



Roj: **STSJ M 4836/2020 - ECLI:ES:TSJM:2020:4836**

Id Cendoj: **28079340042020100294**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/05/2020**

Nº de Recurso: **1045/2019**

Nº de Resolución: **366/2020**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34001360

**NIG:** 28.079.00.4-2019/0018689

**Procedimiento Recurso de Suplicación 1045/2019**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid Despidos / Ceses en general 407/2019

**Materia:** Despido

**Sentencia número: 366/2020**

**Ilmos. Sres**

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D. ENRIQUE JUANES FRAGA

Dña. MARIA DEL AMPARO RODRIGUEZ RIQUELME

En Madrid a veintiuno de mayo de dos mil veinte habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 de Suplicación 1045/2019, formalizado por el LETRADO D. MIGUEL ANGEL FORTEZA GIL en nombre y representación de EMSAL SERVICIOS S.L, contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 407/2019, seguidos a instancia de D. Ezequias contra la recurrente e IKEA IBERICA S.A, en reclamación por Despido, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*"PRIMERO.- El demandante, Ezequias, ha venido prestando sus servicios profesionales por orden y cuenta de la empresa desde 3-10-2016, categoría de limpiador y percibiendo un salario de 13.651,18 euros, incluyendo la prorrata de pagas extras, causando baja laboral el 14-3-2019 por despido disciplinario, comunicado mediante escrito que obra en autos y que se tiene por reproducido en aras de la economía expositiva.*

*SEGUNDO.- Que desde el 17-9-2018 está en situación de IT por baja médica derivada de enfermedad común, con un diagnóstico de sinovitis y tenosinovitis, ganglio de muñeca izquierda. Se extiende un parte de confirmación de baja nº12 y se indica como fecha de revisión el 15-7-2019. Documento nº1 y 5 prueba del demandante*

*TERCERO.-El demandante tiene una página en la red social de Facebook e Instagram, donde cuelga videos, y fotos, acudió a tres enlaces matrimoniales como invitado realizo una grabación y video del enlace, actividad que desarrolla por afición y sin percibir por ella ninguna compensación económica.*

*CUARTO.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación".*

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

*"Que estimando como estimo la demanda de despido formulada por DON Ezequias contra la empresa EMSAL SERVICIOS S.L, debo declarar y declaro la improcedencia del despido efectuado por la empresa, condenando a ésta a que readmita al trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o a que, si así lo manifiesta por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia, le indemnice con la cantidad que de 3085,54 euros supuesto que determinará la extinción de la relación laboral en la fecha del despido; así como, en el caso de proceder a la readmisión, a abonar los salarios devengados desde el despido hasta la efectiva readmisión, por importe diario de 37,40 euros, en el caso de optar por la readmisión se ha de descontar el periodo de incapacidad temporal desde la fecha del despido hasta el alta médica y recordando que en caso de no efectuar la opción en el mencionado plazo, se entiende que procede la readmisión."*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada EMSAL SERVICIOS S.L, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 02/12/2019, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose día 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.-** Recurre en suplicación la empresa demandada contra la sentencia de instancia, que ha declarado la improcedencia del despido del actor de fecha 14-3-19, que la empresa basaba en la realización de actividades como fotógrafo durante la situación de incapacidad temporal. El recurso ha sido impugnado por el demandante.

El primer motivo se ampara en el art. 193.b) de la LRJS para revisar el hecho probado 3º, cuyo tenor literal es el siguiente:

*"El demandante tiene una página en la red social de Facebook e Instagram, donde cuelga videos y fotos, acudió a tres enlaces matrimoniales como invitado realizó una grabación y video del enlace, actividad que desarrolla por afición y sin percibir por ella ninguna compensación económica".*

Propone en su lugar la redacción siguiente:



*"El demandante es fotógrafo autónomo, socio y administrador en King Media y tiene una página en la red social de Facebook, Instagram y LinkedIn, donde cuelga videos y fotos. Acudió a tres enlaces matrimoniales y realizó una grabación y video del enlace, utilizando para ello un helicóptero, varias cámaras de uso profesional y varias pértigas las cuales manejaba con ambas manos".*

Para ello la recurrente cita el documento nº1, que es la carta de despido, y el documento nº 30 que es un pendrive aportado por la empresa, conteniendo varios videos.

No es posible acceder a la revisión, ya que la carta de despido no es un documento idóneo ni concluyente, puesto que su contenido es precisamente el objeto de la prueba que, por otros medios, ha de llevar a cabo la empresa ( art.105 LRJS). Y tampoco son idóneos los medios audiovisuales de grabación de palabras, sonidos e imágenes, y los instrumentos de archivo y reproducción de palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas ( art. 299.2 LEC), a efectos de los motivos de revisión de hechos probados del art. 193.b) LRJS, ya que no son asimilables a prueba documental, pues con arreglo a la vigente LEC estos medios de prueba tienen un tratamiento y regulación propios, como han resuelto las sentencias del TS en unificación de doctrina de fecha 16-6-11 rec. 3983/2010 y 26- 11-12 rec. 786/2012, entre otras. Por ello se desestima el motivo.

