

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA CATALUNYA
SALA SOCIAL

IL·LMA. SRA. SARA POSE VIDAL
IL·LM. SR. ADOLFO MATIAS COLINO REY
IL·LM. DANIEL BARTOMEUS PLANA

Barcelona, 20 d'abril de 2005

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 3485/2005

En el recurs de suplicació interposat per Luis a la sentència del Jutjat Social 16 Barcelona de data 10 de junio de 2004 dictada en el procediment Demandes núm. 186/2004 en el qual s'ha recorregut contra la part Ferrocarriles de la Generalitat de Catalunya, S.A., Ministerio Fiscal i Fondo Garantía Salarial, ha actuat com a ponent Il·lm. Sr. Daniel Bartomeus Plana.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. En data 18 de març de 2004 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Acomiadament disciplinari, en la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 10 de junio de 2004 , que contenia la decisió següent:

"Que desestimando la demanda interpuesta por D. Luis frente a Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya por despido, debo de clarar y declaro el mismo precedente y extinguida la relación laboral sin derecho a indemnización alguna, absolviendo libremente a la demanda de los pedimentos en su contra formulados".

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

1º.- El actor D.Luis con D.N.I. nº 43.495.986, ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada desde el día 6.7.81 con la categoría profesional de maquinista tren, percibiendo un salario bruto mensual de 2.261,19.euros con prorrata de pagas extraordinarias. Doc. nº 1 demandada.

2º- Tras la instrucción del correspondiente expediente disciplinario, en fecha 17.2.2004, la empresa hizo entrega al actor de una carta de despido, con efectos del día siguiente a su recepción, del siguiente tenor literal:

Un cop finalitzada la instrucció de l'expedient disciplinari núm. 1/2004, a continuació se li descriuen els fets que són considerats motiu de sanció:

- El dia 15.01.2004 l'empresa va tenir coneixement que vostè, que és trobada des del dia 30.09.2003 en situació d'incapacitat temporal -per contingències comuns-. estava duent a terme activitats que es mostraven incompatibles amb la citada situació. Segons la pròpia informació aportada per vostè, el motiu de la baixa era depressió greu.

L'esmentada patologia, segons les consideracions efectuades per vostè en el seu plec de càrrecs, suposadament l'impedeixen, mantenir la concentració necessària per desenvolupar la seva activitat laboral, i tal situació és la que, presumptament, l'impossibilita per assumir les seves obligacions contractuals amb aquesta empresa, consistents en la cobertura d'un torn de treball de matí, en circulació de trens.

No obstant, segons es posarà de manifest posteriorment, el fets constatats, i que han estat recollits en el plec de càrrecs, acrediten que la suposada falta de concentració no l'impedeix portar a terme una activitat professional normalitzada que requereix tota la seva atenció i, precisament, tota la seva concentració. De la mateixa manera, aquesta dificultat per assumir certes responsabilitats, com a conseqüència de la seva situació anímica, no es correspon amb la seva plena capacitat per treballar.

- Els fets descrits en el plec de càrrecs i que a continuació reproduïrem, no han estat controvertits per vostè ni negats en cap moment; ni en el seu plec de descàrrecs ni en l'entrevista personal; que va sol·licitar i mantenir en data 2.02.2004 durant la instrucció de l'expedient; per bé que vostè reitera que la seva activitat laboral en la seva pròpia empresa acomplia una finalitat de distracció o ocupació, no incompatible amb la situació mèdica.

Aquesta empresa, en canvi, considera que l'esmentada activitat era incompatible amb el manteniment, per a FGC i per a la Seguretat Social, d'una baixa laboral.

A continuació relacionem els fets que descriuen la seva activitat en període d'IT:

* Vostè és propietari i Administrador únic de la societat Ensamblajes Sagrera S.L., situat en el carrer Cortit núm. 18 de Barcelona, on presten serveis diversos treballadors. A raó de tal vinculació, vostè va estar prestant serveis a l'esmentada empresa com si d'una plena activitat laboral es tractés.

El dia 18 de desembre de 2003, vostè va acudir a les instal·lacions de l'empresa Ensamblajes Sagrera S.L. a les 17:58 hores, romanent en la mateixa fins a les 19:03 hores moment en el qual vostè mateix va baixar la persiana de l'empresa citada i va tancar la mateixa.

Durant el període de temps citat, "vostè va desenvolupar les seves tasques laborals, va atendre les visites que acudien a les dependències de l'empresa i fins i tot es va desplaçar fins les instal·lacions de l'empresa Openers & Closers, empresa amb la qual la seva manté relacions.

Una vegada tancada l'empresa, vostè personalment va conduir un turisme fins arribar al número 21 del carrer Agregació de Barcelona. Arribats a la citada adreça, vostè va trucar, al timbre del domicili i hi va accedir. Hi va romandre fins a les 20 hores, moment en el qual en surt, i conduint el vehicle anteriorment citat es dirigeix al carrer Gaia, on entra en una de les vivendes del número 5.

- Amb data 19 de desembre de 2003, vostè va dedicar el matí a realitzar diverses gestions d'entre elles, la recollida d'una tramesa postal en una sucursal de Correus.

Després va continuar caminant per la zona, accedint finalment a un parking del passatge Coello, del qual va sortir posteriorment, adreçant-se a la seva empresa, a la que va arribar a les 12:32 hores, i romanent en el seu interior fins a les 14:03.

