



Roj: **STSJ BAL 278/2012 - ECLI: ES:TSJBAL:2012:278**

Id Cendoj: **07040340012012100077**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **07/03/2012**

Nº de Recurso: **721/2011**

Nº de Resolución: **113/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **ANTONI OLIVER REUS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ILLES BALEARS SALA SOCIAL

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00113/2012

Nº. RECURSO SUPLICACIÓN 721/2011

Materia: DESPIDO DISCIPLINARIO

Recurrente/s: Felicísimo

Recurrido/s: Francisco

Juzgado de Origen/Autos: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 DE PALMA DE MALLORCA

Demanda: 1412/2010

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAS ISLAS BALEARES

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE:

DON FRANCISCO JAVIER WILHELMI LIZUR

MAGISTRADOS:

DON ANTONIO FEDERICO CAPÓ DELGADO

DON ANTONI OLIVER REUS

En Palma de Mallorca, a siete de marzo de dos mil doce.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, formada por los Ilmos. Sres. Magistrados que constan al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

la siguiente

SENTENCIA NÚM. 113/2012

En el Recurso de Suplicación núm. 721/2011, formalizado por el Sr. Letrado D. Cristóbal Borrás Salas, en nombre y representación de D. Felicísimo, contra la sentencia de fecha doce de Abril de dos mil once, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Palma de Mallorca, en sus autos demanda núm. 1412/2010, seguidos a instancia de la citada parte recurrente, frente a la empresa Bartolomé Perelló Picornell, representada por el Sr. Letrado D. Felip Amengual Mañas, en reclamación por despido disciplinario, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONI OLIVER REUS, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

I. El demandante ha prestado servicios para la empresa demandada, como conductor, con una antigüedad de 20.08.2007, y un salario de 51,96 euros.

La empresa dispone de dos camiones para transportar en la zona de Llubí, como de recolección de la almendra, como productos transportar, por temporada.

II. Inició una IT el 19.08.2010 por referir "sincope, periodos de amnesia", siendo diagnosticado así, con un plan de actuación farmacológica; el 23.08.2010, es configurado el diagnóstico como depresión, continuando el tratamiento farmacológico; el 20.09.2010, continúa el tratamiento farmacológico; como el 27.09.2010; el 15.11.2010, persiste por "cuadro de mareos" y "cuadro depresivo", con tratamiento farmacológico. El 14.12.2010 estaba asintomático.

III. La empresa comunicó el 10.11.2010 la carta de despido, poniendo en su conocimiento que ha decidido sancionarle con despido: "Muy señor/a mío/a: Ha venido en conocimiento de esta empresa la comisión por Vd. de una conducta, que más abajo se describirá detalladamente, que obliga a proceder contra vd. a su despido, con efectos el día 10 de Noviembre de 2010, de acuerdo con el artículo 54 d) del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1.995, consistiendo básicamente la antedicha conducta en los siguientes;

HECHOS. El día 28 de Abril del 2010 hasta el 07/05/2010 obtuvo Vd. de los servicios médicos legalmente autorizados una baja por enfermedad común, consistiendo las dolencias causantes de la misma en mareos que le impedían realizar su trabajo habitual de chófer y, por tanto, dejando de acudir al trabajo que tiene Vd. en esta empresa.

El día 19 de Agosto del 2010 obtuvo Vd. nuevamente de los servicios médicos legalmente autorizados, un nuevo proceso de incapacidad temporal por enfermedad común, consistiendo igualmente las dolencias causantes de la misma, en mareos que le impedían realizar su trabajo habitual de chófer y, por tanto, dejando de acudir al trabajo que tiene Vd. en esta empresa.

Sin embargo, hemos entrado en conocimiento de que tales dolencias, reales y ciertas en un principio y por un cierto tiempo, o bien devinieron en inexistentes, o bien no debieran haber hecho persistir tal situación de baja temporal en el trabajo en el caso de que Vd. las hubiera descrito ante tales servicios médicos de acuerdo a la verdad, ya que es lo cierto que en fecha del 24 de Octubre concretamente, coincidente, por tanto, con aquéllas en las que su baja temporal para el trabajo estaba vigente, pero sin razón de ser, ha realizado Vd. toda una serie de tareas en provechos propio y/o ajeno, de forma y manera que se evidencia que la indicada prolongación de la baja temporal por razones de salud no es concorde con la realidad sanitaria suya.

