

S38. LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD DE OCIO DURANTE LA INCAPACIDAD TEMPORAL COMO CAUSA DE DESPIDO DISCIPLINARIO

STSJ Andalucía/Sevilla 29 febrero 2012 (AS 2012, 941)*

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

Profesora contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. EL ASUNTO OBJETO DE REVISIÓN: DESPIDO POR TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL POR SIMULACIÓN DE ENFERMEDAD. 2. JUICIO MÉDICO «VERSUS» JUICIO JURÍDICO. 3. LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD DE OCIO COMO ELEMENTO DE VALORACIÓN JUDICIAL DE LA APTITUD PARA EL TRABAJO. 4. BIBLIOGRAFÍA.

PALABRAS CLAVE: Despido. Deber de buena fe. Actividades lúdicas. Incapacidad temporal. Estrés laboral.

MOTS CLÉ: Licenciement. Obligation de bonne foi. Loisirs. Assurance maladie. Le stress au travail.

Fecha recepción original: 14 de julio de 2012
Fecha aceptación: 16 de julio de 2012

1. EL ASUNTO OBJETO DE REVISIÓN: DESPIDO POR TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL POR SIMULACIÓN DE ENFERMEDAD

La sentencia del TSJ Andalucía, sede Sevilla, de 29 de febrero de 2012 (AS 2012, 941), resuelve un recurso de suplicación interpuesto por la empresa frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de los de Sevilla dictada en autos de despido por transgresión de la buena fe contractual, en la que se estimó la declaración de la improcedencia del despido. El asunto analizado por la sentencia que comentamos es si el hecho de acudir la trabajadora a una romería durante su situación de incapacidad temporal es o no infracción del deber de buena fe contractual como para, por su gravedad y culpabilidad, ser causa de

* Véase la sentencia comentada en la revista jurisprudencial AS núm. 5, 2012.

despido disciplinario procedente. Anticipamos que la sentencia estima el recurso de la empresa y revoca la declaración de improcedencia del despido declarada por la sentencia de instancia.

La trabajadora causó baja por incapacidad temporal el 5 de mayo de 2010 por reacción aguda al estrés relacionado con su trabajo, situación que se prolongó hasta noviembre de 2010, según hechos probados. Si bien la actora no podía asumir el estrés propio de su trabajo, la psicóloga que la trataba por depresión motivada por problemas familiares desde septiembre de 2008 le recomendó que participara en actividades lúdicas y de ocio y, en concreto, asistir a la romería del Rocío.

Deben referirse también los aspectos más relevantes de la situación laboral de la trabajadora, dado que además de que son hechos probados en la sentencia de instancia, conforman el contexto en el que se produce la falta de salud, la declaración de incapacidad temporal y la realización de actividades lúdicas por la trabajadora.

En el relato fáctico de la sentencia se describen las múltiples relaciones contractuales y mercantiles que la actora tenía con un entramado de entes jurídicos tanto privados con forma de asociaciones e institutos, o públicos, como la Universidad. La trabajadora había sido administradora y tesorera de una asociación privada dedicada al desarrollo de una cultura de políticas públicas en España. El presidente de dicha asociación, que era también socio de una sociedad limitada dedicada a mejorar la calidad de la investigación de proyectos relacionados con la evaluación y el empleo, difusión y formación en el campo de la economía aplicada y servicios de consultoría, sugiere la contratación de la actora por dicha sociedad, lo que se lleva a cabo en febrero de 2007. Estando vigente dicha relación laboral, la trabajadora fue nombrada administradora única de la sociedad limitada antes citada, desde enero de 2008 hasta diciembre de 2009, sin percibir retribución por dicho cargo; además ostentaba el 10% de las acciones de dicha sociedad que más tarde transmitió a otro. Entre 2005 y 2009 había sido profesora asociada de Universidad, en diferentes periodos y duración, trabajo relacionado con la antes mentada asociación y sociedad limitada empleadora de la actora.

