El tratamiento jurisprudencial de la actuación fraudulenta en la incapacidad temporal

Fraudulent Conduct in Temporary Incapacity: Judicial Interpretation

SONIA ISABEL PEDROSA ALQUÉZAR

*PROFESORA CONTRATADA DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA*

Resumen

Este trabajo analiza algunos de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con el fraude en la obtención y percepción de la prestación de incapacidad temporal, así como lo que han señalado en relación con actuaciones del trabajador durante el transcurso de la incapacidad que supongan transgresión de la buena fe contractual. Ello con la finalidad de concretar cuáles son los criterios de actuación de esos Tribunales en la lucha contra el fraude en la incapacidad temporal

Abstract

This paper analyzes some of the most relevant pronouncements of judgements in Spanish Supreme Court and High Courts of Justice in relation to the fraud in the temporary incapacity benefit. Moreover, what these Courts have pointed out in relation to worker's actions in contractual good faith breach. This in order to specify performance criteria of these Courts against the fraud in temporary incapacity.

Palabras clave

incapacidad temporal, transgresión de la buena fe contractual, fraude, absentismo, sentencias

Keywords

temporary incapacity, contractual good faith breach, fraud, absenteeism, pronouncements of judgements

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 175 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) establece como causas de pérdida o suspensión de la prestación de incapacidad temporal la actuación fraudulenta para obtener o conservar dicha prestación, el trabajo por cuenta propia o ajena de éste, el rechazo o abandono del tratamiento que le fuere indicado y la incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS o a las Mutuas.

Desde que la Recomendación núm.13 del Pacto de Toledo manifestara la necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal y por invalidez, al objeto de frenar las causas del fraude dentro del sistema público de acceso y permanencia de las prestaciones, la búsqueda de un mecanismo de gestión y control de las mismas que resulte eficaz frente a ese fraude ha sido objeto de constante preocupación por el legislador español.

Puede afirmarse que el control de las bajas médicas en aras de evitar el fraude en la percepción de la prestación de incapacidad al inicio, durante, en la prórroga o en situación de

recaída, constituye el hilo conductor de las sucesivas reformas de la Incapacidad Temporal. Así, entre las más relevantes:

-El Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica por IT, además de apostar por la cooperación y coordinación entre el INSS, las Mutuas y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas, procedió a regular la forma de expedición de los partes de baja y alta en aras de una mayor rigor en la constatación de la enfermedad y de su incidencia en la capacidad de trabajo del interesado.

-La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, introdujo una nueva causa de extinción del subsidio por IT en el artículo 131 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, cual es la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua (Art. 34 apartado 4).

- La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 intervino en la evaluación de los efectos de la IT transcurrido el plazo legal ordinario de duración de esta situación.

-El Real Decreto 1430/2009, de 11 septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal, desarrolló el procedimiento para acudir a la inspección médica en caso de disconformidad con el alta médica formulada por la Entidad Gestora.

-La Ley 35/2010 amplió el espacio de control por parte del INSS de tal forma que los Inspectores de este Instituto tendrán las mismas competencias que la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, para emitir el alta médica a todos los efectos y no sólo a los de prestación económica.

-Y, recientemente, en sustitución del Real Decreto 575/2007, el Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros 365 días de su duración, y su Orden de desarrollo, la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio, nacen con vocación de minorar trámites burocráticos en la expedición de los partes médicos de baja, de confirmación y de alta.

Regulación de la Incapacidad Temporal en continuo cambio, ampliamente analizada por la doctrina jurídica¹, que, en mi opinión, demasiado centrada en el control del fraude, ha

¹ Algunos de los más recientes: PANIZO ROBLES, J.A.: “La culminación del nuevo control “económico” de los procesos de incapacidad temporal con duración menor de 365 días (Con ocasión de la Orden/ESS/1187/2015, de 15 de junio)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm 388, julio 2015, págs. 125-152; “Un nuevo paso en el control de la prestación de la Seguridad Social por Incapacidad Temporal: el Real Decreto 625/2014”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm 377-378 (agosto-septiembre 2014), págs.99-142. LÓPEZ INSÚA, B.: Recortes (...)

relegado el interés por un reforzamiento de los derechos de los trabajadores que acceden a la misma. No obstante, podría afirmarse que ha contribuido a evitar el fraude en la obtención y disfrute de esta prestación derivada de contingencias que hayan dado lugar a daños físicos. Si bien, en incapacidades que cursan por procesos tales como depresión o ansiedad existe un margen de subjetividad que puede dificultar la detección de simulaciones que tratan de eludir los mecanismos de control instaurados por el legislador. Y ello aunque el Manual de Tiempos Óptimos de Incapacidad Temporal del INSS recoja una duración estándar para un número considerable de procesos relacionados con la depresión, la ansiedad o determinadas fobias.

