



Roj: **STSJ CAT 13313/2013 - ECLI: ES:TSJCAT:2013:13313**

Id Cendoj: **08019340012013108505**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2013**

Nº de Recurso: **4558/2013**

Nº de Resolución: **8026/2013**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ADOLFO MATIAS COLINO REY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08096 - 44 - 4 - 2012 - 8029471

EL

ILMO. SR. GREGORIO RUIZ RUIZ

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL

ILMO. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY

En Barcelona a 10 de diciembre de 2013

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 8026/2013

En el recurso de suplicación interpuesto por Soatge, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Granollers de fecha 28 de marzo de 2013, dictada en el procedimiento Demandas nº 599/2012 y siendo recurrido/a Sofía y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. ADOLFO MATIAS COLINO REY.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de junio de 2012, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre **Despido** disciplinari, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 28 de marzo de 2013, que contenía el siguiente Fallo:

"Que debo **ESTIMAR Y ESTIMO** la demanda en impugnación de **despido** interpuesta por Doña Sofía contra la entidad mercantil **SOATGE, S.L.**, y contra el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**, declarando el **despido** como **IMPROCEDENTE**, y que en consecuencia, debo **CONDENAR Y CONDENO** a la demandada a que a su opción, y en el legal plazo de cinco días, proceda a la readmisión de la demandante en su mismo puesto y condiciones de trabajo, o a pagar a la actora la cantidad de 6.430,29 euros, y en caso de que la empresa demandada optare por su readmisión y no por la indemnización, al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del **despido** y hasta la de notificación de la sentencia, a razón de un salario diario de 41,62 euros.



Que **DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO** al **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL** sin perjuicio de las responsabilidades que legalmente le corresponden, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 33 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y normas concordantes."

SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

" **PRIMERO.-** Por lo que se refiere a las circunstancias laborales de la trabajadora demandante, éste acredita en la empresa demandada las siguientes circunstancias profesionales:

-Antigüedad de fecha 12 de diciembre de 2008.

-Categoría Profesional de Gerocultora, según el Convenio Colectivo de aplicación.

-Salario bruto diario de 41,62 euros, con inclusión de prorrata de gratificaciones extraordinarias, que le era retribuido mediante transferencia bancaria.

-La trabajadora no ostenta ni ha ostentado la representación legal de los trabajadores en la empresa.

-Prestación de sus servicios laborales en la Residencia Geriátrica sita en la localidad de Sant Antoni de Vilamajor.

-Prestación de sus servicios laborales en virtud de contrato de trabajo de carácter indefinido.

-Jornada laboral de cuarenta horas semanales prestadas de lunes a viernes de 08.00 horas de la mañana a 14.00 horas de la tarde y dos fines de semana al mes de 08.00 horas de la mañana a 20.00 horas de la noche.

-Vinculación laboral entre las partes mediante un primer contrato de trabajo de duración determinada, desde el día 12 de diciembre de 2008 hasta el 25 de agosto de 2009 y posterior conversión del contrato de trabajo en indefinido desde el día 26 de agosto de 2009.

-El **despido** se produjo con fecha de efectos de 21 de mayo de 2012.

(Conformidad de las partes procesales y hechos incontrovertidos).

SEGUNDO .- En fecha 22 de mayo de 2012 la empresa notificó a la actora carta de **despido** disciplinario, cuyo contenido literal era el siguiente:

"Por la presente le comunicamos que con efectos del día de hoy, 21 de mayo de 2012, que usted despedida de la empresa.

Los motivos que nos llevan a tomar esta decisión se basan en la inobservancia por su parte de las más elementales normas de la buena fe contractual que han de guiar las relaciones de trabajo, de lo que ya ha tenido conocimiento por el expediente contradictorio abierto por la empresa y del que usted ha tenido conocimiento a pesar de su actitud deliberadamente contraria a recibir la notificación del mismo, hechos que en ningún caso han sido negados en sus alegaciones.

En este sentido, la empresa, visto el rendimiento que venía observando en usted, durante el mes de febrero de 2012, concretamente tuvo constancia de que en vez de efectuar su trabajo con normalidad, se aprovechaba de la situación dentro de la empresa, para hacer un uso inadecuado de su teléfono móvil, de este hecho ya fue apercebida, si bien ya acreditó por su parte ningún inconveniente para no decir la verdad y aprovechar una posición de preeminencia dentro de la relación entre nuestros empleados y los residentes a los que cuidamos, muchos de ellos, en una situación de salud delicada.

