



Roj: **STSJ AND 3867/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:3867**

Id Cendoj: **41091340012019101326**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **29/05/2019**

Nº de Recurso: **1590/2018**

Nº de Resolución: **1402/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1590/2018-B Sent. Núm. 1402/2019

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA**

**SALA DE LO SOCIAL**

**SEVILLA**

**ILMOS. SRES.**

**D. EMILIO PALOMO BALDA**

**D. FRANCISCO DE LA CHICA CARREÑO**

**D. JESUS SANCHEZ ANDRADA**

En Sevilla, a 29 de mayo de 2019.

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 N° 1402/2019**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Florencio contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Ceuta, autos nº 253/2017; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON EMILIO PALOMO BALDA.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Según consta en autos, se presentó demanda por D. Florencio contra Áridos y Transportes del Estrecho, S.A., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 09/02/2018 por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

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

" I .- D. Florencio ha venido prestado servicios en la empresa Áridos y Transportes del Estrecho S.A desde el 6 de noviembre de 1989 y un salario bruto con inclusión pagas extraordinarias a efectos de despido de 124'59 euros diarios. Además, el Sr. Florencio junto con el resto de sus cuatro hermanos y su madre es socio accionista de la entidad demandada.

El objeto social de la referida sociedad es el transporte de toda clase de mercancías y materiales para obras, bien por medios propios o arrendados; excavación de terrenos, demolición de edificios, la realización de proyectos de toda clase de obras en construcciones de edificios de hormigón o de cualquier clase de materiales explotación de canteras, planta de machaqueo, planta de fabricación de toda clase hormigones, bien con medios propios o con bienes arrendados, alquiler de camiones y toda clase de maquinaria para



obras, importación, exportación, distribución y venta de cualquier forma de mercaderías, materias primas, manufacturas, artículos terminados y semiterminados, adquisición de bienes muebles inmuebles maquinaria necesaria, mantener relaciones con determinados señores, militares, ministerios, intervenía en la planificación del trabajo con el reparto de la maquinaria para atender al cliente, distribución entre los trabajadores de las funciones realizadas, controlaba el trabajo realizado por los mismos en la propia obra y realizaba un estudio de las obras para ofertar sus servicios.

**II** .- Se formuló reclamación para el abono de unos salarios debidos por el demandante y su hermano, Hilario , contra el entidad demandada, mediante papeleta el 18 de mayo de 2017, celebrándose el 14 de junio de 2017, con el resultado de avenencia.

**III**.- El 18 de noviembre de 2016, el actor junto a su hermano, Hilario , presentó demanda contra la sociedad demandada, en la que se reclamaba el abono de unas cantidades debidas y el reconocimiento de la vinculación laboral de éstos con la empresa. En la conciliación celebrada el 25 de abril de 2017, las partes llegaron a un acuerdo, reconociendo la sociedad todos los pedimentos dirigidos contra ella.

**IV**.- El 16 de noviembre de 2016, el demandante fue sancionado como autor de una falta grave, prevista en el artículo 46.4 del Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías para la Ciudad de Ceuta , que castiga la "desobediencia a las órdenes e instrucciones del empresario en cualquier materia del trabajo, incluido el control de asistencia, así como no dar cumplimiento a los trámites administrativos que sean presupuesto o consecuencia de la actividad que ha de realizar el trabajador". Dicha sanción fue confirmada por sentencia de 11 de septiembre de 2017.

**V**.- Desde el 25 de noviembre de 2016 hasta el 5 de junio de 2017, el demandante estuvo en situación de IT por un estado de ansiedad. Su hermano, D. Hilario , que también fue sancionado ese día, también estuvo en situación de IT, por un período similar.

**VI**.- El actor junto con su hermano, Hilario , son los dos únicos socios de la entidad Excavaciones Norte de África S.L, cuyo objeto social, al menos parcialmente es la realización de excavaciones en las obras mediante la utilización de maquinaria, siendo coincidente, por tanto, con el de Árido y Transportes del Estrecho S.A, en ese aspecto. En el momento en el que se produjeron los hechos, dicha Sociedad estaba desarrollando tres obras en distintos sitios de la ciudad de Ceuta como consecuencia de contratos suscritos con la entidad DRAGADOS S.A.

**VII** .- El 29 de noviembre de 2016, el actor y su hermano, Hilario , otorgaron un poder en que nombraban a Javier como representante de la entidad Excavaciones Norte de África S.L para intervenir en determinadas actuaciones en nombre y representación de las referida entidad. Dicho poder se ha incluido en los autos y se da por reproducido (doc. 11 de la demanda) .

**VIII**.- El martes día 28 de marzo de 2017, sobre las 11:00 horas, el demandante acudió a una obra desarrollada por la empresa Excavaciones Norte de África S.L, se bajó del automóvil y estuvo varios minutos hablando con un operario de su empresa.