Esa simulación en la incapacidad, que aboca al fraude en la consecución o continuación de la prestación, puede definirse como aquella actitud que recurre a aparentar o exagerar desde el punto de vista clínico el padecimiento de una patología justificante de la incapacidad, obteniendo con ello los correspondientes partes de baja y confirmación². La causa de esta simulación podría estar en la falta de motivación del trabajador, debido a determinados modelos organizativos, estilos de mando etc., que producen una inadaptación al puesto de trabajo, siendo más frecuente en aquellos trabajadores que realizan trabajos más monótonos y menos cualificados; también en la cercanía de la extinción de la relación laboral o la prestación de desempleo. Si bien, no siempre es así. La simulación, en otras ocasiones, sirve para justificar algunos compromisos extralaborales, como son enfermedades de familiares, cuidado de hijos pequeños, fiestas, pluriempleo, etc, que provoca “que se pierda el concepto de baja como certificado médico de incapacidad, pasando a ser un mero permiso administrativo para ausentarse del puesto de trabajo, expedido a demanda del trabajador”³.

Es así que la actitud del trabajador cumple un papel esencial en la efectividad de la gestión de la prestación, a riesgo de que vea extinguido su derecho a la misma, tenga que reintegrarla (arts. 26, 47.1.c y 47.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social –LISOS–), o sea despedido por transgresión de la buena fe contractual conforme al artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 20/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Una actitud que puede distanciarse de la simulación si el empresario, más allá de la adopción de diferentes medidas de control del cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo (art. 20.3 del ET) y del derecho que le ofrece el artículo 20.4 del ET

en la duración de la prestación por incapacidad temporal y control de los procesos de baja, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-LABORUM*, núm 5, 2015, págs.75-96; “El control del uso correcto del subsidio por incapacidad temporal: los supuestos de pérdida o suspensión”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm 384, marzo 2015, págs. 95-126; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “El control de la incapacidad temporal: su incidencia sobre la contención del gasto público y el aumento de la productividad empresarial”, *Temas Laborales* núm 118, 2013, págs.113-151. OLARTE ENCABO, S.: “Control y gestión de la incapacidad temporal. Análisis crítico del marco jurídico-positivo vigente: el complejo equilibrio entre eficiencia y garantismo”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal Vol.3*, núm. 20, 2011, págs. 63-87. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de incapacidad temporal (I), Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica núm 1, 2011, págs.487-508 y El control de las bajas médicas como objetivo permanente de las reformas de incapacidad temporal (II), *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm 2, 2011, págs.473-504

² INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES: *Informe sobre el fraude en España*, IEF, 1994, pág. 261.

³ ASOCIACIÓN DE MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO (AMAT): *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes*, pág. 41 (www.amat.es).

para verificar el estado de salud que sea alegado por el trabajador para justificar sus faltas de asistencia, adopta medidas para prevenir el absentismo y apuesta, a su vez, por una adecuada gestión de la prevención de riesgos como parte de la política empresarial, tal y como demanda la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). Distancia que también pueden marcar los convenios colectivos con medidas que ayuden a evitar simulaciones de incapacidad dirigidas, en realidad, a disponer de permisos para asuntos personales, o tipificando como falta ciertas conductas como tratar de confundir al médico de la empresa o autolesionarse⁴.

Este trabajo analiza algunos de los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con el fraude en la obtención y percepción de la prestación de incapacidad temporal, así como lo que han señalado en relación con actuaciones del trabajador durante el transcurso de la incapacidad que supongan transgresión de la buena fe contractual. Ello con la finalidad de concretar cuáles son los criterios de actuación de esos Tribunales en la lucha contra el fraude en la incapacidad temporal.

2. EL FRAUDE PARA LA SEGURIDAD SOCIAL

Para analizar si ha habido fraude que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo no se presume sino que ha de acreditarse por quien lo invoca y sólo podrá declararse si existen indicios suficientes de ello que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados⁵, los Tribunales españoles recurren a indicios que resume la STSJ Andalucía-Granada núm 1828/2013, de 16 de octubre, con base en pronunciamientos de algunas sentencias del Tribunal Supremo:

- 1) Que se formalice un contrato laboral, no con la intención de desarrollar una actividad laboral efectiva a cambio del correspondiente salario, sino con el exclusivo propósito de obtener una prestación de seguridad social a la que de otra forma no se tendría derecho.
- 2) Que se suscriba un contrato de trabajo, para una labor que objetivamente no podrá desarrollarse o bien, ausencia de adecuación de la capacidad del trabajador para la realización del trabajo para el que ha sido contratado.
- 3) Que existan dolencias y lesiones previas anteriores al inicio del contrato laboral que se agraven por la nueva actividad.
- 4) Las dolencias y lesiones preexistentes incapacitan por sus propias características al desarrollo de la nueva actividad.

En relación con el indicio de la intencionalidad de la formalización del contrato de trabajo los Tribunales Superiores de Justicia han aclarado, en mi opinión con acertado criterio en aras de la protección de los derechos de los trabajadores que ello conlleva, que una cosa es la contratación de mero favor, sin contenido de prestación real de trabajo y, otra, la existencia de vinculaciones laborales buscadas para mantener o conseguir en su momento

⁴ Vid, a este respecto, el estudio de SAN MARTÍN MAZZUCONI, C.: “La protección de la incapacidad temporal en la negociación colectiva”, *Cívitas- Revista Española de Derecho del Trabajo* núm 125.

