



Roj: **STSJ AR 876/2016 - ECLI: ES:TSJAR:2016:876**

Id Cendoj: **50297340012016100418**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2016**

Nº de Recurso: **504/2016**

Nº de Resolución: **550/2016**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00550/2016

-

CALLE COSO Nº 1

Tfno: 976208361

Fax: 976208405

NIG: 50297 34 4 2016 0104573

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000504 /2016

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000377 /2015

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña QUALYTEL TELESERVICIOS S.A.

ABOGADO/A: PILAR NURIA QUIROS BRONET

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Cirilo

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: PILAR MONTSERRAT SERRANO TRASOBARES

Rollo número 504/2016

Sentencia número 550/2016

P.

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE



En Zaragoza, a quince de julio de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

SENTENCIA

En el recurso de suplicación núm. 504 de 2016 (Autos núm. 377/2015), interpuesto por la parte demandada QUALYTEL TELESERVICIOS SA, contra la **sentencia** dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Zaragoza, de fecha 9 de marzo de 2016 ; siendo demandante D. Cirilo , sobre despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN MOLINS GARCÍA ATANCE.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Según consta en autos, se presentó demanda por D. Cirilo , contra Qualytel Teleservices SA, sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado **sentencia** por el Juzgado de lo Social número 5 de Zaragoza, de fecha 9 de marzo de 2016 , siendo el fallo del tenor literal siguiente:

"Que estimando la demanda formulada por D. Cirilo contra la empresa QUALYTEL TELESERVICIOS SA, declaro la improcedencia del despido efectuado en fecha 22-04-2015, condenando a la empresa demandada a la readmisión del actor en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido 22-04-2015, hasta la fecha de la readmisión a razón de 3966.- euros diarios, o a que le indemnice con 6.37535.- euros, y en todo caso al pago de la cantidad de 70920.-€.- euros, resultando ésta última incrementada con el 10 % de interés por mora".

SEGUNDO .- En la citada **sentencia** y como hechos probados se declararon los del tenor literal:

"PRIMERO.- El actor D. Cirilo , con D.N.I. nº NUM000 , presta sus servicios para la empresa QUALYTEL TELESERVICIOS SA desde el 9-12-2010 con salario diario de 3966.- euros incluida prorrata de pagas extras, con la categoría profesional de Teleoperador Especialista, mediante contrato indefinido y una jornada de 385 horas semanales.

El actor no ha ostentado la condición de representante legal de los trabajadores, ni consta afiliación sindical.

SEGUNDO.- En fecha 22-04-2015 la empresa demandada remitió carta de despido al trabajador, por la que se le comunica su despido con fecha efectos desde el envío la misma por Burofax, de esa misma fecha, por causas disciplinarias, imputándole la empresa vulneración de la buena fe por prestar servicios de **árbitro** en partidos de la liga profesional de fútbol, celebrados fuera de su lugar de residencia, sita en Zaragoza, encontrándose situación de IT, dándose por reproducido el texto íntegro de la carta y documentación adjunta (folios 6 a 26, inclusive).

TERCERO.- Se declara probado que el trabajador se encontraba en IT, por enfermedad común, desde 5-02-2015, recibiendo el alta médica el día 15-05-2015

CUARTO.- Se declara probado que el actor causó situación de IT por diagnóstico de ansiedad, siendo atendido por los servicios médicos de la Mutua ASEPEYO.

QUINTO.- Se declara probado que el actor es **árbitro** de 2ª División B de la Real Federación Española de Fútbol, C.T.A. aragonés, en la temporada 2015-2016.

SEXTO.- Se declara probado que el actor participó en los arbitrajes de los siguientes partidos del campeonato nacional de liga y en las siguientes fechas:

- El 22-02-2015, encuentro UD Logroñés SAD-Real Oviedo SAD, en el estadio municipal "Las Gaunas", de Logroño, de 2ª División B, Grupo I, celebrado a las 17 00 horas, como **árbitro** principal.

