

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA**

Sentencia 1558/2018, de 9 de marzo de 2018

Sala de lo Social

Rec. n.º 6987/2017

SUMARIO:

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe. Trabajadora en incapacidad temporal con reducción de jornada por cuidado de hijo. Alegación empresarial de que la trabajadora adopta conductas que impiden o retrasan la recuperación necesaria para la reanudación de la actividad laboral, amparándose para ello en los informes de un detective privado. No puede obviarse que la despedida es una mujer y que el hecho por el que se la despide es una actividad presuntamente incompatible con la IT, consistente en llevar a sus tres hijos a la playa en el mes de julio, padeciendo una conjuntivitis vírica. El principio hermenéutico *favor muliere* ha recibido su positivización en el artículo 4 de la LOIMH. Ello obliga al intérprete a integrar en la interpretación el parámetro de la igualdad de género de forma que, si de una interpretación se derivan varias opciones, habrá de optar a la más favorable al principio de igualdad. No se puede considerar que la conducta que se le imputa sea grave y culpable, desde el momento en que la misma se lleva a cabo en un contexto de conciliación de la vida personal y familiar y, por tanto, en ejercicio del derecho fundamental a la igualdad de género. Por otro lado, no existe prueba alguna de que la trabajadora infringiera las prescripciones médicas sobre su recuperación. Es más, pasó los controles de la Mutua. Por tanto, una interpretación constitucional de la buena fe no puede suponer que se consideren como incumplimiento contractual grave de la misma, la realización de actividades que entrañen el ejercicio de derechos fundamentales. En este sentido el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado relacionando la conciliación de la vida familiar y laboral con el derecho a la no discriminación por razón de sexo. No hay, en consecuencia, transgresión de la buena fe objetiva, pero tampoco subjetiva, porque en dicha conducta no se aprecia un *animus nocendi* respecto de los intereses de la empresa y porque la vida privada y familiar no puede convertirse en el campo de exigencias contractuales, pues ello supondría sostener un concepto constitucionalmente inadmisibles de la buena fe, como así sostuvo el TC en su STC 192/2003. Se confirma la declaración de nulidad del despido.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 5 a), 20.2, 37.6, 54.2 d) y 55.5.

Ley Orgánica 3/2007 (LOIMH), arts. 4 y 15.

PONENTE:

Don Carlos Hugo Preciado Domenech.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 44 - 4 - 2016 - 8028469

EL

Recurso de Suplicación: 6987/2017

ILMO. SR. FELIPE SOLER FERRER

ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 9 de marzo de 2018

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Celio España Moda, S.A. frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Barcelona de fecha 25 de julio de 2017 , dictada en el procedimiento Demandas nº 591/2016 y siendo recurrido/a Fondo de Garantía Salarial y Noemi . Ha actuado como Ponente el/la Ilmo. Sr. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 28 de julio de 2016, tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, 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 25 de julio de 2017 , que contenía el siguiente Fallo:

"SE ESTIMA la demanda interpuesta por DÑA. Noemi contra la empresa CELIO ESPAÑA MODA S.A., se DECLARA LA NULIDAD del despido efectuado en fecha 15 de julio de 2.016, y se CONDENA a demandada a que readmita a la trabajadora en su puesto, en las mismas condiciones que regían y al abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 53,10 euros diarios, hasta el día de la readmisión."

Segundo.

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

" PRIMERO.- Dña. Noemi ha venido prestando servicios por cuenta de la empresa demandada, con contrato de duración indefinida a jornada completa con antigüedad computable desde el 27 de junio de 2008, con categoría de encargada y salario mensual bruto, con inclusión de pagas extraordinarias, de 1.615,13 euros. (Antigüedad y categoría no controvertidas; salario resultante de las nóminas)

SEGUNDO.

La demandante tiene reconocida reducción de jornada por cuidado de hijos menores, realizando un horario de 10 a 16 horas de lunes a sábado. Un día a la semana realiza jornada de 16 a 22 horas. (No controvertido)

TERCERO.