⁵ Por todas, SSTs de 12 de mayo de 2009 (RJ 2009/3252) y de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008/3292)

el acceso a prestaciones del Sistema pues ello no es sino el ejercicio de un derecho de rango constitucional, como es el del acceso al trabajo (artículo 35) y a la seguridad social (artículo 41), a través de la suscripción de un contrato de trabajo que sea real, aunque la motivación principal del trabajador sea, no ya tanto la salarial, como la de conseguir, en su momento, las condiciones que permitan el acceso a las prestaciones. Esta última intención no tiene por qué constituir fraude salvo que venga acompañada de otros indicios.

Sobre la base de este último argumento, la STSJ de Andalucía-Granada núm 1937/2014, de 23 de octubre, considera que no hay fraude por connivencia de empresa contratante (una cooperativa) y trabajadora, tal como había considerado la Inspección de Trabajo, cuando aquella contrata a ésta con una dolencia de rodilla a finales de enero, trabaja cuatro días del mes de febrero quitando hierba y causa baja médica por esa patología de la rodilla. El Tribunal hace constar que no queda acreditado que esa dolencia no le permitiera desempeñar la actividad para la cual fue contratada. Argumento citado que también se refleja en la STSJ de Castilla-León-Valladolid, núm 1834/2010, de 10 de diciembre, en la que un trabajador contratado a través de una ETT para desempeñar su actividad en una empresa para la que había trabajado en distintos períodos de tiempo es baja a los dos días del último contrato. Este contrato lo firmó conociendo la fecha de la operación por la dolencia causa de la baja, dolencia de la que ya había sido intervenido años antes. La sentencia alega, además, la continuidad en el desempeño de servicios para la misma empresa sin incidencias tras la primera intervención quirúrgica.

Tampoco se considera que haya fraude en la petición de la prestación de IT por una trabajadora gestante de alto riesgo que causa baja el mismo día de comienzo del contrato de trabajo por un proceso de lumbalgia. La Mutua alega que era conocida la imposibilidad para el desempeño del puesto de trabajo y que, por tanto, la trabajadora accede al trabajo con la única finalidad de lucrar la prestación; si bien, la sentencia considera que no queda acreditado ese conocimiento (STS Andalucía-Granada, num 127/2013, de 5 de junio).

Por su parte, la STSJ de Extremadura, núm. 605/2014, de 26 de noviembre también considera que no puede apreciarse fraude en un supuesto en el que una trabajadora suscribió un contrato de trabajo de duración determinada por circunstancias de la producción del 25/02/2013 al 11/03/2013 y un día después, el 26/02/2013 causa baja por contingencias comunes. Había transcurrido más de un mes y medio desde la finalización del tratamiento contra una enfermedad de la que había sido tratada con quimioterapia y radioterapia, no consta que entretanto estuviera incapacitada para el trabajo y, además, el día 7 de marzo, el oncólogo, a la vista de su dolencia, le recomienda no trabajar.

Tampoco queda acreditado el fraude en el caso de una trabajadora que, tras darse de baja en el Régimen Especial de Autónomos es contratada temporalmente y, en ese mismo mes, comienza un proceso de baja por depresión. Señala la sentencia que no se aprecia porqué hay que dudar de la intención de la interesada cuando, en realidad, le hubiera bastado con prolongar unos días más su alta en el RETA para acceder a la prestación. La contratación temporal no era necesaria para generar el derecho del que se trata (STSJ de Castilla-La Mancha, núm 518/2014, de 25 de abril).

Por el contrario, sí que se considera que hay actuación fraudulenta para obtener indebidamente la prestación de incapacidad temporal cuando un trabajador es contratado por

un conocido en un momento en que no suele contratar a nadie, sólo por tres días, con una patología seria e incompatible con un trabajo como el ofrecido, después de llevar muchos meses sin trabajar, cobrando primero un subsidio de incapacidad temporal y, posteriormente, renta agraria que agota antes de encontrar un nuevo trabajo (STSJ Andalucía-Granada, núm 1922/2014, de 23 de octubre).

También comete fraude aquella trabajadora embarazada con una patología cardiaca y quiste ovárico que es contratada con un contrato temporal de 10 días por un Ayuntamiento para desempeñar tareas de limpieza viaria en el marco de un “plan de empleo para prestación de servicios esenciales”, trabajo totalmente desaconsejado por sus circunstancias y por el que cursa baja tres días después de la contratación. El Tribunal considera que, en este caso, el contrato laboral no respondía a una real prestación de servicios sino sólo al objetivo de conseguir prestaciones de Seguridad Social. Era un mero instrumento formal para lograr el subsidio de IT que, de otro modo, la trabajadora no podría haber conseguido (STSJ Andalucía-Granada, núm 883/2015, de 16 de abril).

