



Roj: **STSJ AND 5634/2014 - ECLI: ES:TSJAND:2014:5634**

Id Cendoj: **41091340012014101294**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **18/06/2014**

Nº de Recurso: **918/2013**

Nº de Resolución: **1704/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS LOZANO MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Rº. 918/13 -AU- Sent. 1704/14

Excmo. Sr.:

D. Antonio Reinoso y Reino, Presidente de la Sala

Ilmos. Sres.:

D. Luis Lozano Moreno

Dª Carmen Pérez Sibón

-----+  
En Sevilla, a dieciocho de junio de dos mil catorce.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 1704/2.014**

En el Recurso de Suplicación interpuesto por Big Jeans S.L. y One Fish Two Fish S.L. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº Once de Sevilla, dictada en los autos nº 342/12; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Lozano Moreno, Magistrado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Según consta en autos se presentó demanda por D. Andrés contra las recurrentes, con intervención del Ministerio Fiscal, se celebró el Juicio y se dictó Sentencia el quince de octubre de 2012, por el Juzgado de referencia, en la que se estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

1) D. Andrés ha venido prestando sus servicios en el centro de trabajo sito en la C/ San Eloy de Sevilla, con la categoría profesional de dependiente, percibiendo por ello un salario diario a efectos de despido de 38,48 euros, en virtud de los siguientes contratos:

- Contrato temporal eventual por circunstancias de la producción suscrito en fecha 17 de noviembre de 2008 con Big Jeans S.I., figurando como objeto "servicio atención clientes por aumento de ventas".

El contrato se prorroga en fecha 17 de mayo de 2009 y en fecha 18 de noviembre de 2009, se suscribe finiquito el cual obra al folio 65 y se da por reproducido.



- Contrato temporal para obra y servicio suscrito con One Fish Two Fish S.I.I. en fecha 24 de noviembre de 2009, figurando como objeto "artículos de temporada". El contrato se prorroga hasta 23 de noviembre de 2010.

Contrato indefinido suscrito con One Fish Two Fish S.I.I. en fecha 1 de diciembre de 2010.

2) One Fish Two Fish S.I.I. y Big Jeans S.I. tienen como actividad económica la venta al por menor de productos textiles, las cuales son dirigidas por D. Eutimio, que es representante legal de las empresas y el que imparte las ordenes e instrucciones a los trabajadores y coordina los turnos. Los trabajadores prestan servicios sucesivos e incluso simultáneos en las tiendas de ambas empresas que se presentan bajo el nombre comercial de "Luxury".

3) Desde mediados del año 2011, D. Andrés viene reclamando que se le abone las nóminas conforme a convenio colectivo. Como quiera que D. Eutimio no atiende sus reiteradas peticiones, el trabajador comienza a sentirse angustiado y desanimado y acude al médico refiriendo sus problemas en el trabajo, pasando a situación de incapacidad temporal el día 4 de enero de 2012 con diagnóstico de trastorno depresivo.

4) D. Andrés presentó solicitud de conciliación ante el CMAC, en reclamación de cantidad, en fecha 18 de enero de 2012. Se cursan las citaciones por el CMAC en fecha 26 de enero de 2012. El acto de conciliación se celebra en fecha 22 de febrero de 2012, con el resultado de celebrado sin avenencia.

5) La empresa conoce que el trabajador entrena a niños por lo que decide encargar a un detective que compruebe tales extremos. La actividad de investigación tiene lugar desde los días 16 a 24 de enero de 2012.

6) El trabajador entrenó a niños en el campo de fútbol de Espartinas los días 17, 19, y 24 de enero de 2012, desde las 18:00 hasta las 19:30 horas y el día 20 de enero de 2012, dirigió a los niños en un partido. El trabajador vive en Camas y se trasladó desde su domicilio al entrenamiento en su propio vehículo.

7) El día 31 de enero de 2012, se notifica al actor carta de despido de fecha 30 de enero de 2012, por motivos disciplinarios, en concreto por prestar servicios como preparador de fútbol en situación de incapacidad temporal. La carta obra a los folios 11 y 12 de las actuaciones y se da por reproducida.

8) Con fecha 29 de febrero de 2012, se presentó la correspondiente solicitud de conciliación, que se tuvo por intentada sin efecto con fecha 21 de marzo de 2012. La presente demanda se interpuso el día 21 de marzo de 2012.

9) A la relación laboral resulta de aplicación el Convenio Colectivo del Comercio del Mueble, textil y otros.

TERCERO.- Las codemandadas recurrieron en suplicación contra tal sentencia, impugnándose el recurso por el actor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las empresas codemandadas recurren en suplicación la sentencia que estimó parcialmente la demanda interpuesta por el actor y declaró la improcedencia del despido del que fue objeto.

En su recurso formulan un primer motivo, con amparo en el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que pretende que el Hecho Probado Tercero quede redactado de la forma siguiente "El trabajador acude al médico pasando a situación de incapacidad temporal el día 4 de enero de 2012 con diagnóstico de trastorno depresivo", suprimiéndose el resto, manteniendo que no hay prueba que soporte los mencionados hechos declarados probados.

No procede acceder a lo solicitado, pues el recurso de suplicación es de naturaleza extraordinaria, procediendo únicamente la modificación de los hechos probados cuando de un documento o pericia se deduzca, sin género de dudas y sin contradicción, que el juzgador ha cometido error alguno en la valoración de la prueba, y en el mismo la alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad que el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social vigente (y antes de la Ley de Procedimiento Laboral) otorga al Juzgador de apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba-, pudiendo formar su criterio teniendo en cuenta hasta la conducta de los litigantes.