El NUM000 /2014 nació el tercer hijo de la actora, estando de baja por maternidad hasta el 31/01/15 pero reincorporándose de forma efectiva el 26/03/2015 debido al disfrute de vacaciones y la compactación de la lactancia. (No controvertido)

CUARTO.

El 16/01/2015 la demandante recibió por burofax una carta de despido por causas objetivas de carácter económicas, organizativas y productivas, con efectos del día 31/01/15, y poniendo a su disposición una indemnización de 8.066,67 euros. (folios 337 y 338)

QUINTO.

En fecha 21 de enero de 2016 la empresa remitió burofax a la demandante dejando sin efecto la carta de despido, si bien indicando que el centro de trabajo en el que pasaría a desempeñar sus funciones sería el ubicado en Sant Boi.

SEXTO.

Presentada demanda de reconocimiento de derecho, el Juzgado de lo Social nº 20 de Barcelona dictó sentencia el 21 de abril de 2015 estimando la demanda, dejando sin efecto la adscripción de la actora al centro de Sant Boi y debiendo ofrecer la empresa puesto de trabajo en alguno de los cinco centros existentes en Barcelona o en el de Baricentro, en Barberà del Vallès. La sentencia fue ratificada por el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. (Folios 353 a 359, y 366 a 375)

SÉPTIMO.

La demandante ha estado en situación de incapacidad temporal, constandingo como diagnóstico trastorno de ansiedad, desde el 26/05/2015 hasta el 17/05/2016. (Folio 393)

OCTAVO.

Tras varias comunicaciones entre las partes para fijar las vacaciones de la demandante correspondientes a los años 2015 y 2016, y ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, la actora interpuso demanda ante los Juzgados de lo Social el 15 de junio de 2016. (Folios 376 a 378)

Llegado el día del juicio, y dada la comunicación previa de despido de la demandante, se acordó la suspensión del juicio. (folio 379)

NOVENO.

El día 17 de junio de 2016 la demandante cursó baja por IT, constandingo como diagnóstico conjuntivitis vírica. (folio 380)

El día 21 de julio de 2016 se emitió comunicado médico de confirmación de la incapacidad temporal. El parte médico indica "tipo de proceso: largo", y fecha límite de la siguiente revisión el 21/08/2016. (folio 381)

El día 01/08/2016 se cursó parte de alta por curación/mejoría que permite desarrollar la actividad laboral. (folio 382)

DÉCIMO.

La actora pasó visita en la mutua MAZ los días 11/07/2016 y 18/07/2016. (folios 22 y 23)

El 26/07/2016 la demandante no acudió a la visita que tenía programada en la Mutua MAZ. (folios 277 a 279)

DÉCIMO PRIMERO.- Los días 17/07/2016 y 21/07/2016 la actora acudió al servicio de urgencias del hospital Vall d'Hebrón. (folio 385)

DÉCIMO SEGUNDO.- El día 8/07/2016 la demandante condujo su vehículo particular desde Barcelona, durante unos 150 km, hasta Montroig del Camp (Tarragona), en algunos momentos llevaba la ventanilla bajada.

El día 10/07/2016 la demandante salió de la vivienda donde pernoctaba en Montroig del Camp sobre las 18:25 horas, sin llevar puestas las gafas de sol.

El 11/07/2016 la demandante condujo su vehículo particular hasta Barcelona para visitarse en la mutua MAZ, y antes de entrar se frotó los ojos.

El 12/07/2016 la demandante fue a la playa con sus tres hijos menores, pasando allí tres horas.

El 13/07/2016 la demandante condujo hasta la localidad de Reus y tras dar un vuelta por la zona comercial sin gafas de sol, comió con un conocido en un restaurante.

(Informe de detective privado, folios 237 y siguientes)

DÉCIMO TERCERO.- El 15 de julio de 2016 la empresa remitió a la demandante carta de despido por causas disciplinarias cuyo contenido obra en folios 272 y 273 y se da por reproducido a efectos expositivos. La carta fue recibida el 21/07/2016.