- El 8-03-2015, encuentro Sporting de Gijón-UD Las Palmas, en el estadio municipal del Molinón, de Gijón, de 2ª División, celebrado a las 1900 horas, interviniendo como 4º **árbitro**.

- El 15-03-2015, encuentro Club Deportivo Tropezón-Real Murcia Club de Fútbol, en el estadio municipal Santa Ana, de 2ª División B Grupo 1, celebrado a las 17 00 horas, interviniendo como **árbitro** principal.

- El 5-04-2015, encuentro Balompédica Linense-CD Villanovense, en el estadio municipal de La Línea de la Concepción, de 2ª División B, Grupo 4, celebrado a las 1700 horas, interviniendo como **árbitro** principal.

- El 18-04-2015, encuentro Athletic Club de Bilbao-Getafe CF SAD, en el estadio municipal de San Mamés Barria, de Bilbao, de 1ª División, celebrado a las 2200 horas, interviniendo como cuarto **árbitro**.



El actor reconoce haber percibido retribución económica, no concretada, por cada uno los partidos de fútbol, conforme a la categoría arbitral que ostenta.

SEPTIMO.- En fecha 13-03-2014 el actor resultó sancionado por escrito por la empresa demandada por una falta calificada como muy grave, con suspensión de empleo y sueldo de 25 días a hacer efectiva desde el 14-03-2014 hasta el 8-04-2014. Impugnada la sanción por el demandante, se tramitó procedimiento nº 343/2014 del Juzgado de lo Social nº Dos, de Zaragoza, finalizando por Acta de Conciliación de fecha 12-05-2015, manteniéndose la calificación como muy grave y rebajando la sanción de suspensión de empleo y sueldo a 8 días.

OCTAVO.- El actor reclama la cantidad de 7092.-€ en concepto de vacaciones no disfrutadas e incentivos correspondientes a la anualidad de 2014.

NOVENO.- Es de aplicación el Convenio Colectivo Estatal del Sector de Contact Center (BOE 27-07-2012).

DÉCIMO.- Celebrado el preceptivo acto de conciliación ante el SAMA en fecha 13-05-2015, resultó intentado sin avenencia".

TERCERO .- Contra dicha **sentencia** se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado dicho escrito por la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La **sentencia** de instancia declara la improcedencia del despido disciplinario del actor. Este trabajador tenía la categoría profesional de teleoperador especialista de Qualytel Teleservices SA, encontrándose en situación de **incapacidad** temporal, con el diagnóstico de ansiedad, cuando intervino como **árbitro** en cinco partidos de fútbol con la categoría de **árbitro** de segunda división B de la Federación Española de Fútbol. Contra la **sentencia** dictada por el Juzgado de lo Social recurre en suplicación la empresa demandada, formulando el primer motivo al amparo del apartado c) del art. 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), en el que denuncia la infracción del art. 54.2.d) y 20 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y de los arts. 67.4 , 67.6 y 68.3 del Convenio Colectivo estatal del sector de contact center, así como de la doctrina jurisprudencial que cita, alegando, en síntesis, que el arbitraje de cinco partidos de fútbol estando de baja médica por ansiedad constituye un incumplimiento contractual grave y culpable que obliga a declarar procedente el despido disciplinario de este trabajador.

SEGUNDO .- La instauración del recurso de casación para la unificación de doctrina dificultó el acceso al TS de los pleitos en los que se discute si un incumplimiento contractual justifica el despido disciplinario del trabajador, debido al requisito de contradicción exigido por el art. 219.1 de la LRJS . La consecuencia de ello es que existe el riesgo de que se perpetúen pronunciamientos de suplicación divergentes en esta materia entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia. Para evitarlo, respecto de la realización de trabajos durante un proceso de **incapacidad** temporal es dable remontarse a la doctrina jurisprudencial existente, que es anterior a la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Esta doctrina interpretó el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 , del cual es trasunto literal el art. 54 del vigente Estatuto de los Trabajadores , con la única diferencia de la inclusión por la Ley Orgánica 3/2007 de una causa de despido nueva consistente en el acoso laboral. Por tanto, se trata de una doctrina interpretativa de una norma legal que no ha variado. Es cierto que el art. 3.1 del Código Civil establece que las normas deben interpretarse teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Pero no parece que los conceptos de buena fe contractual y abuso de confianza sean distintos en la actualidad de los que había entonces, ni que los "standards" éticos deban ser diferentes en relación con esta concreta cuestión, lo que permite partir de las pautas interpretativas establecidas por el TS en esta materia, en aras a la unificación en la interpretación y aplicación de normas.