En el segundo motivo, que se deduce con el mismo amparo procesal, se pretende que se añada un nuevo hecho probado en el que conste que "El trabajador está siendo medicado por prescripción de 04/01/2012 de su médico de atención primaria con fluoxetina 20 mg y Lorazepán 1mg". Tampoco procede acceder a esta adición, por irrelevante, ya que el hecho de que esa medicación pueda tener incidencia sobre la capacidad de conducir, ello no supone que si el que la toma no se ve afectado significativamente, y conduce, ello pueda ser perjudicial para su recuperación, como parece mantener la recurrente.



SEGUNDO.- En el segundo motivo, que se deduce al amparo en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por las empresas recurrentes se denuncia que la sentencia ha infringido, al declarar la improcedencia de su despido, el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, y de la jurisprudencia que se deduce de la sentencia del T.S. de 18 de diciembre de 1990, manteniendo que la realización de la actividad descrita en los hechos probados constituyen un grave quebrantamiento de la buena fe contractual.

Como ya hemos manifestado en otras ocasiones, valga como ejemplo en la sentencia de 10 de septiembre de 2009, la jurisprudencia, en interpretación del artículo 54,2,d), ha puesto de manifiesto que la realización de actividades laborales, por cuenta propia o ajena, durante la situación de incapacidad laboral transitoria, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, de tal modo que en el supuesto de resultar compatible la **enfermedad** con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir (STS de 12 de julio de 1990), y que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido (STS de 23 de julio de 1990).

Ahora bien, la misma jurisprudencia también ha destacado que no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la **enfermedad** y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS de 22 de septiembre de 1988), por lo que es obligado valorar las circunstancias especiales concurrentes en cada supuesto, llevando a cabo a tal fin un examen individualizador de la conducta del trabajador, lo que con mayor razón es exigible en aquellos supuestos que se asientan sobre situaciones de incapacidad física o **enfermedad** que cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado, y que en tal contexto sólo puede señalarse como criterio general relevante la determinación de si la actividad desarrollada en situación de incapacidad laboral transitoria perturba o demora la curación del trabajador o su futura aptitud laboral (STS de 18 de julio de 1990). Este efecto individualizador en el enjuiciamiento de la conducta ha sido destacado en la Sentencia de 25 de marzo de 2002, con cita de la Sentencia de 23 de diciembre de 1992, que declara que "en la calificación de las conductas a efecto del despido disciplinario es preciso realizar una cuidada individualización de cada uno de los casos, atendiendo las peculiares circunstancias subjetivas y objetivas configuradoras de los mismos, por lo que la atención a éstos elementos individualizadores dificulta la equiparación de los supuestos a efecto de equiparación de doctrina".

Partiendo de esta doctrina jurisprudencial, esta Sala concluye, al igual que la juzgadora de instancia, que la conducta no reviste la gravedad suficiente para ser merecedora de la sanción por despido. De los hechos declarados probados se deduce que el actor, antes de causar baja por incapacidad temporal el 4 de enero de 2012 por trastorno depresivo, mantenía con la empresa un conflicto laboral sobre los salarios que le venían siendo satisfechos, lo que motivó que el 18 de enero de 2012 iniciara las acciones en reclamación de cantidad con la presentación de papeleta de conciliación ante el CMAC. La actividad que se imputa es la de entrenar a un equipo infantil de fútbol de Espartinas (viviendo en Camas, utilizando para su desplazamiento un vehículo propio) los días 17, 19 y 24 de enero de 2012, de 18 a 19:30 horas, dirigiéndolos el 20 en un partido. Esos datos no son suficientes para concluir que la realización de esa actividad, no laboral sino lúdica, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o para evidenciar la aptitud laboral de éste, pues no es lo mismo practicar una actividad lúdica durante un breve lapso temporal algunos días, que someterse a una jornada laboral completa como dependiente, máxime cuando se concluye que había una situación de conflicto entre empleador y empresario por las condiciones laborales aplicadas. Y ya dijimos más arriba que el hecho de la medicación prescrita pueda influir en la conducción, no significa que necesariamente haya de hacerlo y, menos aún, que el ejercicio de esa actividad pueda perjudicar la curación del trabajador. Por ello, esta Sala comparte el criterio de la sentencia recurrida manteniendo que no se ha producido la transgresión de la buena fe contractual que justifique el despido del actor, por lo que procede la desestimación de este motivo, confirmando la improcedencia de ese despido.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

**FALLAMOS**



Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por One Fish Two Fish S.L. y Big Jeans S.L. contra la sentencia dictada el 15 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Social número Once de Sevilla , recaída en autos sobre despido, promovidos por D. Andrés contra los recurrentes, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la recurrente al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden -por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios del Sr. Letrado de la recurrida por la impugnación del recurso en cuantía de quinientos euros que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias, según el art. 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Asimismo se advierte al recurrente no exento que, si recurre, deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600 €, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta en la entidad Banco de Santander, en la Cuenta - Expediente nº 4052-0000-35-0918-13, especificando en el campo concepto, del documento resguardo de ingreso, que se trata de un "Recurso".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Sevilla a veintiséis de junio de 2014.