En efecto, esta empresa ha entrado en conocimiento y ha podido determinar y acreditar según informe que se le adjunta a esta comunicación que, en las fechas citadas en las que Vd. logró prolongar y hacer persistir su baja por enfermedad, se ha dedicado Vd. a realizar actividades que, o bien son incompatibles con el estado de salud que se refleja en los partes de confirmación de baja, o bien, en el caso de ser compatibles, no debieron haber provocado dichos partes de confirmación de la baja temporal en el trabajo, pues no le impedían ya a Vd. verificar el mismo, máxime si tenemos presente que las actividades que ha realizado durante el periodo de tai prolongación de la baja son, por sí mismas, superiores en esfuerzo, dedicación y atención las que normalmente tiene Vd. que realizar en las funciones y tareas que desempeña habitualmente en esta empresa.

En concreto, se ha podido acreditar que en las fechas citadas coincidentes con las de vigencia de su baja temporal para el trabajo artificialmente prolongada y, en concreto, en periodos coincidentes con tal prolongación, ha realizado actividades en provechos propio y/o ajeno, las siguientes actividades: 1.- Conducir vehículo automóvil provisto de remolque en vías urbanas e interurbanas. 2- Se ocupa habitualmente del aseo, equipación y calentamiento previo de equinos, para la realización de demostraciones de doma 3 - Monta a los equinos para efectuar algunas carreras, participando en competiciones.

Tales actividades, como resulta de lo acabado de relatar, las llevó Vd. a cabo, lo que implica la simulación de una enfermedad y el abandono consiguiente de sus obligaciones para con esta empresa, lo que denota un ejercicio de mala fe que en nada se compadece con los deberes de buena fe contractual inherentes a la relación laboral surgida entre Vd. y esta empresa.

En virtud, por tanto, de tales sucesos, esta empresa ha tomado la decisión de extinguirle la relación laboral, un falta grave perjuicio para la buena marcha de esta empresa, de conformidad con lo que dispone el artículo 54 letra d) del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1.995. En este mismo acto se le hará entrega en nuestra oficina, de la liquidación de haberes correspondientes. Asimismo se le informa que, a la firma de este



documento tiene derecho a estar asistido por un representante de los trabajadores, entendiéndose esta empresa que, si efectúa Vd. tal firma 'conforme' sin reclamar tales presencia o asistencia, renuncia a ella expresamente. Sin otro particular y lamentando mucho tener que adoptar esta decisión, le ruego firme al pie de la presente a los efectos oportunos. En Llubí, a 9 de noviembre de 2010.

IV. Queda verificado que durante el periodo de IT el demandante ha conducido vehículo automóvil provisto de remolque en vías urbanas e interurbanas. Que ha tenido como ocupación habitual la alimentación y cuidado de los caballos en su finca a que acudía en su vehículo todo terreno.

Y como el 24.10.2010 realizó la equipación y el calentamiento previo para la realización de demostraciones de doma.

V. Presentó papeleta de conciliación previa a la vía judicial, celebrándose el preceptivo acto ante el TAMIB.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice:

Desestimando la demanda presentada por Don. Felicísimo contra el Sr. Francisco, debo absolver y absuelvo a la demandada de la demanda presentada.

TERCERO.- Contra dicha resolución se anunció recurso de suplicación por el Sr. Letrado D. Cristóbal Borrás Salas, en nombre y representación de D. Felicísimo, que posteriormente formalizó y que fue impugnado por la representación de la empresa D. Bartolomé Perelló Picornell; siendo admitido a trámite dicho recurso por esta Sala, por Providencia de fecha doce de Diciembre de dos mil once.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - La parte demandante y ahora recurrente formula sus dos primeros motivos de recurso por al vía del art. 191 b) LPL para proponer sendas modificaciones para el relato de hechos probados que pasan a examinarse.

En primer lugar, solicita la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor:

"Los días 28 de octubre, 19 de noviembre y 2 de diciembre de 2010 el actor pasó control y revisión médica en los servicios de la Mutua MC contratada por la demandada".

Al margen de la trascendencia que pueda tener el hecho que trata de adicionarse, se acepta porque resulta de manera directa de la documental que se señala.