La **sentencia** del TS de 22-9-1988 y las citadas en ella sentaron la doctrina de que "no toda actividad desarrollada durante la situación de **incapacidad** laboral transitoria 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". El despido estará justificado 1) cuando la actividad realizada perjudique la curación del trabajador o 2) cuando evidencie que podía desempeñar su trabajo.

TERCERO .- En el supuesto enjuiciado, el hecho de que un teleoperador especialista esté de baja médica por ansiedad no excluye que pueda participar como **árbitro** de fútbol de segunda división B, al tratarse de una actividad eminentemente vocacional y deportiva, sin que se haya probado que pueda perturbar su curación (al contrario, la realización de dicha actividad puede favorecer la superación de su enfermedad psiquiátrica). Tampoco se ha acreditado que haya percibido ninguna cantidad por encima de la compensación por gastos,



no estado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social por su actividad arbitral. Y tampoco se ha acreditado su aptitud laboral, que conllevaría la consiguiente simulación, puesto que se trata de un trabajador con una enfermedad mental que le impide desarrollar su profesión habitual, la cual tiene una exigencia horaria y laboral completamente distinta de la actividad arbitral desarrollada como **árbitro** de segunda división B de fútbol en cinco fines de semana, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto, confirmando la **sentencia** de instancia.

CUARTO .- El art. 233.1 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral se interpretó por el TS (por todos, autos del TS de 21-1-2000, recurso 2142/1997 ; 18-5- 2007, recurso 3265/2004 y 2-7-2009, recurso 3395/2007) en el sentido de que no hay tasación de costas en los recursos extraordinarios laborales, sino determinación discrecional por la Sala de los honorarios cuando hubiera condena en costas. La citada doctrina es aplicable al art. 235.1 de la LRJS , lo que obliga a condenar en costas a la parte recurrente, incluyendo los honorarios del abogado o graduado social de la parte impugnante del recurso de suplicación, fijando su importe, atendiendo a las concretas circunstancias del presente litigio, en la cantidad de 500 euros.

Se condena a la parte recurrente a la pérdida del depósito (art. 204.4 de la LRJS) y de la consignación (art. 204.1 de la LRJS).

En atención a lo expuesto,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación núm. 504 de 2016, ya identificado antes y, en consecuencia, confirmamos la **sentencia** recurrida. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas de su recurso, incluyendo los honorarios del abogado de la parte impugnante del recurso de suplicación, en la cantidad de 500 euros. Se condena a la empresa recurrente a la pérdida del depósito y de la consignación.

Notifíquese esta resolución a las partes con la advertencia de que:

- Contra la misma pueden preparar recurso de casación para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo por conducto de esta Sala de lo Social en el plazo de diez días desde la notificación de esta **sentencia**.
- El recurso se preparará mediante escrito, firmado por Letrado y dirigido a esta Sala, con tantas copias como partes recurridas y designando un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a efectos de notificaciones.
- En el caso de que quien pretendiera recurrir no ostentara la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, o no gozase del beneficio de justicia gratuita, deberá, al momento de preparar el recurso y en el plazo de diez días señalado, consignar la cantidad objeto de condena o formalizar aval bancario por esa cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista; y que al momento de formalizar el recurso de casación, deberá acompañar resguardo acreditativo de haber depositado la cantidad de 600 euros, en la cuenta de este órgano judicial abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), debiendo hacer constar en el campo "observaciones" la indicación de "depósito para la interposición de recurso de casación".

Así, por esta nuestra **Sentencia**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.