



Roj: **STSJ GAL 8574/2016 - ECLI: ES:TSJGAL:2016:8574**

Id Cendoj: **15030340012016106051**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2016**

Nº de Recurso: **2533/2016**

Nº de Resolución: **6511/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **BEATRIZ RAMA INSUA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.X. GALICIA SALA DO SOCIAL A CORUÑA**

PLAZA DE GALICIA

**Tfno:** 981184 845/959/939

**Fax:** 881881133 /981184853

**NIG:** 36057 44 4 2016 0000085

**Equipo/usuario:** MJC

Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPPLICACION 0002533 /2016**

Procedimiento origen: **DESPIDO**/CESES EN GENERAL 0000016 /2016

Sobre: **DESPIDO** DISCIPLINARIO

**RECURRENTE/S D/ña** Norberto

**ABOGADO/A:** ROSA MARIA TARRAGO NESTA

**RECURRIDO/S** PLASTICOS Y DESARROLLOS, S.A. (PLAYDESA)

**ABOGADO/A:** ALEJANDRO RODRIGUEZ CID

**PROCURADOR:** LUIS SANCHEZ GONZALEZ

**ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR**

**ILMA SRª Dª BEATRIZ RAMA INSUA**

**ILMO SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE**

En A CORUÑA, a veintiuno de noviembre de dos mil dieciséis.

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

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el RECURSO SUPPLICACION 2533/2016, formalizado por la letrada Rosa Mª Tárrago Nesta, en nombre y representación de D. Norberto , contra la sentencia número 196/2016 dictada por el XDO. DO SOCIAL N. 4



de VIGO en el procedimiento **DESPIDO/CESES EN GENERAL 16/2016**, seguidos a instancia de D. Norberto frente a la mercantil PLASTICOS Y DESARROLLOS, S.A. (PLAYDESA), siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> BEATRIZ RAMA INSUA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** D. Norberto presentó demanda contra la mercantil PLASTICOS Y DESARROLLOS, S.A. (PLAYDESA), siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 196/2016, de fecha cuatro de abril de dos mil dieciséis

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: Primero.- El demandante D. Norberto, mayor de edad, viene prestando servicios para la empresa PLÁSTICOS Y DESARROLLOS, S.A., desde el día 18-03-03, con la categoría profesional de grupo 3 y un salario mensual de 1.770,31 euros, incluido prorrateo de pagas extraordinarias.//Segundo.- Por carta de fecha 27-11-15, se le comunicó que se le despedía con efectos desde el 27-11-15, por trasgresión de la buena fe contractual, al realizar actividades incompatibles con su situación de I.T. Damos aquí por reproducido el contenido íntegro de la carta obrante a los folios 70 a 72 de los autos.//Tercero.- El demandante inició proceso de I.T. 31-08-15. Con el diagnóstico de traumatismo indirecto rodilla izquierda. Acude a fisioterapia por su cuenta, en donde se le indica la necesidad de descarga con muletas.//Cuarto.- El trabajador colgó en su perfil de **facebook** el 30-08-15 una foto de un remolque utilizado para llevar perros de caza, con el siguiente **comentario:** "la estrena de esta temporada". El día 09-09-15 colgó dos fotografías de perros con el siguiente **comentario:** "la nueva maquinaria ya está en la casa, esperando que se adapten para sacarlos a dar caña". El día 17-10-15, un tercero, colgó en su perfil de **facebook** una foto del actor, con vestimenta de monte, y un remolque de perros. El 25-10-15 el actor colgó una foto de un todoterreno, con el siguiente **comentario:** "la nueva máquina para ir de caza". El 05-11-15 colgó una foto de cuatro perros de caza con el siguiente **comentario:** "parte del equipo...". El 09-11-15 colgó una foto de perro de caza con el siguiente **comentario:** "perra perdida en Malvas, si alguien la ve o sabe por donde anda que me avise NUM000 ...".//Quinto.- El 20-09-15 el actor salió de su domicilio con un vehículo y remolque en donde portaba perros de caza. A escasos metros se percató de que lo seguían, y regresó a su domicilio, saliendo a los pocos minutos, andando y portando unas muletas.

