



Roj: **STSJ M 8812/2019 - ECLI:ES:TSJM:2019:8812**

Id Cendoj: **28079340062019100609**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/09/2019**

Nº de Recurso: **376/2019**

Nº de Resolución: **795/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **LUIS LACAMBRA MORERA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

**NIG:** 28.079.00.4-2018/0038635

**Procedimiento Recurso de Suplicación 376/2019**

**MATERIA:** DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 18 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA 878/18

**RECURRENTE/S:** IRPALA ASESORES SL

**RECURRIDO/S:** D<sup>a</sup> Carlota , FOGASA

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID**

En Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. **DON LUIS LACAMBRA MORERA PRESIDENTE, D. BENEDICTO CEA AYALA, D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO**, Magistrados, han pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA nº 795**

En el recurso de suplicación nº **376/19** interpuesto por el Letrado D. IGNACIO MENDEZ FERNÁNDEZ en nombre y representación de **IRPALA ASESORES SL**, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº **18** de los de MADRID, de fecha **22 DE NOVIEMBRE DE 2018**, ha sido Ponente el **Ilmo. Sr. D. LUIS LACAMBRA MORERA**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Que según consta en los autos nº **878/18** del Juzgado de lo Social nº **18** de los de Madrid, se presentó demanda por D<sup>a</sup> Carlota contra, **IRPALA ASESORES SL, FOGASA** en reclamación de **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **22 DE NOVIEMBRE DE 2018** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:



**(1)** "Estimando la demanda formulada por Dña. Carlota frente a IRPALA ASESORES SL se declara IMPROCEDENTE el despido y se condena a la empresa IRPALA ASESORES SL a que en el plazo de cinco días opten entre la readmisión del actor o el abono como indemnización de 21.002,3 euros.

Si no opta expresamente por escrito presentado en el juzgado por la indemnización en el plazo de cinco días, procede la readmisión con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (día siguiente a su fecha de efectos) a la de la readmisión, a razón del salario declarado probado, con descuento de los periodos en que haya podido permanecer en situación de incapacidad temporal y/o de los salarios que haya podido percibir en posteriores empleos y/o prestaciones de desempleo que hayan podido percibir para su reintegro al Servicio Público de Empleo hasta el límite del salario diario declarado probado.

La consignación de la indemnización no equivale a la opción por la indemnización, porque esta opción debe ser expresa.

**(2)** Se desestima la reclamación de cantidad de vacaciones y no procede conocer la reclamación de retribución del periodo de incapacidad temporal."

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Dña. Carlota ha prestado servicios para IRPALA ASESORES SL desde el 02/12/2009, salario mensual con parte proporcional de pagas 2.041,04 euros y categoría auxiliar administrativo.

SEGUNDO.- Se le notifica el 04/07/2018 el Despido, mediante la carta que consta en la puerta de la empresa y se da por reproducida.

TERCERO.- La actora padece vértigo y se puede manifestar de manera intermitente y puede suceder a días, con episodios días sin sintomatología de vértigo.

Los episodios de vértigo se desencadenan con ciertas posiciones.

En episodios de vértigo no debe conducir.

CUARTO.- La actora fue remitida, el 11/05/2018, a la consulta de psicología por el cuadro de ansiedad por tener miedo a estar en ciertos espacios y que se repitan los episodios de vértigo.

Desde el punto de vista psicológico no existe contraindicación para que acuda hacer exámenes o al trabajo si no tiene ansiedad y sí en ese momento no tiene vértigos.

QUINTO.- La actora presenta signos de neuropatía focal y desmielinizante de nervio cubital izquierdo a nivel de codo, de grado leve (con afección exclusiva del componente sensitivo).

Exploración de ambos nervios medianos en carpo y de nervio cubital derecho dentro de la normalidad.

No se han evidenciado signos de lesión radicular cervical en los territorios valorados en extremidad superior izquierda (miotomos C7-C8-D1)

En miembros inferiores, no se muestran signos de neuropatía periférica (nervios tibial posterior, sural).