La existencia de dolencias y lesiones previas anteriores al inicio del contrato laboral que se agraven por la nueva actividad o incapaciten para la misma ha sido un argumento recurrente para denegar la prestación con base en el fraude de ley.

Con una explicación detallada sobre lo que implica la existencia de patologías previas en la determinación del fraude, la STSJ Andalucía-Sevilla, num 988/2014, de 4 de abril determina que es fraudulenta la actuación de una trabajadora, con patología preexistente al alta, que es contratada como vendedora con un contrato que acaba cuando se le da la baja sin que impugnara esa decisión empresarial y, además, esta actividad es ajena a la que ha sido la actividad de la demandante durante su vida laboral. Respecto a las patologías previas señala, no obstante, con base en otras sentencias de esa Sala, que no es necesariamente indicativo de fraude el hecho de padecer una enfermedad con carácter preexistente al alta laboral, toda vez que sería preciso acreditar que la prestación de servicios no se hubiera realmente producido, aunque fuese en condiciones de dificultad y penosidad por parte del trabajador. No se puede afirmar “que cuando se tiene cierta patología no se pueda iniciar un trabajo ante la perspectiva de tener que causar baja posteriormente por causa de la misma, siendo lo verdaderamente significativo, el hecho de que el trabajo efectivamente se haya prestado”.

La STSJ de Islas Canarias –Santa Cruz de Tenerife–, núm 288/2015, de 15 de abril considera que no hay fraude en un caso de incapacidad temporal cuya causa derivaba de la agravación de la patología de base padecida por el trabajador –por la que era beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual– porque no existía al momento de suscribir el nuevo contrato de trabajo y no era previsible que se desencadenara al comienzo de la relación laboral. Recalca, además, que el objeto de la incapacidad temporal es la agravación transitoria de la patología de base, y no esta patología de base misma.

Aunque la Mutua denegara la prestación derivada de incapacidad temporal alegando que el motivo de la baja es anterior al alta en el RETA, considerando que se trata de una enfermedad preexistente y que su actuación fue premeditada para obtener el subsidio de incapacidad temporal, la STSJ de Murcia, num 488/2011, de 20 de septiembre, recuerda que el fraude de ley “requiere la probanza de hechos inequívocamente reveladores de la intención

fraudulenta” que no se ha producido en el caso tratado. Acogiendo lo que dice la sentencia de instancia, el Tribunal señala que el hecho de que el actor ya fuera tratado de una Infarto Agudo de Miocardio no implica que no pueda darse de alta en el RETA o que no tenga derecho a causar baja médica si dicha patología o sintomatología vuelve a aparecer a lo largo de su vida laboral teniendo en cuenta, además, que no existe ningún documento que le impida reincorporarse a su actividad. Como señala la STSJ Castilla-León-Valladolid núm 1691/2010, de 23 de noviembre “el que el trabajador sufriese de una dolencia previa no es causa para rechazar la atención prestacional debida a la enfermedad que se manifiesta posteriormente a su alta y que despliega su efecto incapacitante con posterioridad”; ello, salvo que se acredite fraude, que no se produce en este caso pues el alta del trabajador en el RETA se inicia con desarrollo de trabajo efectivo y, además, antes de darse de alta en este Régimen solicitó el pago único de la prestación por desempleo, cosa que sólo puede tener lógica si se “pretende subvenir los costes de una actividad que se va a llevar a cabo realmente”.

En relación con la imposibilidad de realizar el trabajo, la STSJ de Extremadura, núm 525/2012, de 29 de octubre manifiesta que no se desprende la imposibilidad previa de realizarlo por parte de un trabajador diagnosticado de deterioro cognitivo unos años antes, pues hasta la fecha de la baja había desempeñado sus funciones con normalidad.

Tampoco hay fraude en un supuesto de problemas de salud derivados de la fecundación in vitro a la que había sido sometida la trabajadora. No existía en el momento de inicio de su contratación “concreción ni certeza de adecuadas intervenciones específicas que el tratamiento de fecundación in vitro implica en la mujer que impidieren su acceso al mercado de trabajo”. El Tribunal establece, sobre la base de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, que denegar la prestación en este caso podría constituir discriminación directa basada en el sexo (STSJ Andalucía-Granada, núm 1959/2011, de 8 de septiembre).

Sin embargo, incurre en fraude el trabajador que, cuando se dio de alta en el RETA, ya padecía la patología que posteriormente originó la baja, conocía que estaba en lista de espera para su tratamiento quirúrgico y sabía, por tanto que, en cuanto le operaran, pasaría a situación de incapacidad temporal (STSJ Andalucía-Sevilla núm 1848/2014, de 26 de junio). En mi opinión, puesto que queda acreditado que había estado de alta en el Régimen General desde 2005, en distintos períodos, el último hasta tres días antes de su alta en el RETA, el Tribunal podía haber utilizado el argumento de que el trabajador tan sólo pretendía un acogimiento adecuado del sistema de Seguridad Social y considerar, así, su actuación como no fraudulenta.