En segundo lugar, se solicita la supresión del hecho probado cuarto porque a juicio de la parte sólo se imputa lo ocurrido el día 24 de octubre de 2010 y el hecho se refiere a una ocupación habitual del demandante durante su baja.

Se rechaza la adición, pues al margen de si la cuestión jurídica planteada debe resolverse sólo a la vista de lo acontecido el día 24 o si puede considerarse también lo ocurrido otros días, no se señala ningún documento que evidencie el error del juzgador en relación al hecho probado que se trata de suprimir.

Además, la sala no comparte la alegación de que en la carta de despido sólo se imputaba lo ocurrido el día 24 de octubre, pues después de hacer mención a lo ocurrido tal día se añade lo siguiente:

"En efecto, esta empresa ha entrado en conocimiento y ha podido determinar y acreditar según informe que se le adjunta a esta comunicación que, en las fechas citadas (...)"

Por tanto, la imputación no se refiere sólo a una fecha sino a las distintas fechas a que se refiere el informe del detective, que se acompañó con la carta de despido pasando a formar parte de esta. Por ello, más adelante la carta vuela a hacer referencia en plural a las fechas citadas y no a la fecha, como sería el caso si la imputación se limitara a lo ocurrido el día 24 de octubre.

SEGUNDO . - Ahora por la vía del art. 191 c) LPL de denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 54 ET., sosteniendo que lo realizado por el demandante el día 24 de octubre, única conducta que a juicio del demandante puede examinarse, ni retrasó la curación, ni estaba contraindicada médicamente, sin que exista tampoco simulación de enfermedad.

Durante la IT el trabajador se ve exonerado de su obligación de trabajar, pero se mantienen el resto de sus deberes, en particular y en lo que aquí atañe, el de fidelidad, cuya vulneración justifica el despido (STS 24-5-84), y, concretamente, si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social, a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del



contrato constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido - Sentencias de 10 de mayo de 1983 (RJ 1983/2365), 18 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4995), 3 febrero 1987 (RJ 1987/769 , 23 de julio de 1990 (RJ 1990/6455) y 18 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9805).

Ahora bien, la misma sala cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 18 de julio de 1990 (RJ 1990/6423) o de 21 de marzo y 21 de diciembre de 1984 (RJ 1984/1592 y RJ 1984/6481) ha declarado que la anterior doctrina no es óbice para un examen individualizado de la conducta del trabajador, siendo obligado valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, lo que con mayor razón es exigible en aquellos supuestos, como el de autos, que se asientan sobre situaciones de incapacidad física o enfermedad, que cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado. Siendo lo que entraña la transgresión del deber de la buena fe - artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores - en el cumplimiento del contrato el hacer algo durante la enfermedad que pueda suponer un peligro para la curación o fraude a la empresa o a la Seguridad Social, habrá que examinar las circunstancias de cada caso para determinar si estamos en presencia de un incumplimiento grave y culpable sancionable con despido.

Lo que se trata de determinar a la vista de las circunstancias de cada caso es si la actividad desarrollada por el trabajador durante su baja es contraria a la buena fe contractual, bien porque pone de manifiesto un engaño o fraude para la empresa y la Seguridad Social, bien porque su realización es incompatible con la situación patológica, alargando o poniendo en peligro el proceso de recuperación de la salud en perjuicio también de la empresa y la Seguridad Social. Así, se ha considerado falta grave y culpable el quehacer del trabajador fuera de la empresa, cuando su realización indica que podría desempeñar su tarea laboral ordinaria; y, también si aquella tarea extraempresarial se ofrece en desarmonía con el padecimiento que ha determinado la baja por enfermedad (STS 3-2-87 RJ 1987, 769).

Tratándose de trabajos por cuenta propia o ajena en sentido estricto no cabe duda de que estamos en presencia de una trasgresión de la buena fe contractual. Los problemas surgen cuando se trata de actividades no laborales o profesionales en sentido estricto, actividades de tipo lúdico u otras normales o necesarias dentro de la vida cotidiana. Habrá que examinar entonces si su realización pone de manifiesto un engaño o son incompatibles con el proceso curativo. Una y otra cosa habrá de ser acreditada por la empresa que ha impuesto la sanción de despido.