La exploración no evidencia además signos de lesión radicular lumbar o sacra en los territorios valorados en extremidades inferiores (miotomos L5-S1 bilaterales)

SEXTO.- Por el médico del INSALUD se expide informe para guardar reposo domiciliario 72 horas, por problemas médicos los días 14 a 16 de mayo.

El 21 de mayo nuevo informe reposo 72 horas y el 14 de mayo había sido de 24 horas.

SEPTIMO.- La actora estaba matriculada en el CENTRO LUIS BRAILLE y acudió a los exámenes los días 14 de mayo de 16:00 a 18:15 horas, el 17 de mayo de 16:00 a 20:00 horas, los días 18, 21, 23 de mayo y 18 de julio de 2018.

OCTAVO.- En abril se comunica a la empleada que hay que fichar.

NOVENO.- El 11/05/2018 la actora envía correo a la empresa del siguiente contenido (folio 198):

"Hola, a modo recordatorio los días 14, 17, 21 y 23 de abril saldré antes para ir a los exámenes que tengo. En cuanto sepa las fechas de junio (son los últimos exámenes), os lo hago saber."

El 14 de mayo envía el siguiente correo:

"Buenos días,

Llevo desde ayer muy mal con un oído y hoy no puedo apenas ni moverme del vértigo que me está provocando. Ahora voy al médico. Estaré conectada al mail del trabajo por si hubiese algo urgente."

El 16/05/2018 remite correo:

"Buenos días,

Ayer estuve en urgencias debido a que no ha mejorado nada mi situación, y me han derivado hoy al especialista (otorrino) para que me valoren, porque dicen que es posible que se me haya cerrado el oído internamente.

Por favor Isidora, si hay algún mail urgente de algún alta o baja sobretodo de Fresch &Go, tramítala en Sistema Red (el plazo máximo para altas es el mismo día de comienzo). Como ayer fue fiesta en Madrid no sé si habrán contratado a alguien extra, porque me dijo Marcos que va mucha gente de Madrid a comer allí.

Os mantengo informado y aprovechando el mail, os envío el justificante médico del lunes."

Y contesta la empresa:

"Buenos días Carlota,

Yo estoy de viaje y no tengo conexión, hay un alta para hoy del Fresh&Go. Te reenvío el correo para que lo hagas cuando puedas.

Mañana nos vemos que estoy en la oficina y tenemos que ver cosas urgentes."

El 21 de mayo envía siguiente correo:

"Buenos días,

Estoy bastante mal con el oído y con vértigos que no me dejan ni estar de pie. Si surge algo estoy disponible en el móvil."

El 24 de mayo envía el siguiente correo:

"Estoy regular. Os envié el lunes por mail un justificante médico de reposo por 3 días, pensaba que lo habías tenido en cuenta. Me estoy poniendo al día con los mails, e iré sacando el trabajo atrasado de estos días."

DECIMO.- El 05/06/2018, la actora comunica a la empresa.

"Estoy otra vez con vértigos. Iré al médico y os mantengo informados."

La empresa contesta:

"Dado que es la tercera vez este mes que padeces un cuadro de vértigo agudo y ya que en ninguna de estas ocasiones nos has enviado el correspondiente parte de baja médica por incapacidad temporal, es absolutamente necesario en este caso que solicites la baja médica con independencia de los días que te pauten de reposo"

Y la actora contesta:

"Respecto a lo que me comentas en el mail, he faltado el 14, 16, 21, 22 y 23 de mayo con el correspondiente parte de reposo médico que os hice llegar en su momento, y a pesar de estar de reposo por problemas médicos, he tenido que trabajar desde casa esos días porque no se estaba atendiendo a los clientes que solicitaban trabajo de laboral."

La actora remite correo:

"Adjunto parte médico para vuestros efectos y la oportuna tramitación.

Respecto a lo que me comentas en el mail, he faltado el 14, 16, 21, 22 y 23 de mayo con el correspondiente parte de reposo médico que os hice llegar en su momento, y a pesar de estar de reposo por problemas médicos, he tenido que trabajar desde casa esos días porque no se estaba atendiendo a los clientes que solicitaban trabajo de laboral"

DECIMO PRIMERO.- El 06 de junio, la empresa le comunica a la actora.

"Que tal estas?"

