



Roj: **STSJ GAL 9248/2012 - ECLI: ES:TSJGAL:2012:9248**

Id Cendoj: **15030340012012105172**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2012**

Nº de Recurso: **4213/2012**

Nº de Resolución: **5601/2012**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JOSE FERNANDO LOUSADA AROCHENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 44 4 2011 0006123

402250 SECRETARIA SR. GAMERO LOPEZ PELAEZ IP

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0004213 /2012

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0001232 /2011 JDO. DE LO SOCIAL nº 005 de A CORUÑA

Recurrente/s: Daniel

Abogado/a: MARIA ELENA RUMBO GARCIA

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: ROCORELPI, S.L.

Abogado/a: MARIA LUISA TATO FOUZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO.SR. MAGISTRADOS

D/JOSE MANUEL MARIÑO COTELO

JUAN LUIS MARTINEZ LOPEZ

FERNANDO LOUSADA AROCHENA

En A CORUÑA, a dieciséis de Noviembre de dos mil doce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004213 /2012, formalizado por el/la D/Dª MARIA ELENA RUMO GARCIA, Letrada, en nombre y representación de Daniel , contra la sentencia dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 5 de A CORUÑA en el procedimiento DEMANDA 0001232 /2011, seguidos a instancia de Daniel frente a ROCORELPI, S.L., siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª FERNANDO LOUSADA AROCHENA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Daniel presentó demanda contra ROCORELPI, S.L., siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia, de fecha veintiocho de Febrero de dos mil doce

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

Primero.- El demandante, D. Daniel , trabajo para la entidad Rocorelpi desde el 9 de mayo de 2.002, con la categoría profesional de "oficial de segunda", con labores de "pulidor", y con un salario mensual a razón de 1.406 E brutos parte proporcional de pagas extraordinarias incluidas.

Segundo .- En fecha de 8 de noviembre de 2.011, por la entidad Rocorelpi se le remite buro fax a D. Daniel , que recibió al día siguiente conteniendo carta de despido, del siguiente tenor literal:

"...Esta empresa le comunica que con fecha y efectos del día de hoy procede a su despido, en base a los incumplimientos graves y culpables que se señalan:

Usted se encuentra en situación de I.T derivada de enfermedad común, la empresa desconoce SU origen, una familiar entregaba los partes de I.T correspondientes, ahora hace más de tres semanas que dichos partes no se presentan.

Sin embargo la empresa ha tenido conocimiento de que en esta situación de I.T usted realizó todo tipo de actividades y va a todas las fiestas:

- Situación de I.T en el mes de julio /2.011: presenta una baja en fecha 28 de julio hasta el 2 de agosto, la dirección de la empresa ha tenido conocimiento este mes que usted estuvo en las fiestas de Arteixo y en concreto y de habitualmente en un bar. Encuentros.

- A medio de las redes sociales la empresa ha tenido conocimiento de que en la situación de I.T en la que se encuentra en la actualidad, desde el día 27 del presente mes:

Se fue de viaje a Toledo, "de vacaciones" como usted señala: fotos de 2- 10-2011. Amplio reportaje grafico.

En la red social también manifiesta usted de que vuelve el día 3 de octubre "para arreglar papeles"

Realizó en la red social una descripción minuciosa de su viaje de vuelta como consta en su página publicada en Facebook .

El día 1-11-2011 "cuelga" nuevamente fotografías suyas celebrando una fiesta, las fotos se realizan dentro de un establecimiento de hostelería, dentro de la barra de un bar. Encuentros. de Arteixo, estas fotos van acompañadas de comentarios muy ajenos a una persona que se encuentra en situación de IT

Los hechos relatados sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de los mismos, entendemos son constitutivos de unos incumplimientos graves y culpables previstos en el art.54-2º d) del Estatuto de los Trabajadores de los que deviene la sanción de despido que se le impone.

Es todo cuanto se le comunica, reiterando que la decisión empresarial tendrá efectos del día de la fecha, manifestando asimismo que tiene a su disposición en las oficinas la liquidación pendiente..."