Si bien estos hechos son graves, lo sucedido el pasado día 3 de mayo de 2012, es mucho más grave dada su actuación. El pasado 3 de mayo de 2012, usted entregó parte de baja, indicando mediante llamada telefónica que estaba enferma, concretamente que sufría una lumbalgia. El día 7 de mayo, se recibió una llamada en la empresa, concretamente de su pareja, que nos indicó que no sólo seguía de baja, sino que precisamente por lo mal que se encontraba y que no se recuperaba, se le había tenido que cambiar el tratamiento hasta el punto de que como las pastillas recetadas no le habían causado alivio se le debía aplicar un tratamiento a base de inyecciones. En resumen, se trató de dar la impresión a la empresa de que su estado no mejoraba, que seguía de baja, que no se podía mover y que debía seguir en reposo absoluto.

La empresa ha podido constatar de modo fehaciente que, a pesar de hacerle llegar a la empresa un parte de baja indicando que sufría una lumbalgia y que no sólo no había mejorado con el tratamiento dado en primer lugar, sino que había empeorado, todo ello no es cierto ya que el día 7 de mayo de 2012, fue por su propio pie al CAP sito en el Passeig del Remei, número 31, sin detectar en sus movimientos ningún tipo de problema.

El mismo día 7 por la tarde, acudió con su pareja a comprar un electrodoméstico, y no sólo acudió a la tienda, sino que además ayudó a su pareja a llevarlo hasta el coche, haciendo distintos movimientos total y absolutamente incompatibles con la información facilitada unas horas antes por su pareja.



El día 8 de mayo de 2012, seguía de baja por lumbalgia y, por lo explicado por su pareja, en tratamiento, si bien, por la mañana salió a pasear un perro, posteriormente, cargó una bolsa de tamaño considerablemente pesada, todo ello sin ningún esfuerzo, dedicando la mañana a efectuar actividades típicas de una persona que se encuentra físicamente bien, como es ir con una amiga a hacer distintas gestiones, como ir al banco, a un bar, pasear el perro, ir a comprar, etc...

Ese mismo día, y a pesar de ser justo el día inmediato al de su supuesto agravamiento, según las propias manifestaciones de su pareja, cargó y tiró una bolsa de basura a un contenedor. Hacemos hincapié en este detalle ya que para poder tirar la bolsa de basura, grande y pesada, en el contenedor, tuvo que coordinar los pies y las manos, es decir, con el pie apretaba la palanca para abrir el contenedor, mientras con la mano tiraba la bolsa de basura pasándola por encima de su cabeza. No sólo tiró la bolsa, sino que recogió una serie de cartones del suelo, agachándose, y tirándolos también en el contenedor.

En su caso, haber fingido una enfermedad con el fin de tomarse unos días de descanso, supone la más grave transgresión de la buena fe contractual en conformidad con lo establecido en los artículos 54.d), 5.a) y 20.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 57.c), apartados 2 y 20 del actual convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

Ha de ser consciente de que fingir una baja, obteniendo un documento oficial, es una acción que transgrede la buena fe contractual y hace que la empresa deba actuar de modo contundente en defensa de sus intereses.

La empresa, pone a su disposición el saldo y finiquito que por ley le corresponde, atentamente".

(Folios números 24 y 25 de los autos).

TERCERO. - En fecha 3 de mayo de 2012 la actora inició situación de incapacidad temporal, siéndole diagnosticado lumbago con **ciática**, recibiendo el alta en fecha 6 de junio de 2012. (Folio número 31 de los autos).

CUARTO .- Los días 7 de mayo, lunes, y 8 de mayo, martes, la actora efectúa las actividades y movimientos detallados en la carta de **despido**, sin que los días 4 y 5 de mayo de 2012 la actora saliera de su domicilio. (Informe de detective privado y reproducción videográfica).

QUINTO. - En cuanto a la vía preprocesal, señalar que se intentó evitar el proceso mediante el preceptivo acto de conciliación administrativa previa, como disponen los artículos "

TERCERO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada SOATGE, S.L., que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado no impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda interpuesta por la demandante, sobre **despido**, que califica como improcedente, con las medidas legales inherentes a dicha declaración, se interpone por la empresa, condenada en la instancia, el presente recurso de suplicación.