Si te llegan emails con tareas desvíalos a mi correo electrónico por favor o indica que se pongan en contacto conmigo, para ir atendiendo a los clientes mientras tu estas de baja."

Y la actora contesta:

"Habla con Pablo Jesús de Decada, no sé cómo se hace el desvío."

El 20 de junio la actora mediante wasap comunica:

"Hola Isidora, ayer pasé un día muy malo y cuando me dan los vértigos fuertes, no puedo ni moverme. Me han cambiado el tratamiento haber si dan con el idóneo para no estar así, porque es insufrible. Gracias por preguntar."



*DECIMO SEGUNDO.- La empresa ha comunicado la extinción del contrato por causas objetivas a un trabajador (folio 122).*

*DECIMO TERCERO.- La actora ha salido de su domicilio los días 23 de mayo, 7, 12 y 14 de junio de 2018.*

*El 23 de mayo estuvo conduciendo un vehículo desde su domicilio al IES LUIS BRAILLE donde acudió a exámenes y vuelve conduciendo a su domicilio y pasea a un perro.*

*El 07 de junio sale de su domicilio con un perro.*

*El 12 de junio acude al Centro de Salud, conduce un vehículo, acude a la Junta Municipal, acude a un mercado.*

*El 14 de junio sale de su casa y se desplaza conduciendo un vehículo, acude al IES LUIS BRAILLE, vuelve a su casa conduciendo el vehículo.*

*DECIMO CUARTO.- Se abona por vacaciones 874,73 euros y por 3 días de julio por incapacidad temporal 153,06 euros.*

*DECIMO QUINTO.- Se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC el día 11/07/2018, se celebró sin efecto el día 07/08/2018 y se presenta demanda ante los Juzgados de lo Social el día 07/08/2018.*

*DECIMO SEXTO.- Comparecen las partes."*

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado por la representación de la parte demandada. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para votación y fallo el día **25 de septiembre de 2019**.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la empresa demandada IRPALA ASESOTRES, S.L sentencia dictada en procedimiento sobre despido disciplinario, fundado en causas disciplinarias y declarado improcedente, a cuyo fin formula en primer término tres motivos destinados a revisiones fácticas, que se amparan en el art. 193, b) de la LRJS, referidas, por este orden, a los ordinales séptimo, decimotercero y tercero.

**SEGUNDO.-** En el hecho probado séptimo consta, por mero error material, 18 de julio de 2018, cundo debe figurar 18 de junio de 2018, que ahora se rectifica, siendo coincidente en lo demás con el texto que se propone por la recurrente.

**TERCERO.-** La prueba documental que se cita (folios 88 a 92) para modificar el ordinal 13º, se refiere a certificaciones del jefe de estudios del IES Luis Braille, de Coslada, en los que constan las fechas en las que la actora acudió a realizar exámenes, en las horas que constan, el 17, 18, 21 y 23 de mayo de 2018, y 18 de junio del mismo año, completándose la narración fáctica con estos últimos datos.

**CUARTO.-** Se interesa que en el hecho probado tercero conste que la dolencia padecida por la actora consiste en vértigo paroxísitico benigno derecho. En la prueba documental que se cita (folio 102) figura vértigo periférico neom, careciendo de todo relevancia para el objeto de la litis y el fallo la clase o entidad de la patología que refieren los servicios médicos de la Seguridad Social, desestimándose el motivo.

**QUINTO.-** En el siguiente se alega, al amparo del art. 193, c) de la LRJS, infracción de los arts. 54.1 y 54.2, d) del ET, en relación con los arts.34.5.y 34.8 del Convenio Colectivo de Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid, así como de la jurisprudencia aplicable al caso.

La realización de actividades en IT, aunque no sean remuneradas, puede constituir causa de despido, por transgresión de la buena fe contractual. La jurisprudencia suele abordar supuestos en los que el trabajador realiza trabajos en tal situación incapacitante ( STS de 4-5-1990) aunque el ilícito laboral también puede comprender casos en los que la actuación no esté referida al supuesto mencionado, es decir, cuando frente a unas determinadas dolencias, aquel no facilita la curación a través de sus actos, retrasando en definitiva la incorporación al trabajo. No toda actividad, de principio, es incompatible con la enfermedad incapacitante, debiéndose de examinar las particularidades que han conducido a la empresa a la adopción de la medida disciplinaria, de tal modo que habrá enfermedades que no conlleven una prescripción médica negativa, mientras que en otros casos y según el diagnóstico, no es admisible, por resultar negativa, la conjugación de la actividad con la causa de la baja médica, en la medida en que esté contraindicada en la situación de IT, debiéndose de individualizar cada supuesto con el fin de averiguar la relevancia del fraude imputado.