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que desestimando la demanda interpuesta por D. Norberto, contra la empresa PLASTICOS Y DESARROLLOS S.A., se absuelve a la misma de las pretensiones en su contra deducidas.

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Norberto formalizándolo posteriormente. Tal recurso 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.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 07/06/2016.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21 de noviembre de 2016 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:** La parte actora, vencida en instancia, anuncia recurso de suplicación y lo interpone después solicitando, al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos probados, y, al amparo de su letra c), el examen de las normas sustantivas y de la jurisprudencia aplicada.

Respecto a lo primero, esto es, la revisión de los hechos probados, se pretende alterar, modificando el **hecho probado sexto**, para que se le dé nueva redacción del siguiente tenor literal:

Añadiendo un último párrafo en el que conste:

*" El demandante el 17 de agosto de 2015, pago la tasa para el examen del cazador, y en fecha 7 de diciembre de 2015, fue considerado apto en ese examen. La Sociedad de caza Tudense realizó varias batidas entre octubre y noviembre de 2015, en las que no figura el actor".*

Se ampara en los siguientes documentos obrantes a autos:

Folio 119 pago de las tasas. Folio 120: certificado de apto del examen de cazador.



Se acepta únicamente en el sentido de hacer constar que "El demandante el 17 de agosto de 2015, pago la tasa para el examen del cazador, y en fecha 7 de diciembre de 2015, fue considerado apto en ese examen". Lo restante se rechaza por cuanto se comprueba un marcado carácter conclusivo-valorativo más que meramente fáctico, resultado de la interpretación parcial e interesada del documento invocado por la parte recurrente.

**SEGUNDO** : Mediante examen de infracción de normas sustantivas o de la Jurisprudencia, alega infracción de los artículos 5.a) 20.2 y 54.2 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el art 63.1 del Convenio Colectivo de Industrias Químicas (BOE 19.08.15) en relación con el art 24 de la CE . Así como la Jurisprudencia emanada sobre la materia.

Las infracciones que se denuncian han de ser examinadas a partir de los inmodificados hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no impugnados en esta Suplicación por la obligada vía del art. 191 B y 194 LPL (RCL 1995\1144 y 1563); ciertamente y en todo caso fruto del imparcial y fundado criterio judicial de instancia, que ha valorado al efecto, la prueba legalmente practicada, facultad legal propia ( art. 97.2 LPL ) que en el proceso aparece ejercida de modo oportuno.

De acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala IV "... en situación de baja por incapacidad al trabajador le es lícito realizar todas aquellas actividades compatibles con su situación, excluido cualquier trabajo por cuenta propia o ajena, estimando como compatibles las actividades de mera distracción o lúdicas y todas aquellas que no perturben o retrasen la curación del trabajador, o sean contraproducentes para su enfermedad" ( STS de 4 octubre 1985 [ RJ 1985, 4662] ) "... de aquí que tenga muy precisado que no toda actividad desarrollada durante la situación de ILT puede calificarse como conducta desleal sancionable con el **despido**, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa" (SST de 21 marzo [ RJ 1984, 1592] y 21 de dic. de 1984 [ RJ 1984, 6481], 4 de oct. de 1985 [ RJ 1985, 4662] y 29 de enero [ RJ 1987, 177], 3 de febrero [ RJ 1987, 769] y 7 de julio de 1987 [ RJ 1987, 5103] ) .