DÉCIMO CUARTO.- La parte actora no ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores. (no controvertido)

DÉCIMO QUINTO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación con resultado de intentado sin avenencia.

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El demandado, CELIO ESPAÑA MODA S.A. interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 287/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona en los autos 591/2016, seguidos en materia de despido disciplinario. La sentencia recurrida declara la nulidad del despido de 15/07/16 y condena a la demandada a la readmisión de la trabajadora en su puesto, en las mismas condiciones que regían y al abono de los salarios de trámite a razón de 53,10 euros diarios.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de la parte actora, que pide su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

Segundo.

Por razones de orden procesal conviene examinar en primer lugar el motivo que consta en segundo lugar en el escrito de interposición, en el que al amparo del art.193 b) LRJS, la recurrente solicita la revisión de los hechos probados, en concreto del hecho probado décimo segundo, para hacer constar que la actividad realizada por la actora, consistente en ir a la playa con sus tres hijos menores, está contraindicada para la patología que ésta sufría.

Para que prospere la revisión del hecho probado deben concurrir los siguientes requisitos:

- No se pueden plantear válidamente en el recurso cuestiones que no se hayan planteado en la instancia, de forma que tales cuestiones nuevas deben rechazarse en el recurso, en virtud del principio dispositivo (STS 4 octubre 2007).

-Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.

-Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. El error de hecho ha de ser evidente y fluir, derivarse y patentizarse por prueba pericial o documental eficaz y eficiente, sin necesidad de acudir a deducciones más o menos lógicas o razonables, pues dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación y de que no se trata de una segunda instancia, no cabe llevar a cabo un análisis de la prueba practicada con una nueva valoración de la totalidad

de los elementos probatorios (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1999), pues ello supondría, en definitiva, sustituir el criterio objetivo del Juzgador de instancia.

-Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.

-Necesidad de que la modificación del hecho probado haga variar el pronunciamiento de la sentencia, pues, en otro caso vendría inútil la variación. Valgan por todas las Sentencias de esta Sala números 7.421/93 de 29 de diciembre ; 4.193/94, de 13 de julio y 964/95, de 11 de febrero .

Partiendo de tales premisas, en relación al hecho décimo segundo, la recurrente pretende añadir que la actividad de ir a la playa con sus tres hijos menores estando allí tres horas, está totalmente contraindicada con la patología que sufría la actora (conjuntivitis vírica) por la que estaba en situación de IT desde 17/06/16 .

El motivo ha de ser desestimado, puesto que la afirmación que se pretende añadir, procede del informe del Dr. Nicolas (f.290), siendo que la resolución recurrida valora razonable y razonadamente el mismo, para llegar a la conclusión que tal informe se limita a efectuar una explicación genérica de la conjuntivitis vírica, pero sin examinar a la paciente ni sus informes médicos, por lo que su credibilidad es reducida. Conclusión que comparte la Sala, no sólo por razonable y ajustada a la sana crítica (art. 348 LEC), sino porque no se aprecia ningún error evidente, patente y obvio en su valoración.

Tercero.

Al amparo del art.193c) LRJS el recurrente denuncia la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, en concreto las que siguen: art.54 d) ET , en relación con el art.47.2 Convenio Colectivo del Comercio Textil de Barcelona .

El art.54. 2d) ET dispone que se considerarán incumplimientos contractuales: "La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".

El art.47.2 Convenio Colectivo castiga como falta grave "2. Faltar 2 días al trabajo durante el periodo de 1 mes sin causa justificada. Cuando de estas faltas se deriven perjuicios para el público, se considerarán como faltas muy graves."

La impugnante se opone al motivo de recurso, pidiendo su desestimación.