El recurso se formula con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , mediante el que la parte recurrente denuncia la infracción de los artículos 5 y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores , motivo primero, e infracción del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores , motivo segundo. La cuestión que debe resolverse es la determinar si los hechos que se imputaban a la trabajadora en la carta de **despido** son constitutivos de la causa de **despido** prevista en el apartado d) del art. 54.2 E.T , que no fue estimada en la instancia y cuya apreciación es postulada por la parte recurrente.

La empresa impuso a la trabajadora la sanción de **despido**, basado en la inobservancia de las más elementales normas de la buena fe contractual; lo que, en síntesis, se imputaba a la demandante es la realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal, en los términos que constan en la carta de **despido**, que se reproduce en el ordinal segundo de la sentencia de instancia, anteriormente transcrito. La sentencia de instancia no considera probados todos los hechos que se narran en la carta de **despido**, sino que, como datos objetivos y probados, afirma que la demandante inició el 3 de mayo de 2012 una situación de incapacidad temporal, con el diagnóstico de lumbago con **ciática**, y que las actividades de la demandante, que la empresa considera evidencian una simulación de la enfermedad se constatan los días 7 y 8 de mayo. Razona la sentencia de instancia que los actos cotidianos y de la vida doméstica efectuados por la trabajadora estos días, si bien requieren un determinado esfuerzo puntual no es comparable con los esfuerzos propios de su profesión habitual de gerocultora, ni determinan concluir que ésta estuviera en situación de capacitación para



desarrollar las actividades propias de su profesión habitual, o, en cualquier caso, que efectuara actividades que supusieran una dilación de la curación y contrarias a la capacidad de recuperación.

SEGUNDO.- Para resolver la cuestión planteada deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones, de acuerdo con un criterio reiterado en suplicación:

1.- En principio debe recordarse la línea jurisprudencial que precisa las exigencias legales de la gravedad y culpabilidad que ha de concurrir en el incumplimiento contractual imputado al trabajador para justificar el **despido** disciplinario; se viene indicando, en tal sentido, que, para valorar dicha conducta, deben ponderarse todos los aspectos, objetivos y subjetivos, teniendo presentes los antecedentes de haberlos y las circunstancias coetáneas (STS de 9 de abril de 1.986), pues la sanción de **despido** sólo puede imponerse cuando ha realizado el acto imputado con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato (STS de 27 de noviembre de 1985), debiendo también tenerse en cuenta que los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica de que ella nace, a través del análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con pleno y especial conocimiento del factor humano (STS de 29 de marzo de 1.990).

2.- En relación con las actividades que el trabajador puede realizar durante la situación de Incapacidad Temporal, la doctrina jurisprudencia ha establecido dos categorías distintas: por un lado, aquellas que, por resultar incompatibles con el proceso patológico en que la baja laboral se ha fundado, evidencian la simulación del mismo y el propósito fraudulento con que su reconocimiento y efectos subsiguientes se han obtenido; y, por otro lado, aquellas que son incompatibles no con las disminuciones funcionales infligidas por los padecimientos indicados, sino con la eficacia de los tratamientos prescritos, retrasando o impidiendo el resultado de éstos y la recuperación del afectado con daño tanto de los intereses públicos del sistema de asistencial, como de los privados de su empleadora. Al respecto, es criterio jurisprudencial consolidado (así, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1987 o 26 de enero de 1988 , entre otras) que "no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria (actualmente incapacidad temporal) puede calificarse como conducta desleal sancionable con el **despido**, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa". Se considera que la situación de incapacidad temporal no impide al trabajador hacer vida normal o el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico que no perjudiquen o retrasen su curación.

