular, el despido en situación de enfermedad: nuevos criterios legales y primeros pronunciamientos judiciales”, *E-Revista Internacional de la Protección Social*, nº extraordinario, 2023, p. 295; Goñi Sein, J.L., “La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad”, *Revista Justicia y Trabajo*, nº 1, 2022, p.20.

⁵⁷ A este respecto, resulta interesante el estudio jurisprudencial ofrecido por Aguilera Izquierdo, R., “El despido del trabajador en situación de IT ...”, *op.cit.*, pp.80-86

⁵⁸ STSJ de Cantabria de 19 de abril de 2024, rec.181/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:291; STSJ de País Vasco de 29 de febrero de 2024, rec. 47/2024, ECLI:ES:TSJPV:2024:351

⁵⁹ SSTSJ de Cantabria de 12 de abril de 2024, rec.158/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:253; ECLI:ES:TSJAR:2024:375 y de 20 de marzo de 2024, rec.101/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:222.

⁶⁰ STSJ de Aragón de 15 de marzo de 2024, rec.173/2024, ECLI:ES:TSJAR:2024:375.

presumir que el cese del trabajador derivó de una causa totalmente ajena al móvil discriminatorio⁶¹. Asimismo, la no concurrencia de causa justificativa alguna de la extinción de la relación laboral, pese a la existencia de un proceso de IT de la persona trabajadora, no lleva a la calificación de nulidad del despido sino a su improcedencia cuando queda acreditada que la decisión extintiva en ningún caso guardó relación con dicho proceso de IT al probarse el desconocimiento de la empresa respecto de la salud del trabajador y el inicio de procedimiento de IP, tras la reincorporación de aquel a su puesto de trabajo y la realización y desarrollo de su prestación de servicios con absoluta normalidad⁶². Sin embargo, sí se aprecia la nulidad del despido al no concurrir otra causa justificativa de la extinción, cuando esta se entiende que se ha producido como reacción de la empresa a un proceso de IT, dado que “una vez dado de alta el trabajador y sin prestación efectiva de servicios fue despedido (salvado el paréntesis de las vacaciones) sin solución de continuidad”⁶³.

Si bien es cierto que a la fecha no existe sentencia con pronunciamiento expreso del TS, algunos de los Autos dictados por este en procedimiento de recurso de casación para la unificación de doctrina en los que se declara la inadmisión de dicho recurso, ofrecen algunas conclusiones a este respecto. Así, se tiene en consideración la concurrencia de causas económicas en algunos casos frente a otros en los que no o la existencia de un solo proceso de IT o de sucesivos⁶⁴; o si la extinción de la relación, dado su carácter temporal, es previsible con antelación al proceso de IT⁶⁵; o la apreciación de causas justificativas de la extinción de la relación laboral (ineptitud sobrevenida o disminución voluntaria y continuada en el rendimiento) o la fundamentación única y exclusiva en la situación de IT (obligaciones empresariales de cotización y abono de prestación y mejoras)⁶⁶.

Al hilo de lo señalado, mostramos nuestras cautelas a la hora de afirmar con carácter generalizado que todo despido durante IT haya de ser calificado como nulo. Tal y como se ha señalado por un sector de la doctrina, no nos encontramos ante una causa de nulidad automática como las previstas en los apartados a), b) y c) del artículo 55.5 ET, sino que ha de reconducirse al supuesto general previsto en el primer párrafo de dicho precepto en el que se señala la concurrencia de móvil discriminatorio, con las exigencias y requerimientos a ello inherentes. Así pues,

⁶¹ SSTSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2024, rec.95/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:207 y de 18 de marzo de 2024, rec.6/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:196

⁶² STSJ de Asturias de 6 de febrero de 2024, rec.1832/2023, ECLI:ES:TSJAS:2024:260

⁶³ STSJ Castilla-León de 22 de marzo de 2024, rec.240/2024, ECLI:ES:TSJCL:2024:1279