A aquesta hora, es va dirigir al domicili d'un familiar, on va romandre fins a les 14:38 hores, per dirigir-se posteriorment al Bar "La Viña" i posteriorment al Restaurant "La Cassoleta".

Novament, a les 14:54 es torna a incorporar a les seves activitats en l'empresa assenyalada, on roman fins a les 18:17 hores, moment en què procedeix a tancar la mateixa.

Durant el període de temps citat, vostè, entre altres coses, es va encarregar de traslladar, mitjançant un carretó, diverses caixes des de la seva empresa fins a les instal·lacions Openers & Closers, propera a Ensamblajes Sagrera S.L. procedint a dur a terme el procés de càrrega i descarrega de les mateixes. Tot això en el marc de la seva activitat diària.

Una vegada tancada l'empresa a les 18:17 hores, vostè va accedir a un turisme i el va conduir personalment per diversos carrers de Barcelona.

* Amb data 22 de desembre de 2003, vostè va arribar conduint un turisme a Ensamblajes Sagrera S.L. a les 7:58 hores, a la qual va accedir en obrir personalment la persiana de la mateixa.

Novament, al llarg del matí, i fins a les 10:48 hores, hora en la que s'absenta temporalment de l'empresa citada, va desenvolupar la seva activitat, realitzant costats desplaçament a l'empresa Openers & Closers, tant per transportar mercaderia com per carregar material.

L'esmentat matí, així mateix, es va desplaçar des de la seva empresa fins a la sucursal d'una entitat bàncaria i a la Delegació d'Hisenda, posant-se de manifest la seva plena capacitat per realitzar les gestions esmentades.

A les 11:32 hores torna a accedir a les instal·lacions d'Ensamblajes Sagrera S.L., on roman fins a les 13:59 hores.

Posteriorment torna a accedir a la citada empresa a les 14:55, desenvolupant la seva activitat professional en la mateixa fins a l'hora del tancament.

* Amb data 30 de desembre de 2003, novament es va comprovar que va romandre a les instal·lacions d'Ensamblajes Sagrera, S.L. desenvolupant la seva activitat laboral, atenent al públic que va acudir a l'empresa i controlant el treball realitzat pels treballadors de la mateixa.

- Afegit a les circumstàncies de 2003, novament es va comprovar que va romandre a les instal·lacions d'Ensamblajes Sagrera S.L., desenvolupant la seva activitat laboral, atenent al públic que va acudir a l'empresa i controlant el treball realitzats pels treballadors de la mateixa.

- Afegint a les circumstàncies exposades convé destacar que la Mútua Fremap, que, efectua el seguiment mèdic de les situacions de baixa per incapacitat temporal; el va citar per el dia 13 de gener per tal d'examinar la seva situació. No obstant haver estat citat, vosté no va comparéixer, sense que fins ara hagi donéit explicació de la seva falta d'assistència; i tot i que en la visita anterior a aquesta "Mútua (18.12:2003) la metges a que feia el seguiment del procés d'IT recomanava l'alta mèdic .

- De la mateixa manera, senyalar que l'empresa Nexgrup, amb qui l'Empresa té concertat un servei de seguiment mèdic de baixes per incapacitat temporal, ha intentat entrevistat-se amb vostè en diverses ocasions, desplaçant-se per a això al domicili particular que vostè té comunicat a l'empresa, sense trobar-lo en la majoria de les ocasions.

-Vostè ha al·legat durant la instrucció de l'expedient que l'esmentada activitat era la que es corresponia amb la teràpia i distracció que la metgessa que seguia la seva baixa laboral li havia recomanat; si bé en cap moment va posar aquest fet en coneixement de Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, abans de la recepció del plec de càrrecs.

Aquesta empresa, a la vista dels fets i circumstàncies exposades, considera que vostè es trobava plenament capacitat per a desenvolupar la seva activitat laboral a FGC i en canvi mantenia una situació de baixa laboral; mentre que es dedicava a l'activitat laboral de la seva pròpia empresa. Altrament, també es podria considerar que la plena dedicació a l'explotació d'un negoci pot incidir negativament en la seva recuperació d'un síndrome depressiu, donada la intensitat que requereix la gestió de qualsevol empresa i, per tant, el grau de tensió a què es podia veure sotmès.

Per tot l'exposat, considerem que ha existit per la seva part una transgressió de la bona fe contractual, i d'acord amb l'art. 54.2.d) de la Llei de l'Estatut dels treballadors, se l'informa del seu acomiadament de l'empresa. Aquest causarà efectes a l'endemà de la recepció de la present.

A partir d'aquest moment, queda a la seva disposició en el servei de caixa de l'Empresa (c/ Diputació, 239, 3r.) xec nominatiu al seu favor, amb la liquidació i quitança corresponent. Igualment, queda vostè obligat, amb efectes d'aquest acomiadament, a retornar el seu carnet d'empleat i de transport públic, como també la resta d'estris propietats de l'empresa que, per motius laborals, obrin en el seu poder.

Queda a la seva disposició, en les mateixes oficines centrals, i amb els mateixos efectes, la certificació d'Empresa per a la tramitació de la prestació per desocupació.

Doc. n° 1 acompañado a la demanda.

3°.- El actor estuvo en situación de baja por incapacidad temporal por depresión grave, desde el 30.9.2003 hasta el 26.1.2004. Hecho no discutido.

4°.- El actor es propietario y administrador único de la empresa Ensamblajes Sagrera, S.L. con varios trabajadores a su servicio, situada en la, calle Cortit, n° 18, de Barcelona. Hecho no discutido.