La sentencia de instancia entiende que no ha quedado acreditado que la demandante realizara actividades incompatibles con su estado físico y entorpeciera su curación, y la parte recurrente entiende que sí se han realizado actividades incompatibles con dicho estado. En principio, para llegar a dicha convicción, y partiendo de los datos objetivos acreditados en la instancia, al no instarse la modificación de los hechos probados, no puede llegarse a tal conclusión por el hecho de que la trabajadora realizara actividades propias de la vida cotidiana que se detallan en la carta, como realizar gestiones, ir al banco, pasear al perro u otras similares, pues estas actividades no se revelan incompatibles con la lesión que le mantenía en situación de baja laboral. Las únicas actividades que podían resultar incompatibles con su estado de salud serían las que se describen en la carta de **despido** referidas a la ayuda a cargar un electrodoméstico, día 7 de mayo, o cargar con una bolsa para depositarla en el contenedor de la basura, día 8 de mayo, pero en estos casos se desconoce el peso y las dimensiones de la caja -no se sabe qué electrodoméstico contenía-, ni tampoco el de la bolsa depositada en el contenedor. En tal situación no es posible calificar el **despido** como procedente, por considerar que la actuación de la demandante constituye una transgresión de la buena fe contractual, con entidad suficiente para justificar el **despido**.

Se indica en la comunicación escrita que la demandante ha fingido su enfermedad con el fin de tomarse unos días de descanso, pero lo que consta como probado es que el día 3 de mayo inició un proceso de incapacidad temporal, que la empresa contrató los servicios de una Agencia de detectives para el seguimiento de la demandante, y que los días 4 y 5 de mayo, viernes y sábado, no se constató que ésta saliera de su domicilio, produciéndose la primera salida el lunes 7 por la tarde, en los términos que se indican, sin que quede acreditado que ese día la demandante podía reincorporarse al trabajo, como tampoco al día siguiente. Ha de indicarse que la dolencia que justifica el proceso de incapacidad temporal es una dolencia lumbar, que inicialmente fue intensa y que al parecer requirió reposo -así se constata incluso al no detectarse que la trabajadora saliera de su domicilio en los días iniciales-, si bien dicha exigencia no fue precisa en los días posteriores al iniciar una progresiva movilización de la zona afectada, lo que no significa que, en dicha fecha, estuviera curada de su lesión ni menos aún que pudiera desempeñar las tareas de su profesión, pues no es lo mismo realizar las actividades puntuales que se describen que reincorporarse a su puesto de trabajo, como se afirma en la



resolución de instancia. Y es que, dadas la etiología, características y proceso evolutivo y de curación de la dolencia física determinante del proceso de incapacidad temporal, los desplazamientos de la trabajadora fuera de su propio domicilio se revelan perfectamente compatibles con la situación de incapacidad para el trabajo.

Por otra parte, las actividades de la vida doméstica y cotidiana que se declaran probadas no pueden considerarse que, en el presente caso, supongan una dilación de la curación de las lesiones, no existiendo ninguna constancia médica que determine que las actividades descritas en el informe del detective perjudiquen o retrase el proceso de rehabilitación, ni tampoco que la demandante haya cometido una conducta consistente en una dolosa e intencionada simulación de la enfermedad, que es la concreta conducta que la empresa imputa en la carta y que la resolución de instancia no considera probada.

TERCERO.- Por lo expuesto, procede desestimar el recurso formulado debiendo acordarse la pérdida del depósito y de la consignación constituidos para recurrir, e imponiendo a la parte recurrente las costas, que incluirán los honorarios del Abogado impugnante, que la Sala fija en la cantidad de trescientos euros, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 204 y 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por SOATGE, S.L., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Granollers de fecha 28 de marzo de 2.013 , dictada en los autos nº 599/2012, sobre **despido**, confirmamos dicha resolución en todos sus pronunciamientos, acordando la pérdida del depósito y consignación constituidos para recurrir por la empresa recurrente e imponiéndole las costas de suplicación que incluirán los honorarios del Letrado impugnante del recurso, en la cuantía de TRESCIENTOS EUROS.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

La presente resolución no es firme y contra la misma puede interponerse Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el cual deberá prepararse mediante escrito con la firma de Abogado y dirigido a ésta Sala en donde habrá de presentarse dentro de los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos establecidos en el Art. 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el art. 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , consignará como depósito, al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en El Banco Español de Crédito -BANESTO-, Oficina núm. 2015, sita en Ronda de Sant Pere, nº 47, N° 0937 0000 66, añadiendo a continuación los números indicativos del recurso en este Tribunal.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el art. 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANESTO (oficina indicada en el párrafo anterior), N° 0937 0000 80, añadiendo a continuación los números indicativos del Recurso en este Tribunal, y debiendo acreditar el haberlo efectuado, al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.