En abril de 2010, la trabajadora había pedido vacaciones a la empresa del 20 al 28 de mayo para ir a la romería del Rocío, que le fueron denegadas por tener trabajo comprometido con clientes de la empresa. Consta también en los hechos probados que la actora solía ir a la romería del Rocío. El 10 de mayo, estando ya en situación de incapacidad temporal, tuvo lugar una reunión entre la trabajadora y representantes de la empresa en que se trató la salida de la trabajadora y la indemnización a recibir. El 28 de junio recibe carta de despido disciplinario basado en la transgresión de deber de buena fe contractual y simulación de enfermedad para acudir a la romería de Aracena el día 20 de mayo y a la romería del Rocío los días 21 y 22 de mayo, según informe de detectives privados contratados por la empresa. La sentencia de instancia estimó la demanda de despido improcedente y la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía de

29 de febrero de 2012 (AS 2012, 941) la revoca, calificando el despido como procedente por quebranto grave del deber de buena fe.

2. JUICIO MÉDICO «VERSUS» JUICIO JURÍDICO

El asunto objeto de análisis reviste una doble complejidad consistente en la necesidad de conjugar, por un lado, los aspectos médicos fuente de la constatación de falta de salud de la trabajadora y de la posterior declaración de su incapacidad temporal para el trabajo, y por otro lado los aspectos jurídicos de constatación de vulneración de obligaciones legales y contractuales por la trabajadora, en este caso el deber de buena fe en las prestaciones recíprocas que exige a ambas partes el Estatuto de los Trabajadores (arts. 5 y 20); la consiguiente aplicación o no de la causa de despido disciplinario consistente en el incumplimiento de la buena fe contractual, prevista también en la citada norma (art. 54.2); y la constatación de si dicho incumplimiento reviste las notas de gravedad y culpabilidad que para ser causa de despido exige el Estatuto de los Trabajadores a la conducta incumplidora (art. 54.1).

Pero la conjugación necesaria de ambos aspectos, el médico y el jurídico, presenta la dificultad de determinar los límites de uno y otro a la hora de realizar la interpretación y constatación práctica de aquéllos, por lo siguiente. La incapacidad temporal es la situación en la que se encuentra el trabajador en periodos en que su falta de salud le impide realizar con normalidad su trabajo, de ahí que el art. 45.1 del Estatuto de los Trabajadores la configure como una causa de suspensión del contrato; pero es además una contingencia del sistema de Seguridad Social que protege la situación de necesidad que experimenta el trabajador por la falta de ingresos derivados de su trabajo, que se suple con el reconocimiento de una prestación económica de carácter público, si además el sujeto cumple una serie de requisitos exigidos por la vigente Ley General de Seguridad Social (art. 130). La constatación de la falta de salud, y la posterior baja médica para el trabajo, está residenciada en los servicios médicos correspondientes, que tras el análisis clínico de la persona, diagnostican la enfermedad y su declaración de no apto temporalmente para el trabajo¹. Una de las dificultades que presenta este tipo de situaciones en la práctica es analizar desde el punto de vista jurídico y en base a informes médicos y de otros especialistas de la salud qué tipo de actividades puede realizar el trabajador que sean compatibles con su situación de incapacidad temporal, o cuáles otras son incompatibles que de llevarse a cabo darían lugar a la conclusión de que o bien la persona sí está en situación de poder trabajar o bien, no estándolo, dilata o entorpece su curación.

Es sabido que el interés que esta cuestión puede presentar desde una óptica jurídico-laboral, en este último caso consistente en realizar actividades incompatibles con la incapacidad temporal, es la legitimidad de la empresa para llevar

1. Sobre la materia vid. ARENAS VIRUEZ, M., La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia, Relaciones Laborales 1/2011.

a cabo un despido disciplinario por incumplimiento de la buena fe contractual del trabajador, dado que dicho deber y otros permanecen vigentes durante la suspensión del contrato de trabajo². En efecto, son reiterados los pronunciamientos judiciales que constatan la vulneración de intereses de la empresa con este tipo de conductas, consistentes en el perjuicio económico de tener que seguir abonando las cotizaciones a la Seguridad Social por dicho trabajador en incapacidad temporal –aunque sean inferiores- y tener que suplir la ausencia del trabajador y el trabajo que realizaba en la empresa.