5°.- El día 18.12.2003, el actor acudió a dicha empresa a las 17,58 h. permaneciendo en la misma hasta las 19,03 h. momento en que procede a bajar la persiana y cerrar. En ese tiempo se dirigió a la empresa Openers & Closers, situada a escasos metros de la empresa, donde permaneció unos minutos. El día 19.12.03 a las 11,19 h. el actor acudió al CAP de Sant Andreu de la Avda. Meridiana, 448. A las 12,03 h. se dirige a la oficina de Correos de la calle Santa Joaquina de Vedruna a recoger un paquete. A las 12,32 h. se dirige a su empresa de la calle Còrtit permaneciendo en su interior hasta las 14,03 h. A las 14,54 h. vuelve a la sede de su empresa. A las 16,47 h. sale del local de la misma con un carrito transportando varias cajas dirigiéndose a la empresa Openers & Closers, operación que realiza tres veces. A las 18,17 h. procede a bajar la persiana ya cerrar el local. El día 19.12.2003 el actor llega a la sede de su empresa a las 7,58 h. procediendo a subir la persiana del local. A lo largo de la mañana hasta las 10,48 h. realiza diversos desplazamientos a la empresa Openers & Closers llevando el carrito con cajas. A las 10,48 h. se dirige caminando a la sucursal de Caixa del Penedés de la calle Fabra i Puig, saliendo de la mismas a las 11,07 h. dirigiéndose a pie a la Delegación de Hacienda de la calle Gran de Sant Andreu llegando a las 11,18 h. Y saliendo a las 11,32 h. para dirigirse a la sede de su empresa donde permanece hasta las 13,59 h. y volviendo posteriormente a las 14,55 h. El día 30-12-2003, a las 10.30 h. el actor se hallaba en el interior de su empresa atendiendo al público junto a tres empleadas. Durante dichos días también condujo su vehículo en diferentes ocasiones por la ciudad. Doc. n° 5 demandada y testifical a su instancia.

6º.- El actor, en fecha 17.12.2003 fue elegido Secretario General de la Sección Sindical de CGT en Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya, siendo ello comunicado a la empresa el día 22.12.2003. Doc.no 20 actor y testifical a su instancia y doc. no .14 demandada.

7º.- En, 12.2.2004, el actor en su calidad de Secretario General de la Sección sindical de la CGT en FGC, comunicó a la empresa que había quedado constituida la Sección Sindical de CGT en la empresa FGC-Explotación de Alta Montaña. Doc. nº 23 actor y testifical a su instancia.

8º.- El actor viene desempeñando su actividad sindical en la empresa desde el año 1990, Docs nº 38 a 104 actor y testifical a su instancia.

9º.- El actor desarrollaba su actividad como maquinista en el turno de día de la línea Barcelona-Vallés que tiene una longitud de 45 kms. de vía doble, sin pasos a nivel, siendo el tiempo máximo de conducción entre el origen y el destino de 44 minutos a una velocidad entre 60 y 90 km/hora. El número de estaciones es de 30 y el número,de paradas máximas efectuadas en el actual itinerario es de 17. Existen diferentes sistemas de ayuda en la conducción en materia de seguridad. Doc. nº 12 ,demandada que se da por totalmente reproducido y testifical a su instancia.

10º.- Durante el periodo.en que el actor estuvo de baja por incapacidad temporal siguió controles médicos en la Mutua Fremap siguiendo un curso evolutivo favorable, comunicándole la facultativo que le atendía en su última visita de 18.12.2003 así como al médico de cabecera, una propuesta de alta medica, manifestando el actor expresamente su intención de reincorporarse el mes, de enero, presentando aquél buen aspecto general y no presentando características de depresión "profunda. Doc. no 7 demandada "y testifical a su instancia de la Dra. S.

11º.- El actor viene sufriendo episodios depresivos al menos desde noviembre de 2001 debido a problemas familiares (separación matrimonial, ausencia de los hijos, muerte de familiares cercanos), otorgándosele la baja médica el 30.9.2003 con recomendación por parte del CSM que hace el seguimiento de realizar labores de entretenimiento y relajación. Docs. nº 4 a 6 actor.

12º.- El día 9.3.2004, el actor presentó papeleta de conciliación por despido, celebrándose la misma el día 31.3.2004 y concluyéndose sin avenencia".

Tercer. Contra aquesta sentència la part actora va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària va impugnar la parte demandada Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya S.A.. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER.- Com a primer motiu del recurs presentat pel treballador Luís , a l'empara de l'apartat b) de l'article 191 de la Llei de Procediment laboral es sol·licita la revisió del fet declarat provat primer quant a l'import del salari que es diu hauria de ser de 2662,17 euros i no de 2261,19 euros com consta a la sentència d'instància. Es fonamenta la revisió en prova documental a folis 272 a 279 i manté el recurrent que el salari declarat a la sentència no inclou les pagues extraordinàries contràriament al que indica el fet provat primer de la sentència.

El salari computat pel jutge d'instància comprèn el període d'octubre de 2002 a setembre de 2003 segons l'argumentació postulada per l'empresa, és a dir l'any anterior a la baixa mèdica. De l'examen de la prova documental indicada es desprèn que únicament comprèn el període de febrer a setembre 2003, en el qual el total de salari percebut incloses les pagues extres de febrer (509,72 euros) i juny (785,62 euros) és de 16948,85 euros, per tant la mitjana dels vuit mesos és 2366,88 euros. Atès aquest càlcul, la conclusió és que la quantia que pretén el recurrent de 2662,17 euros no ha estat acreditada, i no sembla que hi s'hagi produït l'exclusió de pagues extres que es pretén i per tant el motiu de recurs no pot ser atès.