3. EL FRAUDE PARA EL EMPRESARIO: LA TRANSGRESIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

3.1. Breve referencia al significado de la transgresión de la buena fe contractual

El trabajador, conforme al artículo 5.a) del ET, debe cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo conforme a las reglas de la buena fe y diligencia. El empresario, por su parte, sobre la base del artículo 20.3, puede controlar ese cumplimiento adoptando medidas –que, como indica el propio artículo, deberán garantizar la consideración debida a la dignidad del trabajador– tales como el recurso a los reconocimientos médicos para verificar el estado de salud que justifica su incapacidad temporal (art. 20.4) y cuya

negativa puede dar lugar a la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario; el recurso a detectives privados⁶, cuyos informes son aceptados en juicio como prueba testifical impropia, que sólo adquiere valor procesal como tal si es ratificada por sus firmantes y cuya valoración queda a la libre apreciación del juez de instancia⁷; acordar, con los representantes de los trabajadores la inclusión de faltas por vulneración de la buena fe contractual en los convenios colectivos que se negocien; o, incluso, obtener pruebas a través de las redes sociales, uso permitido, sobre el que ya hay sentencias al respecto también en relación a la temática objeto de estudio⁸. Mecanismos, todos ellos, que permiten detectar conductas como la simulación del estado de salud, la falta de interés por la recuperación o la utilización de la baja para llevar otra actividad incompatible con el estado de salud que transgreden la buena fe contractual y que pueden dar lugar a despido disciplinario sobre la base del artículo 54.2.d) del ET.

La transgresión de la buena fe contractual⁹ constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la correcta ejecución del contrato, previstos legalmente en los artículos 5.a. y 20.2 del ET. Respecto a la buena fe, en concreto, se ha señalado que es consustancial al contrato de trabajo, pues su naturaleza genera derechos y obligaciones recíprocos, que se traduce en una exigencia de comportamiento ético, acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de los derechos subjetivos, y que se concreta en valores que pueden traducirse por lealtad, honorabilidad, probidad y confianza. La transgresión de la misma no necesita producir un concreto daño, sino, simplemente, quebrantar los valores citados, por lo que, a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa, –aunque sea un elemento a considerar y ponderar en orden a su gravedad–, no se enerva la transgresión, para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo. Tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta, entendido como conciencia y voluntad en su realización, pues basta con que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar

⁶ Que, conforme al artículo 48.1. de la Ley 5/2014 de Seguridad Privada pueden ser contratados para la obtención y aportación de información y pruebas sobre conductas o hechos privados relacionados con el ámbito laboral. Conforme al artículo 48.3, el detective tiene prohibido utilizar medios personales, materiales o técnicos que puedan atentar contra el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar, a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones o a la protección de datos. Además, debe trabajar respetando los principios de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad (art. 48.6). En el caso, así, de la incapacidad temporal, sus informes deben centrarse en la capacidad o no para trabajar.

⁷ Por todas, sobre la base de doctrina judicial previa, STS de 15 de octubre de 2014 (Rec.1654/2013) o STS 13 de marzo de 2012 (rec. 1498/2011) que recuerda que será prueba admisible mientras sea prueba proporcionada y no atente a los derechos fundamentales del trabajador.

⁸ Vid., STSJ Madrid de 23 de enero de 2012 (La Ley 21899/2012) en un caso de despido disciplinario de un trabajador de baja por cuadro ansioso depresivo secundario a efecto adverso en ambiente de trabajo declarado procedente admitiendo como prueba para acreditar la transgresión de la buena fe del trabajador imágenes, comentarios y actuaciones del mismo en su perfil de Facebook y que el empresario había constatado ante notario; en sentido similar la STSJ de Galicia, de 16 de noviembre de 2012 (La Ley 191107/2012) en un caso de depresión neurótica en el que ni siquiera pudo desvirtuarse esa prueba con la aportación, por parte del trabajador, de un informe del médico de cabecera en el que establece la necesidad de salidas de casa y relaciones con otras personas para proceso curativo (Vid. más sentencias analizadas y reflexiones al respecto en AA.VV: *IV Informe Adecco sobre Absentismo*, AMAT, pags. 78-92).

⁹ Por la claridad de su exposición e integración de doctrina judicial anterior, se explican las características de esa transgresión siguiendo la STSJ de Valencia núm 4133/2003, de 12 de noviembre y la STS de 19 de julio de 2010 (Rec. 2643/2009).

cometida la infracción de la norma. En definitiva, la confianza entre las partes se quiebra por la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, en la medida en que se hacen tambalear los cimientos de esa confianza.