Sin embargo, se han considerado contrarias a las exigencias de la buena fe contractual todas aquellas actividades que, o bien resultan contraindicadas para el curso de la enfermedad, o simplemente exponen al que las hace a una recaída en la misma, pues quien desarrolla esa conducta está defraudando a la empresa, a la Seguridad Social y a sus propios compañeros de trabajo; suponiendo una contravención palpable del deber fundamental de colaborar en su curación que tiene el trabajador ( SSTS de 5 octubre 1988 [ RJ 1988, 7533 ] y 14 mayo 1990 [ RJ 1990, 4318] ) " pues, a tenor de lo establecido en los arts. 1544 y 1585 ambos del Código Civil (LEG 1889, 27 ) y art. 5-a) del referido Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980, 607), supone un incumplimiento contractual grave y culpable que el siguiente art. 54-2 del mismo Cuerpo Legal sanciona con **despido**,... porque la incapacidad temporal que define el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825) es, conforme a lo prevenido por el núm. 1-c) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores , solamente causa de suspensión del contrato que exonera al trabajador del deber de trabajar pero no del cumplimiento del resto de las obligaciones como las de fidelidad, buena fe y contribución a la mejora de la producción..." ( SSTS de 31 de mayo de 1986 [ RJ 1986, 2763], 7 de julio de 1987 [ RJ 1987, 5103], 3 [ RJ 1988, 568 ] y 12 de febrero de 1988 [ RJ 1988, 614 ] y 24 de julio de 1990 [ RJ 1990, 6465]). Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 6566/2004 Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1), de 30 septiembre Recurso de Suplicación núm. 3953/2004 . (JUR 2004\314634), remitiéndose a otras, de 29 de diciembre de 1995 (AS 1995\4926), 7 de octubre de 1996, 6 de julio de 1998 (AS 1998\3457) y 24 de octubre 2000 (JUR 2001\11402), «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 I.L.T. (IT) 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 [RJ 1990\6465 ] y de 14 de mayo del mismo año [RJ 1990\4318] que por esta Sala se cita en la de 15 de febrero de 1994 [AS 1994\574]).

**TERCERO** : El Juzgador ostenta una amplia facultad para valorar todo el material probatorio practicado en la instancia, de modo que puede obtener y deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral ( STS 18/11/1999 [RJ 1999\8742]). En sentencia, de fecha 24/5/2000 (RJ 2000\4640), el Tribunal Supremo vuelve a señalar que la valoración de la prueba es facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyas conclusiones reflejadas en los hechos probados deben prevalecer siempre que se ajusten a



lo prevenido en dicho artículo, ya que lo contrario sería tanto como subrogarse la parte en lo que constituye labor jurisdiccional, sin que pueda sustituirse la misma por la valoración de la parte voluntaria y subjetiva, confundiendo éste recurso excepcional y con motivos tasados en una nueva instancia. Igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 7/3/2003 (RJ 2003\3347) indica que como se recoge en sentencias de 3 de mayo de 2001 (RJ 2001\4620) y 10 de febrero de 2002 (RJ 2002\4362), con esta forma de articular el motivo y de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación o suplicación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica. El planteamiento en suplicación o casación del error en la valoración de la prueba (cualquiera que sea su concepto), también requiere la indicación y análisis de una norma sobre prueba idónea para determinar tal apreciación, o la infracción de la doctrina constitucional sobre el error patente, valoración arbitraria o irrazonable.

En nuestro país, el legislador ha estimado oportuno consagrar, como regla inserta en nuestro ordenamiento jurídico, la que ordena a los titulares de un derecho que lo ejerciten con arreglo a los principios de la buena fe ( art. 7-1 Código Civil ). Igualmente recoge que los contratantes, en sus relaciones, se atengan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a cuantas consecuencias deriven de ese mismo criterio ( art. 1258 CC ). En el específico caso de que ese contrato sea el de trabajo, la actuación con arreglo a los postulados de la buena fe se refuerza aún más, al recogerse como deber jurídico que incumbe a empresario y trabajador a la hora de satisfacerse las prestaciones a las que se han obligado por razón de ese vínculo contractual ( arts. 5-d y 20-2 ET ), y así lo corrobora el hecho de que su trasgresión por el trabajador se tipifique como uno de los concretos supuestos de incumplimiento contractual ( art. 54-2-d ET ).