SEGON.- També a l'empara de l'apartat b) de l'article 191 de la Llei de Procediment laboral, el treballador sol·licita la modificació dels següents fets declarats provats:

El quart; A fi que s'afegeixi una referència al temps de compatibilització de la feina com a autònom i com a maquinista de tren i que consti que no hi ha incapacitat temporal en el règim d'autònoms.

El novè; A fi que s'expliqui que els trens funcionen amb agent únic i es detallin les funcions del mateix.

Un nou fet provat que seria el 13e; A fi que reflexi el diagnòstic detallat de la depressió que origina la incapacitat temporal.

El motiu no pot ser atès ja que cal seguir la doctrina plenament consolidada d'aquest tribunal en matèria de revisió de fets provats (per totes sTSJC 7.12.1999 -AS 1999\7443) en la qual s'han establert criteris generals sobre aquesta matèria i en particular el de que els errors denunciats per la via de l'article 191.b) han de tenir transcendència suficient per variar el signe de la decisió, ja que d'altra manera -llevat supòsits excepcionals-, raons d'economia processal impedeixen que siguin acollits en revisió els errors fàctics que no tinguin transcendència pràctica.

TERCER.- A l'empara de l'apartat c) de l'article 191 de la Llei de Procediment Laboral es denuncia infracció de normes substantives que concreta en l'article 55.5 de l'Estatut dels treballadors relacionat amb els articles 54 i 56 del mateix text.

El que manté la recurrent és que el fet de realitzar activitats durant la situació de incapacitat temporal no és sancionable, i que solament ho és quant aquestes tasques constitueixin transgressió de la bona fe contractual ja sigui per tal com evidencien una simulació, o be perquè perjudiquen o retarden el procés de curació, la qual cosa no es dona en el present supòsit, també argumenta el recurrent que l'acomiadament hauria de ser declarat nul per atentatori contra la llibertat sindical. La Sala coincideix amb l'argumentació del recurrent i per tant estimarà aquest motiu de recurs.

Els criteris jurisprudencials aplicables a la causa d'acomiadament de l'article 54.2.d) de l'Estatut dels treballadors quan es fonamenta en la conducta del treballador en situació de incapacitat temporal s'han resumit per aquest tribunal (sTSJ Catalunya 29.10.2003 AS 2003\4026) en el següent: 1r) quant el treballador en situació d'incapacitat temporal realitza actes demostratius de que ja està guarit, o que són contraris al tractament mèdic, en aquest cas hi ha frau a l'empresa i a la Seguretat social (STS 22.3.1983 [RJ 1983\1176]) per aquest motiu la prestació de serveis per compte pròpia o aliena, o la realització de qualsevol altre activitat determinen la concurrència de causa de comiat si perjudiquen la recuperació o són demostratives de guariment (STS 21.2.1984 [RJ 1984\900]); 2º) la situació de baixa per incapacitat temporal, no impedeix al treballador fer la seva vida normal o desplegar qualsevol activitat compatible amb el tractament mèdic, sempre que no perjudiqui o retardi la curació (STS 14.2.1984 [RJ 1984\876]); en conseqüència no tota activitat desplegada durant la situació de

incapacitat temporal pot qualificar-se com conducta deslleial sancionable amb acomiadament, sinó solament la que, dotada de suficient gravetat i intencionalitat i ateses les circumstàncies concurrents, en especial, el tipus de malaltia i les característiques de l'activitat, sigui susceptible de pertorbar la curació del treballador o evidencii la seva aptitud laboral, amb la consegüent simulació en perjudici de l'empresa (STS 29.1.1987 [RJ 1987\298] i 24.7.1990 [RJ 1990\6465]).

En el cas present ens trobem en el supòsit d'un treballador que presta servei com a maquinista de ferrocarril (fet provat 1r i 9e) i simultàniament en pluriocupació regenta una empresa amb alguns treballadors al seu servei (fet provat 4t). L'esmentat treballador causa baixa el 30.9.2003 per depressió greu i està en incapacitat temporal fins el 26.1.2004 en que causa alta per guariment (fets provats 3r i 10e). El motiu que a criteri del jutge d'instància justifica l'acomiadament és el d'haver realitzat els dies 18, 19, 22 i 30 de desembre les activitats relacionades a fet provat 5è. La Sala, seguint el criteri exposat al paràgraf anterior ha de revisar aquest criteri del jutge d'instància ja que el que es descriu a fet provat cinquè solament seria causa justificativa de l'acomiadament si es tractés d'activitats susceptibles de pertorbar la curació del treballador o que evidencii simulació en perjudici de l'empresa, el que no és el cas.

La malaltia que determina la incapacitat temporal és una depressió greu i la realitat d'aquest patiment no consta contradita en cap passatge de la sentència d'instància, per tant partim del fet que el treballador ha estat en situació de malaltia greu. Per altra part és necessari recordar que la situació de incapacitat temporal es determina en relació a una determinada professió i que en aquest cas la professió del treballador -maquinista de tren- és de les que ocasionen una especial tensió psíquica tant per la responsabilitat que comporta, com per la monotonia que li és pròpia i la soledat del treballador, a més en el cas present (fet provat 9e) el demandant presta servei en una línia de 45 km que ha de recórrer amunt i avall cada 44 minuts i per tant el treball es pot qualificar de treball repetitiu. És en aquest context que cal entendre la incidència del fet declarat provat 11e de la sentència en el que s'explica que al moment d'emetre's la baixa mèdica el metge encarregat del seguiment del treballador li recomana la realització de tasques d'entreteniment i relaxació.