Tercero.- D. Daniel , estuvo de baja por enfermedad común "depresión neurótica", entre el 28 de julio y el 2 de agosto de 2.011, habiendo asistido al Servicio de Urgencias del CHUAC, tanto el día 10 de julio de 2.011, por una "intoxicación etílica y medicamentosa", negando ideación auto lítica, el Informe de Urgencias emitido, y posteriormente el 27 de julio de 2.011, con el diagnóstico de "reacción adaptativa, para suicidio", no constando en su exploración "ideas auto líticas estructuradas ni planificadas", por los que fue remitido al seguimiento por Médico de Atención Primaria y Unidad de Salud Mental.



Entre el 27 de septiembre y el 15 de noviembre de 2.011, inicie) nuevo proceso de baja por "depresión", durante el cual realizó un viaje a la ciudad de Toledo, a principios de octubre (días 2 y 3), igualmente en la noche del 1 de noviembre de 2.011, disfrazado, trabajo en la barra del bar "Encontros".

Estos hechos, fueron conocidos por personal de la entidad Rocorelpi S.L., a través de las fotografías y comentarios "públicos", que D. Daniel , publicaba en una red social, que igualmente conocieron por media de comentarios de otras personas su actividad "sirviendo copas", en el Bar Encontros de Arteixo, titularidad de la familia de su pareja.

Cuarto.- El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa, ni representante sindical.

Quinto.-Con fecha de 30 de noviembre de 2.011, se celebró acto de conciliación previa ante el SMAC, con el resultado de intentado sin avenencia.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

FALLO: Que debo DESESTIMAR y DESESTIMO la demanda que en materia de DESPIDO ha sido interpuesta por D. Daniel , contra la empresa Rocorelpi S.L., y en consecuencia, debo absolver a la entidad demandada de las peticiones formuladas en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Daniel formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 13 de agosto 2012.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 13 de noviembre de 2012 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . El trabajador demandante, vencido en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra a) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la reposición de los autos al estado en que estos se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, al amparo de su letra b), la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas.

Opuesta a los expuestos motivos de suplicación, la empresa demandada, ahora recurrida, solicita, en su impugnación del recurso de suplicación, su desestimación total y la confirmación íntegra de la sentencia de instancia.

SEGUNDO . Respecto a la reposición de los autos al estado en que estos se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, se alega la vulneración del artículo 105.2 de la Ley de Procedimiento Laboral -debemos entender se trata de la Ley de la Jurisdicción Social-, argumentando que la empresa alegó en el juicio de despido un hecho no contenido en la carta de despido que es el relativo a la realización de trabajo de camarero. Tal impugnación no se acoge. Ciertamente, en la carta de despido no se alude nominalmente a la realización de un trabajo de camarero, pero sí se dice literalmente que "el día 1.11.2011 cuelga nuevamente fotografías suyas celebrando una fiesta, las fotos se realizan dentro de un establecimiento de hostelería, dentro de la barra de un bar, Encontros de Arteixo, estas fotos van acompañadas de comentarios muy ajenos a una persona que se encuentra en situación de incapacidad temporal". Por lo tanto, la juzgadora de instancia no vulneró el artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Social cuando, después de considerar probado dicho hecho afirmando que "en la noche del 1 de noviembre de 2011, disfrazado, trabajó en la barra del bar Encontros" -en el Hecho Probado Tercero-, se refiere al mismo, en la fundamentación jurídica de su sentencia -en el Fundamento de Derecho Segundo-, como "la realización de actividad como camarero", o afirmando "servía copas en la barra del Bar Encontros", en cuanto que, con estas expresiones no está considerando hechos diferentes a los estrictamente alegados en la carta de despido, no produciendo, en consecuencia, indefensión.