**SEGUNDO.-** En el segundo y último motivo, con amparo en el art. 193.c) de la LRJS, se alega la infracción del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, así como del art. 50.3.c) del convenio colectivo de limpieza de edificios y locales, invocando asimismo sentencias de esta Sala de Madrid de 3-6-16 y 10-2-17.

Sostiene la recurrente que los actos efectuados por el trabajador durante la asistencia a los enlaces matrimoniales son incompatibles con la dolencia de tenosinovitis que padece en su mano izquierda, de la que hace uso sin aparente molestia alguna, evidenciando aptitud laboral para el desempeño de sus funciones como limpiador. Añade que según el documento 5 de la parte actora, folio 106, informe de alta de 15-4-19, el actor "no se alimenta solo", por lo que resultaría imposible realizar las funciones de fotógrafo y en cambio, no poder llevar a cabo las de limpiador en la empresa. Por fin, agrega que el actor viene percibiendo no solo la prestación de IT de la Seguridad Social sino el complemento hasta el 100% con cargo a la empresa.

Como ha señalado la jurisprudencia, no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal constituye trasgresión de la buena fe contractual y es sancionable con 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 alargar la duración de la enfermedad, o bien evidencia la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa y de la Seguridad Social ( sentencias del TS de 24 julio 1990 y 18 diciembre 1990, entre otras).

El trabajador no debe realizar actividades que estén contraindicadas respecto de su dolencia y puedan prolongar su enfermedad o agravarla o comprometer su curación; y si lleva a cabo actividades o movimientos semejantes a los que exigiría su quehacer laboral, se pone de manifiesto que al igual que se halla en condiciones de llevar a cabo aquéllos, también podría desempeñar su puesto de trabajo en la empresa; y de esta forma se evidencia que existe una aptitud laboral real, aunque el trabajador se halle en situación de baja por incapacidad temporal, en cuyo caso el trabajador debería solicitar el alta médica.

Por el contrario, si la actividad cuestionada no guarda relación con las exigencias o requerimientos del puesto de trabajo, y con aquella no se pone en riesgo la curación, entonces no cabría efectuar reproche alguno a la conducta del trabajador.

A los efectos de la calificación del comportamiento, no es decisivo el dato de que la actividad realizada durante la incapacidad temporal sea por cuenta ajena o propia, ni si es onerosa o gratuita.

En el presente caso, el demandante tiene la categoría de limpiador. Está de baja por incapacidad temporal desde el 17-9-2018 con un diagnóstico de sinovitis y tenosinovitis, ganglio de muñeca izquierda. Se extendió el parte de confirmación nº 12 que señalaba como fecha de revisión el 15-7-19. Fue despedido el 14-3-19. La actividad acreditada es la siguiente, al haberse rechazado la revisión fáctica: *"El demandante tiene una página en la red social de Facebook e Instagram, donde cuelga videos y fotos, acudió a tres enlaces matrimoniales como invitado realizó una grabación y video del enlace, actividad que desarrolla por afición y sin percibir por ella ninguna compensación económica".*

Aun sin haberse modificado el hecho probado, la realización de grabaciones y videos de enlaces matrimoniales, sin ánimo de lucro, es una actividad que exige la utilización de ambas manos con cierto grado de tensión y esfuerzo y no resulta compatible, en principio, con la dolencia de la muñeca izquierda, por lo que cabe concluir que se pone en riesgo la curación; y si el demandante pudiera realizar tal actividad sin molestia alguna, en tal caso podría asimismo realizar las funciones de limpiador. Ya se ha dicho que no es determinante el dato de si el trabajador obtiene o no un lucro por esta actividad, y cabe añadir que en este caso, grabación de enlaces matrimoniales, es razonable presumir que se espera un resultado de la mayor calidad, equiparable al



profesional, de tal forma que quien lo va a llevar a cabo se está comprometiendo a hacerlo en las mejores condiciones sin escatimar medios ni esfuerzos.

Por todo ello se ha de concluir que la conducta del demandante ha incurrido en transgresión de la buena fe contractual y procede la estimación del recurso de la empresa y la revocación de la sentencia de instancia al haberse infringido los preceptos citados, para dictar en su lugar un fallo desestimatorio de la demanda y absolutorio para la recurrente, con devolución del depósito y consignación efectuados para recurrir, una vez sea firme esta sentencia, de conformidad con el art. 203.1 LRJS.

Por todo lo razonado, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación entablado por EMSAL SERVICIOS S.L, contra la sentencia de fecha 30 de julio de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 09 de Madrid en sus autos número Despidos / Ceses en general 407/2019, seguidos a instancia de D. Ezequias contra la recurrente e IKEA IBERICA S.A, revocamos dicha sentencia y en su lugar desestimamos la demanda de la parte actora y absolvemos a la empresa demandada de todas sus pretensiones. Se devolverá a la recurrente el importe del depósito y consignación efectuados para recurrir, una vez sea firme esta sentencia. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-1045-19, que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA*", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000104519 ), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

## PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.