Es tracta en definitiva d'una persona que pateix un episodi agut de depressió greu el qual l'ha obligat a apartar-se de la seva activitat de maquinista ferroviari per prescripció mèdica durant quatre mesos i que al termini d'aquest període ha resultat guarit de la seva dolença.

Per altra part cal destacar que el treballador compatibilitza la seva feina amb una activitat laboral per compta pròpia com a titular d'una petita empresa, i no consta que hi hagi cap incompatibilitat entre el procés de guariment i les tasques que ha realitzat al negoci particular i que consten descrites a fet provat sisè que no són més que activitats accessòries de fer encàrrecs i similars les quals en cap cas es poden considerar perjudicials per a la seva recuperació de la malaltia psíquica que pateix, recuperació que, per altra part i tal com consta a fet provat 10e estava en la seva fase final al moment dels fets, fins el punt que a la darrera visita el treballador va demanar d'incorporar-se de nou al treball i el facultatiu ja havia anunciat la propera alta mèdica.

El jutge d'instància parteix de la correcta línia jurisprudencial quan afirma a la sentència impugnada que "No puede considerarse como una trasgresión de la buena fe la realización de actividades durante la situación de incapacidad temporal cuando tales actividades, en atención a las circunstancias concurrentes y en especial a la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, no son susceptibles de perturbar el proceso de curación ni evidencian la aptitud laboral de trabajar con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa" (FD 5e), però finalment decideix en sentit contrari a aquesta consolidada doctrina i considera que (FD 6e) "...en esa época estaba siendo tratado con Prisdal 20 mg/día y [...] dicha posología no es compatible con la conducción de vehículos [...] en los días en que se le hizo el seguimiento condujo su vehículo [...] siendo esa actividad de mucha mayor

peligrosidad que la conducción de un tren..." La Sala no pot acceptar que aquest raonament porti a la declaració de procedència de l'acomiadament ja que el fet de conduir un automòbil sota la influència de determinats medicaments és una actitud certament reprobable atès que pot posar en perill els usuaris de les vies públiques, però no constitueix transgressió de la bona fe contractual ja que no perjudica en res el procés de curació, per altra part la Sala no comparteix la idea de que sigui més perillós conduir un automòbil que un tren i en qualsevol cas el fet que hagi conduït el cotxe no significa que estigui en condicions de suportar una jornada laboral com a maquinista de tren, de fet la pròpia afirmació de que la dosi de medicaments que prenia no es compatible amb la conducció de vehicles, indica ben clarament que no podia incorporar-se a la seva feina en condicions de seguretat per als viatgers transportats.

En definitiva, apareix a judici de la Sala com a evident que el treballador demandant i ara recurrent no va realitzar res que perjudiqui el seu procés de guariment ni res que evidencii que estava simulant una malaltia, per tant l'acomiadament no pot ser qualificat de procedent.

QUART.- En el propi motiu segon del recurs i tal com ja havia fet a la demanda, el treballador recurrent sol·licita la declaració de nul·litat de l'acomiadament per vulneració de la llibertat sindical. Cal partir per a l'anàlisi d'aquesta al·legació de l'existència d'indicis suficient per a invertir la càrrega probatòria en els termes dels articles 96 i 179.2 de la Llei de Procediment laboral.

La doctrina constitucional reiterada (interlocutòria TC 338/2003) es resumeix en que quan es prova inidiciàriament que l'extinció d'un contracte de treball pot emmascarar una lesió de drets fonamentals, com ara el dret a la llibertat sindical, cal aplicar el que ha establert el Tribunal Constitucional des de la sentència 38/1981, que compet aleshores a l'empresari acreditar que la seva decisió respon a motius raonables i aliens a qualsevol propòsit d'atemptar contra el dret fonamental de que es tracta. La prova indicària s'articula en un doble pla (sTC 90/1997 i 66/2002). El primer, la necessitat per part del treballador d'aportar un indicati raonable de que l'acte empresarial lesiona el seu dret fonamental, principi de prova o prova verosimil dirigits a posar de manifest el motiu ocult que es denuncia (sTC 207/2001). L'indici no consisteix en la simple al·legació de la vulneració constitucional, sinó que ha de permetre deduir la possibilitat de que ha pogut produir-se (sTC 87/1998, 293/1993, 140/1999, 29/2000, 207/2001, 214/2001, 14/2002, 29/2002, i 30/2002). Un cop s'ha complert aquest deure, recau sobre la part demandada la càrrega de provar que la seva actuació va tenir causes reals absolutament estranyes a la pretesa vulneració, i també que tenien entitat suficient per a justificar la decisió adoptada.

Per a concretar la naturalesa de l'indici probatori necessari a aquests efectes cal veure el que diu el Tribunal Constitucional en sTC 17/2003, que «tendrán aptitud probatoria tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho sustantivo, como aquellos que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar por tanto más fácilmente neutralizables, sean sin embargo de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental».

A aquests efectes cal destacar que el treballador havia estat elegit secretari general de la secció sindical de la CGT el 17.12.2003 (fet provat 6e) i que el seguiment de les seves activitats durant la incapacitat temporal ordenat per l'empresa comença justament el dia següent 18.12.2003 (fet provat 2n) La coincidència en el temps d'aquests fets constitueix a judici de la Sala indicati suficient per a suggerir la sospita de que l'acomiadament té com a finalitat la repressió de l'activitat sindical del treballador.