TERCERO . Respecto a la revisión de los hechos probados, se pretende la modificación del párrafo segundo del Hecho Probado Tercero, donde se dice que "entre el 27 de septiembre y el 15 de noviembre de 2011, inició nuevo proceso de baja por depresión, durante el cual realizó un viaje a la ciudad de Toledo, a principios de octubre (días 2 y 3), igualmente en la noche del 1.11.2011, disfrazado, trabajó en la barra del Bar Encontros", para pasar a decir eso mismo con el añadido final "según declaró la testigo Doña Regina , hija del representante



legal de la empresa demandada, por referencias obtenidas de otras personas". Tal modificación no se acoge. En primer lugar, porque la declaración de hechos probados está destinada a recoger, precisamente, hechos sin necesidad de hacer referencia a las fuentes de prueba de esos hechos. En segundo lugar, porque la especificación de la fuente de prueba no permite realizar un juicio valorativo en sede jurídica sobre la fuente de prueba o sobre los hechos basados en esa fuente de prueba. Y, en tercer lugar, porque, en cualquier caso, no es factible cuestionar la valoración realizada en la instancia de la prueba testifical al no encontrarse esa prueba dentro de aquellas que amparan una revisión fáctica en recurso de suplicación.

CUARTO . Respecto al examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicadas, se denuncia la infracción de los artículos 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 105.2 de la Ley de Procedimiento Laboral -sic, de la Jurisdicción Social-, en relación con diversas sentencias de Audiencias Provinciales, de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que se citan sobre alegación de hechos nuevos, sobre inconcreción de la carta de despido y sobre el valor de los testigos de referencia -no siendo inoportuno señalar que la jurisprudencia que ampara una denuncia jurídica del artículo 193.c) de la Ley de la Jurisdicción Social es la que emana de las sentencias del Tribunal Supremo, pues solo ellas conforman jurisprudencia en el sentido del artículo 1 del Código Civil -. Ninguna de esas alegaciones resulta de recibo.

En cuanto a la alegación de hechos nuevos, ya ha sido rechazada con ocasión del análisis de la impugnación procesal, reiterando lo ya argumentado.

En cuanto a la inconcreción de la carta de despido, asimismo se rechaza porque, antes al contrario, detalla perfectamente los hechos que la empresa imputan al trabajador, los acaecidos durante la primera baja -de 28 de julio a 7 de agosto- de una manera es verdad que menos precisa que los acaecidos durante la segunda baja, aunque sin duda suficiente para preparar la defensa en juicio -se dice que "usted estuvo en las fiestas de Arteixo y en concreto y de habitualmente en un bar, Encuentros"-, y los acaecidos durante la segunda baja -de 27 de septiembre a 15 de noviembre- de una manera muy precisa que no permitía lugar a equívoco alguno -se dice que, "a medio de las redes sociales la empresa ha tenido conocimiento de que en la situación de incapacidad temporal en la que se encuentra en la actualidad, desde el día 27 del presente año se fue de viaje a Toledo, de vacaciones ... fotos 2.10.2011, amplio reportaje gráfico; en la red social también manifiesta usted que vuelve el día 3 de octubre para arreglar papeles - realiza en la red social un descripción minuciosa de su viaje de vuelta - el día 1.11.2011 cuelga nuevamente fotografías suyas celebrando una fiesta, las fotos se realizan dentro de un establecimiento de hostelería, dentro de la barra de un bar, Encuentros de Arteixo, estas fotos van acompañadas de comentarios muy ajenos a una persona que se encuentra en situación de incapacidad temporal". Añadiéndose a todo ello -según la carta de despido- que "una familiar entregaba los partes de incapacidad temporal correspondientes, ahora hace más de 3 semanas que los partes no se presentan".

En cuanto al cuestionamiento de los testigos de referencia, se trata de una cuestión de valoración de prueba testifical que es cuestión ajena a una denuncia jurídica canalizable a través de la letra c) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social -y sería asimismo cuestión ajena, en cuanto testifical, a una revisión fáctica de la letra b)-. Con esto basta para rechazar el alegato, aunque no está de más añadir que, en una lectura cabal de la sentencia de instancia, se puede concluir que la juzgadora de instancia no ha considerado probado ningún hecho expresado en la carta de despido en atención a testigos de referencia. Es verdad que, en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia -en el Fundamento de Derecho Segundo-, se valora la prueba de un testigo en relación con un hecho que conoce por referencias -a saber "la realización de actividad como camarero por el actor en un establecimiento abierto al público con cuyos titulares está vinculado familiarmente"-, pero eso solo sirve para declarar probada la actividad de servir copas en la noche de Halloween, que -como se ha dicho con ocasión de la impugnación procesal, se corresponde con las imputaciones realizadas en la carta de despido disciplinario-, y que -en lo que ahora interesa- se ha declarado probada a través de los datos públicos obrantes en las redes sociales, y así se dice expresamente en los hechos declarados probados en la sentencia de instancia -en concreto, en el Hecho Probado Tercero-, donde se afirma -si realizamos como se avanzó una lectura cabal de la sentencia de instancia- que "su actividad sirviendo copas en el bar Encuentros de Arteixo, titularidad de la familia de su pareja ... (además de) por medio de comentarios de otras personas ... (fue conocida como los demás hechos expresados en ese Hecho Probado Tercero) a través de las fotografías y comentarios públicos que (el ahora recurrente) publicaba en una red social".