⁶⁴ ATS de 5 de marzo de 2024, rec.3335/2023, ECLI:ES:TS:2024:2644A

⁶⁵ ATS de 6 de marzo de 2024, rec.1784/2023, ECLI:ES:TS:2024:2889A

⁶⁶ AATS de 3 de abril de 2024, rec.2517/2022, ECLI:ES:TS:2024:4566A; de 20 de marzo de 2024, rec.1021/2023, ECLI:ES:TS:2024:3798A; de 17 de abril de 2024, rec.718/2023, ECLI:ES:TS:2024:4894A.

coincidimos en afirmar que el despido de una persona trabajadora en IT, sin ninguna otra causa que lo justifique, puede ser entendido como discriminatorio (y, por ende, nulo) si, volvemos a insistir, el móvil del despido no ha sido otro que la enfermedad del trabajador. Circunstancia esta que, a la vista de los pronunciamientos de los tribunales, también ha de ser apreciada a la luz del comportamiento empresarial y de la intencionalidad del mismo, la cual puede ser totalmente ajena a dicha enfermedad y, por tanto, conducir a la calificación como improcedente del despido por la ausencia de causa, pero no a su nulidad por discriminación.

Ahora bien, decimos “sin ninguna otra”, porque será necesario valorar la incidencia que dicha enfermedad puede tener sobre la organización empresarial. No olvidemos que las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, así como la ineptitud sobrevenida son causas contempladas en nuestro ET como causas objetivas de extinción de la relación laboral; sabiendo, evidentemente, que la concurrencia de estas exige el cumplimiento de los requisitos allí previstos, y entre los que, al menos hasta ahora, no están expresamente contempladas las consecuencias negativas que sobre dicha organización pudiera tener la asunción de los costes derivados de la enfermedad de un trabajador, máxime tras la derogación del artículo 52 d) ET. Ahora bien, ¿está el debate jurídico abierto a admitir que el coste excesivo que puede suponer para un empleador la enfermedad de la persona trabajadora pueda justificar la extinción de la relación laboral? La respuesta nos parece obvia a tenor, no solo de la derogación del artículo 52 d) ET y la no inclusión de medidas que equilibraran los intereses entre trabajador y empresario, sino de la previsión de la derogación de la IP como causa de extinción de la relación laboral prevista en el artículo 49 1 e) ET⁶⁷.

Algunos preceptos de la propia LITND pueden arrojar respuestas a este respecto. Concretamente, dicha Ley establece que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública” (artículo 2.3), indicándose que no se considera discriminación la diferencia de trato basada en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley derivada de una disposición, conducta, acto, criterio o práctica que pueda justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla (artículo 4.2). Dicha fundamentación jurídica ha sido utilizada por los tribunales para entender que el artículo 2.3 excepciona tres supuestos en los que la diferencia de trato por razón de enfermedad

⁶⁷ Anteproyecto de Ley por la que se modifica el ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2024/20240521-referencia-rueda-de-prensa-ministros.aspx>

no tendría naturaleza discriminatoria o ilícita. Dichas excepciones serían: a) El propio proceso de tratamiento de la enfermedad, b) las limitaciones objetivas que imponga la enfermedad para el ejercicio de determinadas actividades y c) las limitaciones exigidas por razones de salud pública. Siguiendo esta consideración, procede lo que algunos tribunales han denominado “el test de aplicación en casos de enfermedad”, que ayudará a determinar si el despido ha tenido como móvil dicha enfermedad. Dicho test exige comprobar si existe una enfermedad del trabajador previa al despido; determinar si existe un panorama indiciario de que el móvil del despido ha sido la enfermedad y, en caso afirmativo, determinar si el empresario ha aportado una justificación objetiva y razonable que excluya la causa discriminatoria. Entendiendo, como indicábamos que, aunque el móvil sea la enfermedad o condición de salud, queda excluida la antijuridicidad si procede la aplicabilidad de los preceptos mencionados (artículos 4.2 y 2.3. LITND)⁶⁸.