Pero el problema de fondo reside en determinar qué actividades son o pueden ser compatibles o incompatibles con la situación de incapacidad temporal del trabajador, a los efectos de entender que se cumple o no su deber de buena fe para con la empresa y, en segundo lugar, a quién le corresponde determinar dichas actividades, esto es, a los servicios médicos que han prescrito la dolencia y la situación de incapacidad temporal o al Juez o Tribunal del ámbito Social que enjuicia el despido. Dicho en otras palabras, la cuestión de los límites que planteábamos al inicio de este apartado consistiría en dilucidar si en el enjuiciamiento del despido, el Juez o Tribunal deben limitarse al análisis del deber de buena fe en base a las actividades que según los servicios médicos puede o no puede realizar el trabajador en cuyo caso el órgano judicial sólo debe limitarse a constatar la presencia o no de actividades incompatibles con la incapacidad temporal³, o bien el órgano judicial de puede ir más allá y entrar a determinar el tipo de actividades que son o no son conformes con el estado de salud del trabajador y, por tanto, concluir que se trata de simulación de enfermedad o un entorpecimiento de la curación que pueden ser calificados en ambos casos como infracción del deber de buena fe por el trabajador.

El estudio de la tesitura planteada no puede ser abordado en este lugar por la naturaleza de esta breve aportación y por la diversidad de supuestos en los que se puede desplegar aquélla. Pero dado que uno de esos posibles supuestos es el que se aprecia en el caso analizado por la sentencia de referencia, nos centraremos en él teniendo en cuenta que reviste cierta particularidad porque se trata de un caso de realización de actividades de ocio llevadas a cabo por la trabajadora en situación de incapacidad temporal, y no la realización de trabajos por cuenta propia o ajena que presenta aspectos propios y diferentes a los que se pueden dar en otros casos. En todo caso, nótese que de entrada existe entre ambos supuestos –realización de actividades lúdicas o de ocio y actividades de

2. En este sentido vid. MONTROYA MELGAR, A., en AA.VV., Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 60.

3. Esta postura es la que se sigue en la STSJ Murcia, de 14 mayo (JUR 2012, 182054), según la que «del examen de la prueba de detective, base de la carta de despido y de este procedimiento, resulta que la trabajadora realizaba tareas propias de la vida cotidiana, como pasear el perro o ir de compras a Mercadona, portando tanto la correa del perro, como las bolsas de la compra en la mano derecha, sin que por tanto afectara a su enfermedad que la padece en el hombro y brazo izquierdo. La restricción de movimientos se refiere al MSI, pudiendo usar el MSD para tareas cotidianas, a tenor de los informes médicos.»

trabajo por cuenta propia o ajena– una importante diferencia y, a la vez, una importante conexión.

La diferencia consiste en que en principio la situación de incapacidad temporal en general no permite la realización de trabajos, con las matizaciones que a este respecto viene haciendo la doctrina⁴ y jurisprudencia, en cambio una actividad de ocio no tiene por qué ser a priori considerada como contraria o incompatible con el estado de salud del trabajador, aunque podría serlo si el diagnóstico médico así lo exige. Y, por otro lado, la conexión entre ambos supuestos radica en que en ocasiones la realización de actividades de ocio por el trabajador durante la incapacidad temporal se utiliza en el ámbito judicial como elemento para contrastar las aptitudes del trabajador y, por tanto, para valorar en sede judicial si esas aptitudes le permitirían realizar su trabajo con normalidad lo que, en caso positivo, llevarían al órgano judicial a concluir que existe una simulación de enfermedad. Este tipo de valoración basada en el nexo o conexión entre la aptitud del trabajador para hacer actividades de ocio durante la incapacidad temporal, que sirve de base para averiguar si es apto para el trabajo o no, desde mi punto de vista es el que más estrictamente debe observar o respetar los informes médicos, diagnóstico y tratamiento del trabajador, dado que en caso contrario se estaría traspasando el límite de valoración jurídica para entrar en el de la valoración médica, que podría llevar a la injusta consideración del despido como procedente.

3. LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDAD DE OCIO COMO ELEMENTO DE VALORACIÓN JUDICIAL DE LA APTITUD PARA EL TRABAJO

La dolencia que da origen a la declaración de incapacidad temporal de la trabajadora a principios de mayo de 2010 es, según los hechos probados, una situación aguda de estrés que relacionaba con el trabajo, con diagnóstico de un cuadro clínico mixto de tipo ansioso depresivo de meses de evolución y en relación a factores estresores de tipo familiar y principalmente referidos al ámbito familiar. Desde 2008 venía siendo tratada por depresión derivada de problemas familiares por una psicóloga.

El Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia comentada, único dedicado a constatar la vulneración o no del deber de buena fe por la trabajadora, contiene el razonamiento en virtud del cual y teniendo en cuenta los hechos probados la trabajadora ha transgredido de una forma grave y culpable su deber de buena fe y lealtad con la empresa por simular una enfermedad, ya que «la actora efectuó actividades que evidencian la aptitud para el trabajo».