3.1.- Hechos a valorar para resolver el recurso

- El día 17/06/16 la demandante cursó baja por IT, constando como diagnóstico conjuntivitis vírica.
- El día 21/07/16 se emitió comunicado médico de confirmación de la IT. El parte médico indica "tipo de proceso: largo" y fecha límite de la siguiente revisión 21/08/16.
- La actora pasó visita en la mutua MAZ los días 11/06/16 y 18/07/16. El 27/07/16 la demandante no acudió a la visita que tenía programada en la mutua MAZ.
- Los días 17/07/16 y 21/07/16 la actora acudió al servicio de urgencia del hospital Vall d'Hebrón.
- El día 8/07/16 la actora condujo su vehículo particular desde Barcelona, unos 150 km, hasta Montroig del Camp. En algunos momentos llevaba la ventanilla bajada.
- El 10/07/16 la demandante salió de la vivienda donde pernoctaba en Montroig del Camp sobre las 18.25 horas, sin llevar puestas las gafas de sol
- El 11/07/16 la actora condujo su vehículo particular hasta Barcelona para visitarse en la mutua Maz. y antes de entrar se frotó los ojos
- El 12/07/16 la demandante fue a la playa con sus tres hijos menores pasando allí tres horas.
- El 13/07/16 la demandante condujo hasta la localidad de Reus y tras dar una vuelta por la zona comercial sin gafas de sol, comió con un conocido en un restaurante.
- La actora fue despedida el 15/07/16 por realizar actividades incompatibles con su situación de baja por IT, constitutivas de una transgresión de la buena fe contractual.

3.2.- Sobre la transgresión de la buena fe contractual.

El TS no ha dudado, desde su primera doctrina emanada tras la vigencia de la CE, en considerar la buena fe como un elemento importado del Derecho Privado al Derecho del Trabajo (STS 22 marzo 1984 . RJ 1984\1598)

En esta importación, sin embargo, ha adoptado el concepto objetivo de la buena fe, propio de las relaciones obligacionales (art.1258 CC), sin perjuicio de insistir en el elemento subjetivo de la conducta contraria a la buena fe misma (animus nocendi), según el cual: " El cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones dimanantes del contrato laboral proscribire toda actuación del trabajador intencionadamente dirigida a inferir un daño material o moral al empleador. " STSJ Canarias (Tenerife) de 21 octubre 2004, (AS 2004/3064).

La exigencia de un elemento subjetivo (animus nocendi) no supone apartarse del concepto objetivo de buena fe, conforme al que la buena fe es una conducta -y no una creencia- .

A nivel legislativo, en el marco de la relación individual de trabajo, la buena fe objetiva se configura como un deber laboral básico del trabajador/a, pues el art.5.a) ET le impone cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y la diligencia. (El ET la cita en: arts. 5 a), 20.2 , 40.2 , 41.4 , 44.9 , 47.1 , 51.2 , 54.2d) y 89.1. ET)

Por otro lado, el art.20.2 ET configura la buena fe como un parámetro de comportamiento de trabajador/a y empresario/a, quienes, en cualquier caso " se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe".

Buena fe no puede confundirse con conceptos preconstitucionales de lealtad o sumisión unilateral del trabajador, contrarios a los valores de nuestra CE, y en este sentido, cabe recordar que el TC en sus SSTC 90/1999, de 26 de mayo, (F.4) y 213/2002, de 11 de noviembre (F.10), se ha encargado de subrayar que no es constitucionalmente admisible una concepción unilateralista de la buena fe: «la buena fe contractualmente exigible no puede ser entendida en términos unilaterales: Tan vinculado a ella debe ser la conducta del trabajador -o del representante de personal (...)- en el cumplimiento de sus funciones, como la de la empresa en el de las suyas».

Tampoco son admisibles las concepciones organicistas y corporativas de la buena fe según las cuales " El valor superior - Sentencia de 24 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6501) y varias más, anteriores y posteriores- al que atenta el quebranto de la buena fe y el abuso de confianza, hay que situarlo en la empresa en sí misma, célula social integradora y unidad económica productiva, bajo una rectoría, que ha de proceder a la concertada y armónica actuación de todos sus elementos y a la más justa retribución, entre los humanos, de los rendimientos netos que se obtienen". (STS 14 septiembre 1988 . RJ 1988\6892, entre otras muchas.)