Lo expuesto nos lleva a acuciar al legislador a incluir en la materia, la obligatoriedad de la adopción de los “ajustes razonables” ante una situación como la planteada. ¿Por qué el artículo 6 LITND solamente hace referencia a los “ajustes razonables” en el supuesto de discapacidad?⁶⁹; ¿podríamos entender al amparo de lo establecido en el artículo 4.1 de dicha Ley que cualquier persona atendiendo a su discapacidad, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, puede solicitar dichos ajustes razonables?⁷⁰.

Así pues, creemos que el debate interpretativo y las posibles opciones interpretativas se han planteado porque el legislador ha sembrado el germen para ello: la derogación del despido por micro-absentismo, la inclusión de las causas enunciadas como posibles causas de discriminación y el caso omiso a las matizaciones ofrecidas desde el TJUE y desde el TC, demandando las respuestas normativas pertinentes- ajustes razonables exigibles al empresario y/o medidas de política de empleo contra el micro-absentismo, han llevado a judicializar una cuestión que podría haber contado con alternativas previas que facilitarían el normal

⁶⁸ En este sentido, entre otras: STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2023, rec.118/2023, ECLI:ES:TSJM:2023:4970; SSTSJ de Cantabria de 18 de marzo de 2024, rec.6/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:196; de 20 de marzo de 2024, rec.101/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:222; de 25 de marzo de 2024, rec.95/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:207; de 12 de abril de 2024, rec.158/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:253; ECLI:ES:TSJAR:2024:375; de 19 de abril de 2024, rec.181/2024, ECLI:ES:TSJCANT:2024:291.

⁶⁹ Artículo 6.1 a) segundo párrafo LITND: “...se entiende por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

⁷⁰ Artículo 4.1 segundo párrafo: “Se consideran vulneraciones de este derecho (a la igualdad de trato y no discriminación) ...la denegación de ajustes razonables”.

desarrollo de una relación laboral y el equilibrio de intereses, *per se* contrapuestos pero no irreconciliables. Específicamente, abogamos por la inclusión de tales “ajustes razonables” a esas nuevas causas que incluye la LITND y no referentes exclusivamente a la discapacidad enunciada. Teniendo en cuenta lo propugnado a este respecto por el TC, “cuando una persona solicita en su empleo ajustes razonables ...su petición debe ser objeto de consideración desde el momento en que se solicite...la respuesta del empleador debe ser expresa y estar debidamente motivada...ya que, de lo contrario, incurrirá en una denegación tácita carente de la debida justificación que vulnera dicho derecho”. Yendo el TC a ampliar la obligación del empleador más allá de las posibles peticiones recibidas al indicar que “la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se solicite expresa y formalmente...alcanza también a los supuestos en que...quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento (de dicha discapacidad)”⁷¹.

Una vez más las cortas miras del legislador, ofuscado en la visión social y humanista a favor de una sola de las partes afectadas, obviando el interés de la contraparte, han desembocado en un laberinto pendiente de solventar y al que creemos se debe dar una rápida respuesta, como decimos, desde ambas perspectivas. Un sendero, y creemos que adecuado, es el que ya vienen marcando los pronunciamientos de los tribunales a los que nos hemos referido.

6. CONCLUSIONES

Las últimas actuaciones del legislador en el ordenamiento jurídico laboral y de protección social continúan poniendo de manifiesto el carácter multifacético y arduo de la IT. Dichas actuaciones no solo han incidido en las tradicionales cuestiones problemáticas que desde tiempo atrás circundan a la misma (principalmente, aspectos procedimentales y de gestión) sino que han venido a entrelazarse con la perspectiva de género y el principio de no discriminación.