Establert aquest indicati, correspondria a Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya acreditar que l'acomiadament respon a una causa justificada objectiva i raonable suficientment provada i proporcionada que s'evidencii com a allunyada de la vulneració de la llibertat sindical que aparenta.

L'empresa no ha acreditat res d'això, com s'ha dit en el fonament jurídic anterior, l'acomiadament ni és justificat ni respon a cap causa raonable, per tant i molt simplement es confirma que l'empresa a partir de l'elecció del treballador com a secretari general de la secció sindical, va posar en marxa un mecanisme de vigilància orientat a acomiadar-lo i ho va fer basant-se en uns fets absolutament intrascendents als efectes de justificar la decisió extintora, decisió extintora que la Sala declara que no tenia altra finalitat que la d'apartar de l'empresa el treballador que s'havia significat per la seva acció sindical.

L'anterior raonament ha de dur necessàriament a l'estimació de la demanda que regeix aquest procediment

Atesos els raonaments anteriors,

DECIDIM

Estimem el recurs de suplicació interposat per Luís ; Revoquem la sentència del Jutjat Social número 16 de Barcelona de data 10.6.2004 dictada a les actuacions 186/04; Declarem la nul·litat de l'acomiadament notificat al treballador demandant el 17.2.2004; I condemnem l'empresa Ferrocarrils de la Generalitat de Catalunya a readmetre immediatament el treballador amb les mateixes condicions contractuals que acreditava amb anterioritat a l'acomiadament i a que li pagui el salari deixat de percebre des de la data de l'acomiadament fins la de la reincorporació efectiva amb les eventuais compensacions si el treballador a estat durant aquest període en percepció de prestacions de seguretat social o de retribució per treball incompatible.

Contra aquesta sentència es pot interposar un recurs de cassació per a la unificació de doctrina, que s'ha de preparar en aquesta Sala en els deu dies següents a la notificació, amb els requisits previstos als números 2 i 3 de l'article 219 de la Llei de procediment laboral.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

VOTO PARTICULAR

Que formula Adolfo Matías Colino Rey, en relación con la sentencia dictada por esta Sala en el Recurso de Suplicación nº 9354/04, de fecha veinte de abril de dos mil cuatro

PRIMERO.- Mediante el presente voto particular expreso, con todo respeto, mi desacuerdo con el criterio que, conforme al parecer mayoritario de la Sala, mantiene la precedente sentencia.

Comparto la desestimación de los motivos del recurso que se formulan con amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, mediante el que la parte recurrente solicita la revisión de los hechos probados.

Muestro mi desacuerdo con la argumentación del voto mayoritario, que primeramente analiza que las imputaciones de la carta de despido, declaradas probadas, afirmando que no puede ser calificado como procedente, declarando el despido como nulo por considerar que la decisión extintiva no tenía otra finalidad que la de apartar de la empresa al trabajador que se había significado por su actividad sindical.

SEGUNDO.- Considero que debe iniciarse el examen de los motivos del recurso por la petición que formula el recurrente sobre la declaración de nulidad del despido, denunciando la infracción del artículo 55,5 del Estatuto de los Trabajadores, aunque en el escrito de formalización del recurso figure al final de la argumentación jurídica y de los motivos del recurso.

La sentencia de instancia analiza, de forma exhaustiva, la petición del demandante sobre la declaración de nulidad del despido. Lo que, en definitiva, se razona es que no se aportan por parte del trabajador despedido indicios de vulneración de derechos fundamentales para desplazar la carga de la prueba a la empresa, toda vez que solo se alegó por el trabajador su condición de delegado sindical. Pero, además, se indica en la resolución de instancia, que desde el año 1.990 el demandante ha desplegado su actividad sindical, sin que conste que haya sido objeto de represalia. Por ello, se indica que el desempeño de tales actividades sindicales es un dato objetivo que, por si sólo es insuficiente para considerar que existen indicios sobre la conducta empresarial. Se señala también que los hechos imputados en la carta de despido no son ficticios, sino que, con independencia de su calificación jurídica, son ciertos y, en principio, constitutivos de un incumplimiento grave por parte del trabajador.

En el escrito de recurso, al profundizar sobre dicho motivo, el recurrente alega que ha interpuesto denuncias contra la empresa, como consecuencia de su actividad sindical, aludiendo a una sentencia de esta Sala que declaró la nulidad de un artículo del Convenio Colectivo. Esta actuación del demandante se produjo en el año 1.997 y no puede estimarse que la medida adoptada por la empresa, ahora, en el año 2.004, sea una represalia contra aquella actuación.

También alega en el escrito de recurso que el indicio de vulneración de derechos fundamentales está ligada a su actividad sindical, al ser elegido Secretario General de la sección sindical el 17 de diciembre de 2.003, notificado a la empresa el 22 de diciembre, fecha en la que se inicia un expediente sancionador que concluye con el despido del demandante. El voto mayoritario argumenta que el recurrente fue elegido secretario general de la sección sindical el 17 de diciembre y que el seguimiento de sus actividades durante la situación de incapacidad temporal comienza el día siguiente, el 18 de diciembre, por lo que la coincidencia en el tiempo de estos hechos constituye indicio suficiente para sugerir la sospecha de que el despido tiene como finalidad la represión de la actividad sindical del trabajador.