En efecto, el TC se encargó de desterrar estas concepciones corporativas y organicistas de la buena fe, por ejemplo, en STC 204/1997, de 25 de noviembre , F. 2º:

" (...) dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, aunque ello no supone, ciertamente, la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial "-

Cabe concluir que poner coto a estas concepciones de la buena fe iba en clara sintonía con la voluntad del TC de enterrar las manifestaciones de "feudalismo industrial", propias de épocas anteriores (STC 88/1985, de 19 de julio , F.2).

Por otro lado, la buena fe ha tendido a absorber multitud de causas de despido, jugando el papel de cajón de sastre, poco acorde con la seguridad jurídica y la tipicidad que deben inspirar el poder disciplinario privado del empresario. A modo de ilustración de la "voracidad" de la buena fe, se ha considerado transgresión de la buena fe conductas tan dispares como el uso particular bienes de empresa (STS 26 febrero 1991 (RJ 1991/875); STS 12 febrero 1990), concurrencia desleal (STS 22 febrero 1990 ; STSJ Madrid 26 septiembre 2006 (RJ 2006/3166), etc.); realización de trabajos en situación de IT, (STS 10 mayo 1983 (RJ1983/2365); STS 7 marzo 1985 (RJ 1985/1294); etc. uso del teléfono móvil para fines particulares (TSJ C. Valenciana 14 enero 1994. AS 1994\350) y un interminable etcétera.

Partiendo de lo expuesto, una concepción constitucional de la buena fe reclama un enfoque contractual equilibrado de la misma en el marco de un Derecho tuitivo de la parte débil, como es el Derecho del Trabajo (art.9.2 CE) y una indeclinable exigencia de gravedad y culpabilidad en las conductas que la transgredan, de forma que la teoría gradualista, esto es, la proporcionalidad, evite que la "transgresión de la buena fe" sirva para imponer la mayor sanción posible en el seno del contrato (el despido), al amparo de la indeterminación del concepto jurídico, con una discrecionalidad desmesurada y constitutiva de arbitrariedad.

Los derechos fundamentales y los principios constitucionales, en conclusión, habrán de guiar al intérprete para determinar si cierta conducta es transgresora de la buena fe contractual, y si dicha transgresión reviste las notas de gravedad y culpabilidad, precisas para hacerla meritoria del despido; o en otras palabras, si dicha sanción máxima es idónea, necesaria y proporcionada para salvaguardar el derecho del empresario a velar por la buena marcha de la empresa, en defensa de la productividad, a través del ejercicio del poder disciplinario (art.38 CE y art.20 ET).

Desde otra perspectiva más concreta, la de igualdad de género, en el caso de autos no puede obviarse que la despedida es una mujer, y que el hecho por el que se la despide es una actividad presuntamente incompatible con la IT, consistente en llevar a sus 3 hijos a la playa en el mes de julio, padeciendo una conjuntivitis vírica.

El principio hermenéutico del favor muliere, ha recibido su positivización en el art.4 de la LOIMH que dispone que "la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas."

Ello obliga al intérprete a integrar en la interpretación el parámetro de la igualdad de género de forma que, si de una interpretación se derivan varias opciones, habrá de optar a la más favorable al principio de igualdad.

En la aplicación del derecho sustantivo- también el disciplinario laboral-, aunque no sea derecho antidiscriminatorio, rige tal principio, pues el principio de igualdad entre hombres y mujeres es un principio informador del ordenamiento todo, y no sólo de parte del mismo, y ello, como es natural, deriva de la transversalidad, que consagra el art.15 LOIMH, cuando dice que: "El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos".