Hechas estas precisiones, y a la vista de los inalterados hechos declarados probados, donde se relata que el ahora recurrente "estuvo de baja por enfermedad común depresión neurótica entre el 28 de julio y el 2 de agosto de 2011, habiendo asistido tanto el día 10 de julio de 2011, por una intoxicación etílica y medicamentosa, negando ideación autolítica (según) el informe de urgencias emitido, y posteriormente el 27 de julio de 2011, con el diagnóstico de reacción adaptativa, parasuicidio, no constando en su exploración ideas autolíticas estructuradas ni planificadas, por lo que fue remitido a seguimiento por médico de atención primaria y Unidad



de Salud Mental", iniciando "entre el 27 de septiembre y el 15 de noviembre de 2011 ... nuevo proceso de baja por depresión, durante el cual realizó un viaje a la ciudad de Toledo, a principios de octubre (días 2 y 3), (e) igualmente en la noche del 1 de noviembre de 2011, disfrazo, trabajo en la barra del bar Encuentros ... titularidad de la familia de su pareja", deviene inconcusa la calificación de procedencia del despido disciplinario de acuerdo con el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores porque, de las actividades realizadas por el ahora recurrente durante los periodos de incapacidad temporal -y, en especial, de las realizadas durante la segunda baja médica-, se puede presumir de manera racional, si no la incidencia negativa sobre el proceso de curación, sí la sanidad del trabajador o, a lo menos, la existencia de un estado de salud suficiente para la vuelta al trabajo, sin que la aportación, por el demandante -ahora recurrente-, de un informe médico donde se afirma que "durante el tiempo de la baja no existía impedimento, más bien al contrario, de que saliese de casa e intentase relacionarse, lo que forma parte de la terapia", desvirtúe esa conclusión en cuanto lo emite el médico de cabecera -que no es especialista en psiquiatría o psicología- con posterioridad al despido disciplinario -es decir, no se le informó previamente de las actividades a realizar para que este descartara la incidencia sobre el proceso de curación y la posibilidad de reincorporación al trabajo-. Y es que un trabajador en situación de incapacidad temporal, si tuviere dudas razonables sobre la compatibilidad con la misma de determinadas tareas, debería -lo que no ha hecho el demandante en el caso de estos autos- solicitar autorización previa a su médico, e incluso comunicarlo a la empresa -la cual, a los efectos de verificación del estado del trabajador, podría citarlo a reconocimiento médico, según artículo 20.4 del Estatuto de los Trabajadores -.

QUINTO . Por todo lo anteriormente expuesto, el recurso de suplicación será totalmente desestimado y la sentencia de instancia será íntegramente confirmada, tanto por su fallo como por sus propios y atinados fundamentos.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación interpuesto por Doña Elena Rumbo García contra la Sentencia de 28 de febrero de 2012 del Juzgado de lo Social número 5 de A Coruña , dictada en juicio seguido a instancia de la recurrente contra la Entidad Mercantil Rocorelpi Sociedad Limitada, la Sala la confirma íntegramente.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que, contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para Unificación de Doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral . Si la recurrente no estuviere exenta de depósito y consignación para recurrir, deberá ingresar:

-La cantidad objeto de condena en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 80 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

-El depósito de 300 euros en la c/c de esta Sala nº 1552 0000 35 (nº recurso) (dos últimas cifras del año).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

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