La Sala considera que en el presente caso, la actividad de la demandante, comprometía su proceso de curación, y si no fuera así, quedaba constatada su aptitud para el trabajo, teniendo en cuenta que padecía vértigo, siendo tratada en la consulta de psicología por cuadro de ansiedad producida por el miedo a estar en ciertos espacios



y a la repetición de los episodios de vértigo (ordinales fácticos tercero y cuarto). Además, queda acreditado que a la actora se le recomendó por el médico de atención primaria que guardara reposo (por el vértigo) durante 72 horas, del 14 al 16 de mayo (folio 191) con la idéntica prescripción el 21 de mayo.

Pese a la situación clínica descrita, la actora obvió los cuidados necesarios y los consejos dados, al estar acreditado que se desplazó en coche, conduciendo ella misma, desde su domicilio a Coslada para realizar exámenes en el IES de esta localidad, en los días 17, 18, 21 y 23 de mayo de 2018, y 18 de junio, pese a que según informe de 21 de mayo, que obra al folio 192, la médico del SERMAS, de atención primaria, indica que la actora "deberá guardar reposo domiciliario durante 72 horas por problema médico". Este antecedente difícilmente se compadece con las actuaciones subsiguientes (conducción del vehículo a otra localidad) eludiendo una recomendación que tenía que observar debido al vértigo que padecía. Precisamente el reposo se aconseja para evitar o paliar la repetición de los episodios de dicha dolencia, a lo que también se añade el cuadro de ansiedad, tratado en la consulta de psicología.

Con lo referido hasta ahora se debe de concluir en que, si bien la sintomatología del vértigo puede permitir hacer vida normal, siempre que no esté médicamente prescrito el reposo, en el caso de la demandante reviste especial gravedad el hecho de que, habiéndosele recomendado el descanso-habrà de entenderse, por lógica, a observar en su domicilio-acudiera conduciendo a Coslada en cinco ocasiones seguidas, lo que pone de manifiesto que si se encontraba apta y capacitada para tal menester, en situación de IT, podía estarlo sin necesidad de continuar con la baja médica, partiendo además de una particularidad transcendental, cual es la de su categoría profesional de auxiliar administrativo. Y aunque, en cualquier caso, el estado de salud de la actora no fuera compatible con la actividad laboral, las actividades que llevó a cabo retrasaban su curación, lo que resulta inaceptable porque la IT se compensa por el sistema público de la Seguridad Social y parcialmente por la empresa.

Aplicamos, con fundamento en lo señalado hasta ahora, la necesaria individualización y concreción de circunstancias subjetivas y objetivas que se precisan siempre en los procesos sobre despido disciplinario ( STS de 19-11-1991-rec. 1300/1990 ) entendiendo que la conducta de la actora era injustificable por haber vulnerado de forma palmaria el principio de buena fe contractual por el que ha de regirse la relación laboral ( arts. 5, a) y 20.2 del ET. Y aquí la transgresión de la buena fe se ha dado en el doble sentido ya dicho, respecto del empresario y quien sufraga el subsidio, con lucro individual de la trabajadora ( STS 26-7-1988 y 13-2-1991 entre otras muchas).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación formulado por IRPALA ASESOTRES, S.L, contra sentencia dictada el 22-11-2018 por el Juzgado de lo Social número 18 de Madrid, en autos 878/2018, y con revocación de la misma, desestimamos la demanda de Dña. Carlota y declaramos la procedencia del despido, sin derecho a indemnización y salarios de trámite. Devuélvase a la empresa recurrente la consignación y el depósito.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 0 **376/19** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 376/19), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art. 230.1 L.R.J.S.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.



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

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