3.2. Transgresión e incapacidad temporal en la jurisprudencia

3.2.1. La falta de unificación de doctrina

La calificación de conductas realizadas durante la incapacidad temporal a efectos de considerarlas o no transgresoras de la buena fe contractual y causa de despido disciplinario no es materia propia de unificación de doctrina, salvo supuestos excepcionales ante la dificultad, conforme ha establecido el Tribunal Supremo en numerosos Autos, de que se produzcan situaciones sustancialmente iguales. En estos casos, la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha recordado que el artículo 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social o, en su caso, el artículo 217 del Real Decreto Legislativo 2/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, exige para la viabilidad del recurso de casación en unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial –una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo–. La contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señalan los preceptos citados, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales”. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (SSTS de 24 de enero de 2012 (Rec. 2094/2011) o 28 de diciembre de 2011 (Rec. 676/2011), entre otras).

Si bien es cierto que resulta difícil unificar supuestos de transgresión de la buena fe contractual durante la incapacidad temporal, no lo es menos que el Tribunal Supremo, en algunas ocasiones, ha sido, en mi opinión, demasiado estricto en la interpretación de los requisitos para acceder a esa unificación. Así, el Tribunal Supremo ha llegado a rechazar la casación en dos supuestos de baja por depresión en cuyo transcurso los trabajadores se dedicaron a impartir clases, de pintura en un caso y de baile en otro, porque en este último caso, quedaba acreditado que una psicóloga aconsejó a la actora la práctica del baile como distracción y, en el otro, sin embargo, se acreditaba que la actividad de pintura no facilitaba la superación del síndrome depresivo porque el actor venía desarrollando dicha actividad antes de la incapacidad temporal y la continuó practicando una vez superada dicha situación. El Auto es el de 20 de octubre de 2005 (Rec. 5505/2004) y las sentencias objeto de contradicción las SSTSJ de Cataluña, de 29 de julio de 2004 y de 2 de mayo de 2002.

En el Auto de 5 de octubre de 2006 (Rec. 4947/2005) vuelve a ponerse en contradicción la sentencia en que se autoriza impartir clases de baile, la del TSJ de Cataluña, de 2 de mayo de 2002, con la dictada por el TSJ de Andalucía-Málaga de 31 de marzo de 2005, en la que se consideran incompatibles con la situación de IT las actividades de coger el teléfono para dar citas, abrir la puerta y atender a clientes que desarrolla una trabajadora durante su baja por cuadro depresivo en el despacho de abogados de su pareja. Queda más clara la falta de contradicción, pues las respectivas actividades desarrolladas por cada una de las actoras son diferentes –una lúdica, otra “semilaboral”– de manera que la repercusión sobre la situación de baja y su virtualidad para poner en evidencia la capacidad para trabajar es también desigual.

Otros Autos a considerar son el de 5 de julio de 2005 (Rec. 2743/2004).—en el que las sentencias a constrastrar parten de causas por bajas diferentes, una por depresión y otra por esguince cervical, patologías distintas y actividades desarrolladas durante la baja también distintas “que no sólo puede tener alguna repercusión sobre la evolución del proceso patológico, sino, lo que es más importante, a efectos de apreciar la concurrencia de la transgresión de la buena fe contractual en la que se funda el despido”—; o más recientemente, el ATS de 21 de enero de 2016 (Rec.2200/2015) que señala que los hechos en cuestión no son los mismos ni la normativa sectorial en la que se discute su encaje tiene el mismo alcance¹⁰.

3.2.2. Los criterios

Como se ha señalado, la Jurisprudencia relacionada con la transgresión de la buena fe contractual en relación con la incapacidad temporal es muy casuística. No obstante, pueden extraerse unos criterios jurisprudenciales que pueden resumirse como sigue:

Los trabajos realizados en una situación de baja son contrarios a la buena fe contractual siempre que tengan una cierta intensidad como para considerar a ese trabajador “capaz” y puedan, de algún modo, afectar a la correcta curación del mismo. Debe valorarse la afección que dichas actividades tienen en el proceso de curación, así como la gravedad y culpabilidad que deben acompañar a toda infracción cuya sanción prevista es el despido.

Estos trabajos, si tienen carácter esporádico y no suponen un volumen excesivo de actividad, al igual que las actividades de entretenimiento, sean deportivas o sean culturales, pueden ser beneficiosas para el tratamiento de la dolencia, especialmente si se refiere a procesos relacionados con depresión o, aunque algunas sentencias consideran que esas actividades tienen que autorizarse por prescripción de un especialista en Salud (en Medicina o Psicología).

La Jurisprudencia ha señalado, además, que en los casos de pluriactividad puede ser normal que el trabajador esté incapacitado para las actividades cubiertas por uno de los Regímenes y no para las cubiertas por el otro, con lo que se acepta la percepción de la prestación de IT por uno de los regímenes mientras se trabaja en el otro. Así, la STS u.d. de

¹⁰ Otros, ATS de 4 de diciembre de 2012 (Rec. 846/2012), 4 de julio de 2012 (Rec 7/2012), 15 de junio de 2010 (Rec. 4358/2009) o ATS de 5 de julio de 2005 (Rec. 4683/2004), todos ellos en sentido similar y a propósito de casos que tienen que ver con procesos de depresión o ansiedad, los más abundantes en recursos de casación para la unificación de doctrina en la temática objeto de estudio.