En el presente caso, nos encontramos con un trabajador que tras haber estado de baja desde el 28 de abril hasta el 7 de mayo de 2010 por presentar mareos que le impedían desarrollar su actividad de conductor, el día 19 de agosto de 2010 causó nuevamente baja al referir síncope y períodos de amnesia, se establece el diagnóstico de depresión, persistiendo el 15 de noviembre de 2010 cuadro de mareos y cuadro depresivo (hecho probado II).

Se declara probado que estando en situación de baja ha conducido un vehículo automóvil provisto de remolque por vías urbanas, se ha ocupado de manera habitual de la alimentación y cuidado de los caballos de su finca a la que acudía con su vehículo y, en concreto, el día 24 de octubre de 2010 realizó la equitación y el calentamiento previo de un caballo para una demostración de doma (hecho probado IV).

No poniéndose en duda la realidad de la enfermedad causante de la baja en su doble vertiente de mareos y depresión, a juicio de la sala, lo que hizo el demandante durante su baja no es estrictamente incompatible con la depresión, ni desde luego puede perjudicar el proceso curativo. Una persona con depresión puede cuidar caballos o conducir un vehículo sin que por ello perjudique su curación y estas actividades no pueden equipararse al desarrollo de una jornada laboral. Con todo, debe advertirse que las depresiones, cuando tienen la gravedad suficiente para privar de la capacidad laboral, suelen colocar a quien las padece en una situación de falta de ánimo que no acaba de encajar en la actividad que el demandante desarrollaba de manera habitual.

Pero si la cuestión ofrece dudas en relación a la depresión, no ocurre lo mismo en relación al cuadro de mareos.

Se recogen en el fundamento de derecho segundo con claro valor fáctico y a partir de la declaración de D. Germán , médico de atención primaria que asistió al demandante durante su baja, que el demandante refería mareos y que no podía conducir no sólo por eso sino por la medicación que tomaba, que afectaba a los reflejos y, por tanto, a la conducción. Se añade que el propio demandante dijo al médico tener miedo de conducir por afectar los mareos a la conducción de vehículos.

Está, por tanto, fuera de toda duda que conducir un vehículo conllevaba evidente riesgo y eso no lo ignoraba el demandante, quien dijo al médico de atención primaria que tenía miedo de conducir, sin duda ese temor derivaba de la posibilidad de tener un accidente y a pesar de ello estuvo conduciendo, asumiendo un riesgo innecesario, que de materializarse podía prolongar la baja mucho más de lo inicialmente previsto. Es evidente



que al conducir habitualmente su vehículo el demandante puso en peligro su curación cuando lo que debía hacer era evitar ese tipo de actuaciones arriesgadas e incompatibles con su dolencia. Y no existiendo ninguna necesidad vital u obligación ineludible que justificara la conducción de vehículos en las circunstancias en que se encontraba o decía encontrarse el demandante debe concluirse que incurrió en incumplimiento grave y culpable del deber de buena fe contractual y al haberlo entendido así el juez de instancia no ha incurrido en la infracción denuncia y el motivo fracasa, por lo que se desestima el recurso y se confirma la sentencia recurrida.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de D. Felicísimo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número 2 de Palma de Mallorca, de fecha doce de abril de dos mil once, en los autos de juicio nº 1412/2010 seguidos en virtud de demanda formulada por la citada parte recurrente, frente a la Empresa Bartolomé Perelló Picornell, y, en su virtud, **SE CONFIRMA** la sentencia recurrida.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por abogado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes al de su notificación, de conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 219, y con las prevenciones determinadas en los artículos 229 y 230 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social .

Además si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta en el Banco Español de Crédito, S.A.(BANESTO), Sucursal de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-65-0721-11 a nombre de esta Sala el importe de la condena o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Conforme determina el artículo 229 de la Ley 36/11 Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregando en esta Secretaría al tiempo de preparar el recurso la consignación de un depósito de 600 euros, que deberá ingresar en la entidad bancaria Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), sucursal de la calle Jaime III de Palma de Mallorca, cuenta número 0446-0000-66-0721-11.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Guárdese el original de esta sentencia en el libro correspondiente y líbrase testimonio para su unión al Rollo de Sala, y firme que sea, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia junto con certificación de la presente sentencia y archívense las presentes actuaciones.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de la fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado - Ponente que la suscribe, estando celebrando audiencia pública y es notificada a las partes, quedando su original en el Libro de Sentencias y copia testimoniada en el Rollo.- Doy fe.