Las cuestiones “tradicionales” sobre las que las últimas reformas han recalado (principalmente en lo correspondiente a la tramitación telemática y la ausencia del trabajador como sujeto activo en la misma) no deja de plantearnos dudas en cuanto a la eficiencia de las mismas y su posible repercusión en la relación laboral. La tramitación telemática y los plazos breves establecidos en cuanto a la emisión y comunicación de los partes médicos supone, sin lugar a dudas, una respuesta eficaz en los aspectos procedimentales de la contingencia. Por ello, mostramos nuestra preocupación ante un posible incumplimiento de plazos por situaciones

⁷¹ En este sentido, destacar la STC 51/2021, de 15 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TC:2021:51), en cuyo Fundamento Jurídico 4 se analiza la procedencia de “los ajustes razonables” en relación al derecho a no ser discriminado por motivo de discapacidad en el empleo”.

imprevistas ajenas a las partes implicadas y que puedan suponer un escollo para esa eficiencia perseguida. No en vano, el legislador, pese a la reforma “telemática”, mantiene en alguna ocasión la referencia al ya casi obsoleto “uso de papel”, cuando entiende que ello pueda ser exigido por las circunstancias sobrevenidas.

Mayor es nuestra incertidumbre en lo que corresponde al conocimiento por parte del empleador de la situación de IT de sus trabajadores, al haber desaparecido la obligación para este de entregar los partes médicos. De ahí que entendamos coherente la inclusión de la obligación de comunicación que, con carácter general, está siendo prevista en los convenios colectivos. La referencia a días hábiles que se señala en la tramitación del proceso de los partes médicos, puede dejar *in albis* ciertos días al empleador al no preverse la inmediatez que creemos se requiere a los efectos de responder a una posible suplencia del trabajador incapacitado temporalmente. De nuevo, la buena fe contractual que preside la relación laboral permitirá evitar los posibles inconvenientes y trabas inherentes a la burocratización, entendemos que inevitable, que circunda a la IT.

Nuestra crítica a la inclusión de las “situaciones especiales” de IT, en las que el legislador ha creado un régimen jurídico especial dentro de esta que pone de manifiesto un caótico resultado que, a nuestro entender, hubiera podido resolver mediante una prestación *ad hoc* para la salud de la mujer trabajadora, en la que se hubiera analizado con mayor precisión la repercusión de las mismas en el seno de la ya existente acción protectora del Sistema de Seguridad Social. No se puede legislar sin una visión holística, tan necesaria, aún más si cabe, en un mundo tan complejo como el de las relaciones laborales y la protección social.

La vertiente laboral de la IT y la enfermedad en su origen vuelve a hacer mella en nuestro ordenamiento jurídico laboral como consecuencia de la inclusión expresa de esta como posible causa de discriminación. Conceptos como enfermedad, discapacidad, ineptitud o incapacidad permanente y su incidencia sobre la relación laboral han originado un exhaustivo análisis desde la jurisprudencia comunitaria al albor de la normativa comunitaria. Ello ha supuesto un revulsivo en el ordenamiento jurídico nacional que sigue, a la fecha, intentando cerrar las fallas que se han producido en el mismo como consecuencia de la interacción entre tales instituciones: enfermedad, discapacidad, discriminación y despido.

La problemática emergente en algunas de las cuestiones aquí analizadas, demanda, a nuestro entender, una más pausada actuación por parte del legislador, un mayor conocimiento y reflexión de la red que configura el ordenamiento jurídico laboral y de protección social, una búsqueda de equilibrio para los intereses de las partes implicadas, una visión futura de las consecuencias reactivas que puedan producirse. El legislador debe tener en consideración que el ordenamiento jurídico laboral y de protección social debe dar respuesta al interés de todas las partes implicadas y que la posición que estas ocupan en la relación laboral hace que las mismas, en muchas ocasiones, presenten intereses controvertidos, pero tanto unos

como otros deben encontrar respuesta en las actuaciones del legislador. Inclinarse en demasía la balanza hacia ciertos intereses puede convertir el Derecho en Ética o Justicia Social, de las que evidentemente aquel no ha de ser despojado y debe nutrirse, pero no ser fagocitado.