Discrepo, con respeto al voto mayoritario, de dicha afirmación, pues la coincidencia de fechas, en los términos que se indican en la sentencia es meramente circunstancial. Ha de tenerse en cuenta que la empresa no tiene conocimiento de la elección del demandante hasta el día 22 de diciembre, por tanto, en fecha posterior, como se hace constar en el relato de hechos; no se trata de una actuación de la empresa de poner en marcha una investigación cuando tiene conocimiento de que el demandante ha sido elegido secretario general de la sección sindical, sino que, por el contrario, tal investigación se inició tiempo antes de la primera imputación; consta en autos que fue imposible localizar al demandante en su domicilio y en el de sus familiares, iniciándose el 18 de diciembre con ocasión de un control médico, fecha en que se inicia el seguimiento concreto, si bien con anterioridad ya se habían iniciado las gestiones para controlar su actividad mientras permanecía en situación de incapacidad temporal.

Pero, además, la conclusión a la que llega el voto mayoritario es, a mi juicio, errónea, porque no vincula la actividad sindical con el despido, sino con un posible seguimiento del demandante para controlar su situación de incapacidad temporal. El indicio no está en el despido, sino en el acuerdo por el que se decide vigilar la situación del demandante mientras permanece en incapacidad temporal. Lo que se exige a la empresa es, en definitiva, una prueba sobre la inexistencia de un móvil lesivo de derechos fundamentales, es decir, lo que la jurisprudencia denomina prueba diabólica, como sería la

constatación de un hecho negativo. La empresa demandada ha probado, como se afirma en la resolución de instancia, que su actuación tiene causas reales, extraña a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquellas tuvieron entidad suficiente para adoptar la decisión extintiva.

En definitiva, con tal apreciación lo que se produce, a mi juicio, y siempre respetando el criterio mayoritario, es invertir el esquema sobradamente conocido cuando se alegan violación de derechos fundamentales. Por un lado, como se afirma en la sentencia de instancia, al demandante corresponde acreditar un indicio razonable de que se ha producido lesión de un derecho fundamental alegado. Como se afirma en la sentencia de instancia, al demandante, que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba, debe desarrollar, pues, una actividad alegatoria suficientemente, concreta, y precisa, en torno a los indicios de que ha existido discriminación (STC 266/1993, fundamento jurídico 3º). En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 9 de febrero y 15 de abril de 1996, dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, al significar que para que haya lugar a esta inversión de la carga de la prueba, no basta su mera alegación y es preciso acreditar indicios de violación del derecho fundamental, "y los indicios son señales o acciones que manifiestan -de forma inequívoca- algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia". Distinguen estas sentencias entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de invertir la carga de la prueba. La sentencia de instancia ya rechaza que la mera alegación de la demanda sea suficiente para proceder a la inversión de la carga de la prueba. Tampoco de lo alegado en el recurso puede llegarse a conclusión distinta, pues se trata de hechos acaecidos hace mucho tiempo, en el año 1.997, siendo imposible conectar la decisión adoptada ahora con aquella actuación; actuación que a lo largo de los años ha venido desempeñando el demandante sin que conste que la empresa la haya obstaculizado.

Pero, incluso aceptando que deba procederse a la inversión de la carga de la prueba, la empresa demandada ha acreditado la existencia de causas suficientes, reales y serías para justificar la decisión extintiva, no pudiendo compartir la afirmación de que para justificar la decisión extintiva la empresa se basó en hechos intrascendentes, pues, con independencia de su valoración jurídica, tales hechos son, en principio, graves; se trata, en definitiva, de hechos ciertos, con independencia de su calificación jurídica.

TERCERO.- Muestro también mi disconformidad con la afirmación del voto mayoritario respecto a que el despido no puede calificarse como procedente. Los hechos imputados, que se declaran probados, justifican, según mi criterio, la confirmación de la sentencia de instancia, al constituir una transgresión de la buena fe contractual, que justifica la decisión adoptada por la empresa.

La sentencia de instancia también analiza de forma pormenorizada los requisitos de esta causa de despido. Considero que, en relación con las actividades que el trabajador puede realizar durante la situación de Incapacidad Temporal, la doctrina jurisprudencial 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. También es preciso destacar que la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena durante un período de baja por enfermedad o accidente se calificó siempre como un supuesto de transgresión de la buena fe contractual, habiéndose declarado que a tales efectos era indiferente que la actividad estuviera o no remunerada, así como su mayor o menor intensidad o

frecuencia, dado que con ello se incumple un deber básico respecto a la empresa, al relacionar aquella conducta con el deber de todo trabajador establecido en el artículo 5,a) y con el 20,2 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto constituye quebranto de la lealtad nacida del vínculo laboral, defraudando con ello, no sólo al empresario y a la Seguridad Social, sino a los propios compañeros de trabajo que colaboran en el mantenimiento de ésta. Ahora bien, este principio no permite llegar a la objetivación de dicha causa de despido, sino que, por el contrario, deben analizarse y matizarse las circunstancias de hecho que puedan concurrir en cada caso concreto, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del trabajador, para poder determinar si en virtud de los datos objetivos y subjetivos concurrentes se produjo o no tal transgresión de la buena fe contractual, que pudiera justificar la sanción de despido que, por ser la de máxima gravedad, ha de cumplir el requisito de justicia de responder a la exigencia de proporcionalidad adecuada entre el hecho motivador del despido y el comportamiento del trabajador.