La buena fe a que nuestro ordenamiento jurídico se refiere no es la subjetiva o psicológica del sujeto, sino la que resulta de su consideración objetiva ( sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1991 [ RJ 1991, 9476] ), y según viene diciendo la Sala de lo Social de dicho Tribunal ( sentencias de 22 de mayo de 1986 [ RJ 1986, 2609 ], 25 de junio de 1990 [ RJ 1990, 5515 ] y 4 de marzo de 1991 [ RJ 1991, 1822 ] ) «...se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza...», o en palabras de la misma Sala en su sentencia de 14 de enero de 1985 ( RJ 1985, 42 ), en un criterio «...impeditivo del actuar humano en función de su interés exclusivo con pérdida del sentido de la utilidad común.».

**CUARTO** : Ahora bien, no toda infracción de ese deber viene a constituir causa justa de **despido**, sino únicamente cuando viene adornado de la doble cualidad de gravedad y culpabilidad, conforme lo exige el art. 54-1 ET . Requisitos cuya concurrencia ha de analizarse en forma individualizada, atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto, según proclama una consolidada jurisprudencia, de la que es botón de muestra la sentencia de la misma Sala, de fecha 20 de febrero de 1991 ( RJ 1991, 854 ), siendo un elemento generalmente relevante en esa valoración la tipificación de faltas que se haga para cada concreto sector laboral en su normativa de singular aplicación.

En esencia, la doctrina establecida por la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo en la materia, puede resumirse en la siguiente proposición, puesta de manifiesto, entre otras, en sus sentencias de 22 de septiembre de 1988 ( RJ 1988, 7095 ) y 29 de enero de 1987 ( RJ 1987, 177 ): el trabajador incumple el deber de buena fe cuando la actividad que viene realizando en situación de baja laboral resulta perjudicial para su curación o es expresiva de una simulación en su situación de incapacidad para el trabajo.

En efecto, la buena fe exige, que quien esté de baja no pueda realmente desarrollar las labores propias de su trabajo habitual, por razón de la enfermedad o accidente sufrido y siga precisando la debida asistencia sanitaria hasta obtener su rehabilitación, pero también que en esa situación no efectúe actividades inadecuadas para lograr lo antes posible su reincorporación al trabajo, ya que durante la misma deja de cumplir con la prestación principal a la que se ha obligado por razón del contrato de trabajo que le vincula con su empresario: trabajar. El interés legítimo de éste en recibirla se defrauda, sin título que lo ampare, cuando se aparenta disponer de una causa que justifica la falta de prestación de servicios ( las situaciones de incapacidad temporal, que suspenden dicha obligación: art. 45-2 ET , pero también cuando se prolonga innecesariamente. La falta de satisfacción de ese interés sólo se justifica en nuestro ordenamiento jurídico, en relación con la cuestión suscitada, por priorizarse el derecho del trabajador a la protección de su salud, reconocido en nuestra Constitución ( art. 43-1 ). Necesidad de su ejercicio que no se da ya en el primero de esos casos, y que, si se precisa en el segundo más allá del tiempo razonable, es por la misma conducta del interesado, entrañando, así, un uso abusivo del mismo.

De conformidad con la Jurisprudencia expuesta y con la redacción fáctica anteriormente precisada, atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto, consideramos que la solución adoptada por la juzgadora de



instancia, resulta ajustada a derecho, por cuanto queda acreditada la actividad desarrollada por el demandante, el alcance de la misma y su participación concreta en los hechos, siendo igualmente adecuada a derecho la calificación jurídica que a los mismos se le dio por la juzgadora de instancia, por cuanto que evidentemente, supone una transgresión de la buena fe profesional el haber llevado acabo la misma, mientras se encontraba en situación incapacidad temporal. Por lo que ella comporta de incumplimiento del deber de buena fe, dado que la actividad que viene realizando, tomada toda ella en su conjunto, en situación de baja laboral, resulta perjudicial para su curación o al menos supone que se encontraba en situación de poder trabajar. Y en consecuencia,

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del demandante, contra la sentencia de fecha 04/04/16, dictada por el Juzgado de lo Social núm.4 de Vigo , en autos 16/16, confirmamos la sentencia recurrida.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento ( **1552 0000 80 ó 35 \*\*\*\* ++**).

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 le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.