19 de febrero de 2002 (Rec. 2127/2001) señala que “negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador que ejerce pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de desprotección. Y, además, semejante conclusión, sería contraria al espíritu y finalidad protectora de la Seguridad Social y al efecto útil de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los distintos regímenes de Seguridad Social”. La STS de 7 de abril de 2004 (Rec. 1508/2003) señala, por su parte, y sobre la base de la sentencia citada que, a mayor abundamiento, el mero hecho de figurar en alta en el RETA mientras se está de baja laboral por enfermedad en el Régimen General sin desempeñar función alguna en las actividades cubiertas por el RETA es un supuesto totalmente compatible con la percepción de la prestación por IT. No obstante, habrá que tomar en consideración el juicio médico que determinará si las lesiones padecidas pueden provocar un “efecto incapacitante” para un solo trabajo o para varios; incluso, según la naturaleza de las lesiones, el trabajo en otras actividades puede ser “conveniente” o “perjudicial” para el correcto desarrollo del proceso curativo¹¹.

3.2.3. Algunos casos relevantes

El desempeño de trabajos idénticos al que cursa la incapacidad temporal es claramente una transgresión de la buena fe contractual. Así lo pone de manifiesto la STSJ de Aragón, núm 3/2006, de 4 de enero, que declara procedente el despido de una trabajadora, de profesión camarera, por haberse comprobado que estando de baja en su trabajo con el diagnóstico de trastorno de ansiedad con predominio de reacciones de carácter depresivo, prestó servicios como camarera en otro establecimiento y esto aunque lo hizo durante un breve espacio de tiempo (3 días durante hora y media cada día).

En esta línea resulta curiosa, por los hechos concurrentes, la STSJ de Cataluña núm 1859/2004, de 4 de marzo, en la que un trabajador de baja por depresión inicia una terapia de medicina alternativa en un Monasterio de Budismo Tibetano y acaba desempeñando funciones similares a las que desempeñaba en su puesto de trabajo. El Tribunal manifiesta que si se ha dedicado a actividades administrativas similares a las que desempeñaba en su puesto de trabajo, se entiende que ha superado el proceso de incapacidad y debería haberse incorporado al trabajo pues estas actividades requieren un nivel de dedicación, esfuerzo físico y psíquico equiparable al que exigiría el ordinario desempeño de su puesto de trabajo. Su comportamiento evidencia, así, clara y rotundamente la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo y acreditan una simulación de enfermedad o la prolongación de la misma. Queda con ello de manifiesto la grave transgresión de la buena fe contractual que el comportamiento del trabajador supone.

La incidencia que pueden tener los trabajos en el proceso de curación de la patología se ha visto reflejada en sentencias como la STSJ de Cataluña, de 7 de julio de 2005 que revoca la decisión de instancia que considera improcedente un despido basándose en un parte médico que recomendaba que el trabajador, conductor de ambulancia, afecto de un síndrome ansioso-depresivo, estuviera en activo colaborando en el negocio de ultramarinos que tenía

¹¹ Por todos, TORTUERO PLAZA, J.L.: “Reflexiones acerca de la incapacidad temporal”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* núm. 10, 2006, págs. 15 y 16.

su esposa. Concluye la sentencia que la actividad que estaba llevando a cabo en ese negocio, por su nivel de exigencia y estrés –invertía en ella prácticamente toda una jornada laboral diaria–, resultaba incompatible con la situación de incapacidad temporal.

También puede señalarse la STSJ Murcia, núm 2/2013, de 21 de enero, en la que se declara transgresión de la buena fe contractual la conducta de un trabajador que estando en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por cervicalgia condujo habitualmente, incluso furgonetas de gran tamaño, paseó dos veces diarias sus perros de raza bóxer, caracterizada por su gran fortaleza, cargó pesos, realizó una mudanza y permaneció de pie durante largos períodos de tiempo. O la STSJ de Galicia, de 14 de diciembre de 2012, Rec 4803/2012, que consideró que el trabajador había quebrantado los deberes de fidelidad, lealtad, probidad y confianza al manipular objetos pesados, desplazar mangueras para el riego, cavar la tierra, subir a andamios...todas ellas incompatibles con la situación física de “otros traumatismos y los no específicos” que determinó su incapacidad.

En este contexto, la STSJ del País Vasco, núm 300/2012, de 7 de febrero, considera no contradictorio la deambulación autónoma e independiente de un trabajador de baja por un proceso de artrosis en el tobillo algunos días y no otros (causa determinante de su despido por considerar que era, así, una baja fingida que transgredía la buena fe contractual) ya que desde meses antes tenía aconsejado no usar muletas, lo que no impide que ocasionalmente pueda usarlas al presentar dolores postoperatorios que, incluso, dieron lugar a que le practicaran una serie de infiltraciones. Además, queda acreditado la prescripción del médico del Servicio Vasco de Salud para continuar con la incapacidad temporal pues no se había recuperado física y suficientemente desde el punto de vista laboral.