Pues bien, una interpretación conforme al indicado principio de los tipos infractores imputados, consistentes en la transgresión grave de la buena fe contractual, (art 54.2d) ET) y en ausencias injustificadas del trabajo, (art.47.2 Convenio Colectivo); no puede considerar que la conducta que se le imputa sea grave y culpable, desde el momento en que la misma se lleva a cabo un contexto de conciliación de la vida personal y familiar y, por tanto, en ejercicio del derecho fundamental a la igualdad de género (STC 240/1999, de 20 de diciembre, STC 203/2000, de 24 de julio y STC 3/2007, de 15 de enero) STC 24/2011 y la STC 26/2011, ambas de 14 de marzo).

3.3.- Sobre la transgresión de la buena fe contractual

La realización de trabajos incompatibles con la situación de IT se ha apreciado como transgresión grave de la buena fe contractual, entre otras en : STS de 23 enero 1990 RJ 1990 \198 y de(STS 12 de julio de 1990 (RJ 1990, 6102). Tal doctrina es seguida por esta Sala, entre otras, en SSTJ Catalunya núm. 8178/2010 de 16 diciembre, JUR 2011\88312; núm. 3256/2010 de 5 mayo, JUR 2010\314655; núm. 513/2010 de 26 enero JUR 2010\158885, y en la reciente STSJ Catalunya núm. 4086/2011 de 8 junio JUR 2011\291355, cuando se afirma

:" El Tribunal Supremo entiende que no toda actividad realizada en situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 12 de julio de 1990), habiendo señalado asimismo que la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajena durante la situación de IT, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud en el sentido de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir (STS de 12 de julio de 1990), ya que 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 la que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutivo del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido (STS de 23 de julio de 1990)"

Por otro lado, en la STSJ Catalunya núm. 3337/2011 de 13 mayo JUR 2011\248513 apreciamos que el hecho de estar realizando una actividad que le exponía a una recaída prologando la situación de IT, contraviniendo su deber de recuperación normal de su salud en perjuicio de la empresa demandada, y del sistema de la Seguridad Social, es motivo de despido, doctrina que se repite en las sentencias de esta Sala de fechas 17/7/98, 4/10/99 y

19/4/02 , en las que se considera, que fuese cual fuese la patología que originó la incapacidad temporal , si la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, el despido acordado por tal causa ha de ser considerado procedente, por cuanto si era capaz de llevar a cabo la actividad referenciada, aunque hubiera sido sin cobrar cantidad alguna, también podía desempeñar su trabajo habitual, que realiza mediante la ejecución de un contrato de trabajo en que el trabajador se obliga a trabajar a cambio de contraprestaciones por parte de la empresa, tales como el salario, las cotizaciones de Seguridad Social, etc.

3.4.- Solución del caso concreto.

En el caso concreto, la Sala coincide con la resolución recurrida en que no puede apreciarse una grave transgresión de la buena fe contractual para estimar procedente el despido.

La actora se encuentra en reducción de jornada por cuidado de hijos menores (HP 2º), de manera que acudir un día a la playa con sus tres hijos menores durante 3 horas en pleno mes de julio, estando en situación de IT por padecer una conjuntivitis vírica no puede estimarse, al parecer de esta Sala, como una conducta gravemente transgresora de la buena fe contractual. Y ello por los siguientes motivos:

- No existe prueba alguna de que la trabajadora infringiera las prescripciones médicas sobre su recuperación. Es más, pasó los controles de la Mutua los días 11/07, 18/07, y fue a urgencias los días 17/07 y 21/07, sin que de ninguna de estos controles médicos se derive que la situación de IT se estaba prolongando artificiosamente.

- Una interpretación constitucional de la buena fe no puede suponer que se consideren como incumplimiento contractual grave de la misma, la realización de actividades que entrañen el ejercicio de derechos fundamentales. La conciliación de la vida familiar y laboral En este sentido, el TC ha tenido la ocasión de pronunciarse relacionando la conciliación con derecho a la no discriminación por razón de sexo; (STC 240/1999, de 20 de diciembre , STC 203/2000, de 24 de julio y STC 3/2007, de 15 de enero STC 24/2011 y la STC 26/2011, ambas de 14 de marzo).