4. En este sentido LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., «La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido», Actualidad Laboral número 31/2003, La Ley, que alude a la existencia de dos tendencias en la jurisprudencia claramente diferenciadas aunque concurrentes en el tiempo: una posición más restrictiva que sanciona sistemáticamente cualquier trabajo desempeñado durante la incapacidad temporal; y otra línea, en cambio, que aboga por una mayor flexibilidad, valorando las circunstancias particulares de cada caso.

Dichas actividades consistieron en acudir a la romería de Aracena el día 20 de mayo de 2010, y a la romería del Rocío los días 21 y 22 de mayo del mismo año, según un informe de detectives privados, y consumir cerveza sin que haya quedado probada la cantidad que consumió. Por otro lado, consta como probado el consejo dado por la psicóloga de que participara en actividades de ocio y lúdicas, recomendándole asistir a la romería del Rocío.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal toma como elemento clave de decisión la relación de síntomas típicos que presenta la enfermedad de estrés agudo y ansiedad –sin que se aluda expresamente en la sentencia de qué fuente se extraen dicha sintomatología– y valorar si una persona con dichos síntomas puede estar en una romería tres días realizando las actividades típicas de dicha clase de fiesta –andar, beber alcohol, etc.–. De esta forma, se llega a la conclusión de que los síntomas derivados del estrés y la ansiedad no permiten realizar ese tipo de actividades lúdicas y si la trabajadora las ha realizado es que ha simulado la enfermedad.

Llama la atención en esta sentencia el hecho de que a lo largo de su argumentación el Tribunal haga juicios médicos sobre lo que se puede realizar o no con un diagnóstico como el de la trabajadora pero para ello no tenga en cuenta los informes de la especialista, a los que no da credibilidad, llegando incluso a razonar que si el informe médico del SAS prescribe antidepresivos, según el prospecto de este tipo de medicamento no se puede tomar alcohol, y la actora lo hizo –aunque no conste su cantidad–. Este razonamiento, que se expresa de forma contundente que no deje lugar a dudas de la certeza del Tribunal en su valoración, con el uso de expresiones como «jamás podría», «es imposible que» o «es contrario a», va a ser el elemento decisor de la sentencia para concluir que si la trabajadora realizaba esas actividades es que podía trabajar. No obstante, el Tribunal complementa su razonamiento con otros hechos que rodean el momento de la declaración de la incapacidad temporal, como el que la trabajadora hubiera pedido vacaciones dos días antes de la baja para ir a la romería Rocío; que no se la hubiese concedido la empresa por haberse comprometido la trabajadora con unos clientes para tener terminado unos trabajos para esa fecha que, siendo indicios, llevan al Tribunal a considerar que la trabajadora actuó con premeditación.

Por otro lado, la referencia que hace la sentencia a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia, se refiere a los casos de despido motivado por realizar el trabajador en incapacidad temporal otros trabajos por cuenta propia o ajena que toma en cuenta no sólo las actividades realizadas por el trabajador durante la baja médica sino el motivo de ésta también y el tratamiento prescrito. Como decíamos en el apartado anterior son dos supuestos que presentan una importante diferencia de partida: realizar trabajos durante la baja médica en principio no se puede hacer durante una incapacidad temporal –con importantes matices en su interpretación⁵–, en tanto que la realización de actividades de ocio a priori

5. Vid. sobre la materia MONTOYA MEDINA, D., «Incapacidad temporal y pluriactividad sobrevenida», Aranzadi Social 3/2012.

no tienen por qué ser incompatibles con la incapacidad temporal; para saber si lo son o no, es fundamental la información médica sobre el caso, que en éste no ha sido suficiente para el Tribunal como para considerar compatible la actividad de ocio y estar enfermo.

4. BIBLIOGRAFÍA

ARENAS VIRUEZ, M., «La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia», Relaciones Laborales 1/2011, La Ley.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J., «La prohibición de trabajar durante la incapacidad temporal como causa de despido», Actualidad Laboral número 31/2003, La Ley.

MONTOYA MEDINA, D., «Incapacidad temporal y pluriactividad sobrevenida», Aranzadi Social 3/2012.

MONTOYA MELGAR, A., AA.VV., «Comentarios al Estatuto de los Trabajadores», Thomson Aranzadi, Pamplona, 2007.