Por su parte, la STSJ de Navarra núm 170/2010, de 16 de junio, en un caso de pluriempleo con parte de baja laboral para uno solo de los trabajos, recuerda que lo decisivo es si la ocupación en la otra empresa es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia su aptitud laboral y, por tanto, la simulación de una enfermedad en perjuicio de la empresa. En el caso se trataba de un trabajador que cursó baja por un proceso relacionado con la movilidad de su hombro y continuó trabajando para la otra empresa como repartidor de pan. La sentencia considera que no hay transgresión de la buena fe pues sólo tenía que manejar bolsas o cajas de pan con un peso aproximado de 2 ó 3 kilos, lo que “indudablemente no implica realización de esfuerzos ni adopción de posturas mantenidas o repetidas de elevación, separación o rotación de hombro”.

En relación con las que tienen que ver con la realización de actividades lúdicas y la incidencia de estas en el proceso de curación o que acrediten simulación, puede citarse la STSJ Madrid, núm 939/2005, de 16 de noviembre que confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social correspondiente sobre nulidad de despido porque quedó acreditado que el mismo se había realizado como reacción a la reclamación por el recurrente de unos derechos que le correspondían tras cursar un proceso de IT por depresión. Para justificar el despido la empresa se basaba en la acreditación de que el trabajador estuvo trabajando en una sociedad lúdica que regentaba su esposa en el transcurso de la IT. A este respecto, el Tribunal manifestando, además, que las actividades que desarrollaba el trabajador mejoraban su depresión, declara que es una actividad que no ha puesto en peligro el proceso de recuperación, no pudiendo considerarse que haya existido trasgresión de la buena fe contractual.

A este respecto, se ha considerado que entrenar con habitualidad a equipos de fútbol, pero con un entrenamiento más de coordinación, lúdico y no de exigencia física, por parte de un trabajador incurso en un proceso de incapacidad temporal con dolencias lumbares y pancreatitis no implica transgresión de la buena fe contractual (STSJ núm 1054/2010, de 13 de abril). Tampoco transgrede esa buena fe que un trabajador de baja por ansiedad, juegue al golf (STSJ de Cataluña de 6 de septiembre de 2012).

Por el contrario, sí que se considera que ha habido transgresión de la buena fe contractual en un viaje a Madrid en avión, entrada en el parque de atracciones y recorrido de bares hasta altas horas de la madrugada de una trabajadora en incapacidad temporal (STSJ Asturias núm 1333/2013, de 4 de junio). O en el caso de un viaje para acudir como testigo a una boda (para la que pidió permiso y le fue denegado) y asistencia al restaurante del enlace cuando el proceso de incapacidad temporal era causado por diarrea y gastroenteritis de origen infeccioso (STSJ Cataluña núm 4128/2013, de 11 de junio).

Por último, para acabar este recorrido casuístico, la STSJ de Murcia, núm 860/2004, de 19 de julio manifiesta que si la empresa conocía y permitía la actividad que estaba desarrollando el trabajador, ya no existe esa simulación.

4. CONCLUSIONES

Lo argumentado supra da una visión general de cómo y qué parámetros jurisprudenciales se utilizan para controlar el fraude en la incapacidad temporal tanto en el ámbito de la relación laboral individual como en el ámbito de la Seguridad Social.

No obstante, el fraude en la incapacidad temporal no sólo puede y debe controlarse con modificaciones en la normativa relacionada con su gestión y con la Jurisprudencia. Son necesarias medidas que incidan en el absentismo con carácter previo a que este se haga efectivo.

Una política de prevención de riesgos centrada en evitar situaciones de estrés, burn-out o acoso en la empresa es importante para evitar procesos de incapacidad temporal, especialmente en lo que se refiere a situaciones relacionadas con ansiedad o depresión.

Importante es, a su vez, que las empresas dispongan de protocolos de actuación en caso de absentismo y articulen, como se ha señalado, medidas que eviten el mismo. Medidas que, en la mayoría de los casos, irán anudadas a la propia dinámica de las actuaciones en prevención de riesgos.

Diseñar los horarios de trabajo desde la flexibilidad de entrada y salida; relanzar el teletrabajo con la finalidad de evitar conflictos con las exigencias y responsabilidades externas al trabajo; fomentar un estilo de mando con empatía hacia los trabajadores, crear oportunidades para la interacción social; comprobar que las exigencias de trabajo sean compatibles con las capacidades y recursos del trabajador y permitir su recuperación después de tareas físicas o mentales particularmente exigentes; fomentar el trabajo en equipo o eliminar el trabajo monótono y repetitivo (estableciendo rotaciones en una cadena de montaje, por ejemplo) como una de las medidas para conseguir incrementar las oportunidades de desarrollo de las habilidades y conocimientos en la realización del trabajo, serían sólo algunas de las propuestas a valorar.