La Sala, por tanto, no puede considerar como incumplimiento de la buena fe acudir a la playa con los tres hijos menores a quien está disfrutando de reducción de jornada para cuidado de hijos y en situación de IT por conjuntivitis crónica, porque en dicha conducta no se aprecia un animus nocendi respecto de los intereses de la empresa, y porque la vida privada y familiar no puede convertirse en el campo de exigencias contractuales, pues ello supondría sostener un concepto constitucionalmente inadmisibles de la buena fe , como así sostuvo el TC en su STC 192/2003, de 27 de noviembre , en la que dijo:

" Sostener que el empresario pueda tener un derecho o un interés jurídico legítimo a que el trabajador dedique exclusivamente sus vacaciones al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales «para que... se encuentre en plenas condiciones» concluido el período vacacional, en el que ha de dedicarse «exclusivamente a recuperar fuerzas», «en bien propio» y de su empresa, al reincorporarse al trabajo, con la grave consecuencia de que, de no hacerlo así, incurrirá en un «incumplimiento grave y culpable» que podrá dar lugar a que sea válidamente despedido «por transgresión de la buena fe contractual» (art. 54 LET), supone una interpretación del principio de buena fe que produce un desequilibrio patente o irrazonable, a partir, como ha quedado expuesto, de pautas axiológicas constitucionales indiscutibles, por lo que no puede considerarse como una respuesta fundada en Derecho que satisfaga el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE . A lo anterior cabe añadir que esa interpretación efectuada por los órganos judiciales resulta manifiestamente infundada en un sistema jurídico presidido por la libertad y el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), que hace posible, entre otros fenómenos, la prestación simultánea de servicios profesionales para dos o más empresarios (v.gr., art. 21.1 LET, «a contrario», y arts. 110.2 y 120.3 de la Ley General de la Seguridad Social [RCL 1994, 1825]), salvo casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre empresario y trabajador (art. 21.1 LET) o de otros supuestos legalmente previstos, lo que conduce a la misma conclusión de reputar las resoluciones judiciales impugnadas como lesivas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por todo lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado, pues de los hechos probados no se aprecia ánimo alguno de prolongar fraudulentamente la situación de IT; y aun dando por cierto que puntualmente se realizara alguna actividad poco recomendable en función de la patología sufrida por la trabajadora, la misma no sería en

modo alguno susceptible de sanción, toda vez que se desarrolla en el contexto del ejercicio del derecho fundamental a la vida privada y a la conciliación de la vida laboral y familia y que no se aprecia un animus nocendi, sino, a lo sumo un descuido o imprudencia, que no puede integrar la nota de gravedad exigible a la conducta para encuadrarla en los tipos infractores que se le imputaron, máxime cuando la misma se produce en el contexto del cuidado de hijos por quien disfruta de una reducción de jornada con tal propósito.

En conclusión, procede la desestimación del recurso.

En relación a las costas, procede su imposición, conforme al art.235 LRJS, apreciándose en 800 euros los honorarios de la Graduada Social de la impugnante.

En cuanto a los depósitos y consignaciones para recurrir, habrá que estar a lo que dispone el art. 204 LRJS

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M el Rey y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo

FALLAMOS

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por CELIO ESPAÑA MODA S.A. frente a la sentencia nº 287/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona en los autos 591/2016 que confirmamos en su totalidad.

Condenar en costas a la recurrente, apreciándose en 800 euros los honorarios de la Graduada Social de la impugnante.

Condenamos a la recurrente a la pérdida de las cantidades consignadas a la que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme así como, en su caso, al mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que el condenado cumpla la sentencia o hasta que en cumplimiento de la misma se resuelva su realización.

Disponemos la pérdida del depósito necesario para recurrir, lo que se realizará cuando la sentencia sea firme

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.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 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 artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará 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 BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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 Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.