Como hemos declarado en otras ocasiones (Sentencias de la Sala de 29 de diciembre de 1.995, 7 de octubre de 1.996, 6 de julio de 1.998, 29 de septiembre de 1.999, citadas en la de 21 de septiembre de 2.000), "frente a una doctrina restrictiva que entendía que toda actuación laboral en situación de baja era merecedora de despido por transgredir la buena fe contractual y romper el deber de lealtad del trabajador para con la empresa, se ha ido imponiendo un criterio menos rígido (según el cual) "no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido sino aquella que a la vista de las circunstancias concurrentes" es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa" (y en tal sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1990 y de 14 de mayo del mismo año que por esta Sala se cita en la de 15 de febrero de 1.994). En precisión de la referida doctrina debe recordarse, no obstante, lo señalado por el Tribunal en su sentencia de 28 de enero de 1994 en la que se afirma como "la realización de trabajos en situación de baja por enfermedad o accidente, sean para terceros o por cuenta propia, retribuidos o no, son constitutivos de la infracción contractual tipificada (en el artículo 54-2-d) del Estatuto de los Trabajadores)" salvo en supuestos concretos en los que se trate de una terapia ocupacional compatible con las dolencias determinantes de la baja, si bien, añade, que acreditada "la realidad de un desempeño de funciones, es al actor al que incumbe la carga de acreditar aquella naturaleza de posible terapia ocupacional". Se refleja en dichas resoluciones la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, contenida entre otras en sentencias de 31 de Mayo de 1986, 7 de Julio de 1987, 3 y 12 de Febrero de 1988 y 1 de Julio de 1990, en las que se declara que ha de estimarse falta muy grave y culpable el quehacer del trabajador fuera de la empresa en situación de Incapacidad temporal.

En el presente caso, la sentencia de instancia refleja dicha doctrina, argumentando que mientras el demandante se encontraba en situación de incapacidad temporal, prestó servicios por cuenta propia; el recurrente alega que dichas tareas formaban parte de su terapia. No obstante, en la sentencia de instancia ya se indica que una cosa es la realización de tareas de entretenimiento y relajación y otra distinta el estar al frente de una empresa, prestando servicios en la misma de forma habitual, como se afirma. Si el demandante padecía una depresión que le imposibilitaba acudir a su puesto de trabajo, el realizar las actividades propias en una empresa de la que es titular no puede considerarse como un trabajo alternativo o de terapia ocupacional. No puede aceptarse la alegación de que la actividad desempeñada por el demandante no sea laboral, por el hecho de que sólo se haya acreditado que durante tres días permanece en su empresa realizando las tareas que se describen en los hechos probados, pues si no tenía aptitud para desempeñar sus tareas, objetivamente tampoco podría tenerlas para conducir vehículos, permanecer en la empresa, transportar cajas a otras empresas cercanas, ir a recoger paquetes u otras similares. En estos casos, no estamos ante una terapia de su enfermedad, que no permite que se desempeñe actividad alguna que requiera un mínimo de atención o concentración.

Por ello, según mi criterio, debería concluirse en los mismos términos que la sentencia de instancia, al considerar que la conducta del demandante constituye una transgresión de la buena fe contractual. Cita la parte recurrente la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2.004, en unificación de doctrina, que, en situación de pluriactividad, permite que pueda percibirse el subsidio de incapacidad

temporal con cargo a un Régimen de Seguridad Social aunque se mantenga la actividad en el resto de regímenes en los que se encuentre de alta el trabajador, que no es aplicable al presente supuesto, al resolver una cuestión distinta a la ahora analizada. Si el demandante se encontraba de baja médica por una dolencia que le impedía realizar las tareas de su profesión habitual, no puede admitirse que pueda efectuar otras tareas en los términos descritos, lo que implica una actuación desleal al mantener suspendido el contrato de trabajo y no adoptar la debida diligencia para la curación o restauración de la salud. Como se argumenta en la sentencia de instancia, se trata de trabajos que son claramente incompatibles con su estado de salud y no se trata de actividades que puedan resultar beneficiosas para el proceso curativo.

Por último, tampoco sería aplicable la doctrina o teoría gradualista; aunque el voto mayoritario no se pronuncia sobre ello, al estimar los otros motivos del recurso, la parte recurrente postula la aplicación de dicha doctrina; es cierto que conforme a una consolidada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras sentencias de 16 y 21 de Marzo de 1988, 6 de Abril de 1990, 20 de Febrero de 1991 y 2 de Abril y 6 de Mayo de 1992), se ha establecido que las infracciones que tipifica el núm. 2 del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores, para que puedan erigirse en causas que justifiquen la sanción de despido han de alcanzar cotas de gravedad y culpabilidad suficientes lo que excluye su aplicación con carácter objetivo. Ahora bien, los hechos declarados probados revisten la gravedad suficiente para calificar el despido como procedente, pues si se acredita la existencia de unos incumplimientos contractuales del trabajador, que deben calificarse como muy graves, corresponde al empresario aplicar la sanción que estime conveniente, de manera que si por éste se impone la sanción de despido y el Tribunal acepta la calificación de la falta como muy grave, no cabe imponer un correctivo distinto, pues con ello se realiza un juicio de valor que descalifica el cuadro normativo sancionador; así "si ésta coincide con la descripción de las muy graves habrá de declarar que la calificación empresarial es adecuada y no debe rectificar la sanción impuesta, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones (STS de 11 de octubre de 1.993).

Por ello, considero que debería haberse desestimado el recurso y confirmarse la resolución recurrida.

PUBLICACIÓ. Avui, el magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.