El miércoles 29 de marzo de 2017, siendo las 18:21 horas, acudió a la obra de la empresa E.N.A mantenía en las inmediaciones de la calle Galea. Hablando con varios de los trabajadores de la empresa.

El jueves 30 de marzo de 2017, sobre las 9:16 horas acudió a la obra de la empresa de la que es socio y administrador mantiene en la calle Galea, hablando con uno de los trabajadores de la misma.

El viernes 31 de marzo de 2017, a las 10:35 horas, estacionó el vehículo que conducía en las inmediaciones de la calle Galea, se dirigió a pie a la obra que se encuentra en esta zona y con documentación en la mano, mantuvo una reunión con uno de los trabajadores de la entidad E.N.A.

El martes 4 de abril de 2017, sobre las 12:42 horas, se dirigió junto a su hermano Hilario , a la oficina de la empresa DRAGADOS S.A, entidad con la que la empresa E.N.A mantiene relaciones comerciales, permaneciendo media hora aproximadamente su interior.

El jueves día 6 de abril de 2017, sobre las 16:50 horas, acudió a la obra en la empresa de la que es socio y administrador estaba desarrollando en la zona de Barriada de Postigo, reuniéndose con varios de los trabajadores de la misma.

El jueves 27 abril de 2017, sobre las 17:42 horas, acudió en vehículo a la calle Galea, se apeó del vehículo y se reunió con un operario de la empresa E.N.A.

El viernes día 28 de abril de 2017, sobre las 8:22 horas, volvió a acudir a la obra antes referida, donde estuvo durante varios minutos en el interior de la misma.



El martes, 2 de mayo de 2017, sobre las 17:21 horas, volvió a la obra situada en la calle Galea, donde se apeó del vehículo y se reunió durante varios minutos con uno de los operarios que allí prestará los servicios.

El miércoles día 3 de mayo de 2017, acudió a las 9:46 horas, a la obra situada en la calle Galea, apearse del vehículo habló con uno de los trabajadores. Volvió a las 16:26 horas, a dicha obra, y sin apearse al vehículo volvió a hablar con uno de los trabajadores.

El lunes 8 mayo de 2017, sobre las 7:48 horas, acudió a las inmediaciones del Muelle de la Puntilla, donde se reunió, junto a su hermano Hilario con cinco trabajadores de la empresa E.N.A.

El martes 9 de mayo de 2017, sobre las 7:48 horas, acudió junto con su hermano a las inmediaciones del Muelle de la Puntilla, donde se reunió con los empleados de la empresa E.N.A donde les entregó a cada uno de ellos una documentación y se marchó del lugar en compañía de su empleado, el Sr. Miguel . Sobre las 17:28 horas, se acercó a la obra situada en la calle Galea, realizando desde su vehículo una visualización de la obra.

El miércoles 10 de mayo de 2017, sobre las 7:47 horas, acudió al Muelle de la Puntilla, donde mantuvo una reunión con los empleados de la empresa E.N.A, portando documentación en la mano. Ese mismo día a las 12:20 horas, acudió junto con su hermano, Hilario a la obra de la calle Galea, reuniéndose durante varios minutos con el trabajador de la referida sociedad que estaba utilizando en ese momento la máquina excavadora.

El jueves, día 11 de mayo de 2017, sobre las 7:44 horas, acudió nuevamente al Muelle de la Puntilla, donde volvió a reunirse con sus trabajadores, reunión que duró varios minutos, entregando a cada uno de ellos unos documentos. Sobre las 12:43 horas, acudió nuevamente a la calle Galea, donde sin apearse del mismo mantuvo una conversación con dos de los trabajadores y que se encontraban en la obra. A las 16:54 horas, fue nuevamente a la indicada obra, sea apeó del mismo, se colocó un casco de color blanco, entrando en la obra donde permaneció hasta las 17:01 horas.

El viernes, día 12 de mayo de 2017, sobre las 7:41 horas acude al muelle de la Puntilla, donde volvió a reunirse con los trabajadores de su empresa, conversa con ellos durante varios minutos y se produjo un intercambio de documentación.

**IX.-** Por los hechos antes indicados se remitió el 26 de mayo de 2017 carta de despido, al entender que los mismos acreditaban que el periodo de IT era fraudulento, evidenciando la capacidad laboral del trabajador y entendiendo que dicha conducta era constitutiva de una falta muy grave, prevista en el artículo 47.5 del Convenio Colectivo de aplicación. Dicha carta se encuentra incorporada a las actuaciones (doc. 3 de la prueba documental de la demandada), dándose por reproducida.

Código Seguro de Verificación NUM000

**X.-** El Convenio aplicable es el Convenio Colectivo de Transporte de Mercancías de Ceuta publicado en el BOCCE el 25 de noviembre de 2011.

**XI.-** El 1 de junio de 2017 se presentó la papeleta de conciliación, que tuvo lugar el 21 de junio de 2017 que se tuvo por intentada sin avenencia.

**XII.-** El actor no ostenta la cualidad de representante legal de los trabajadores. "

**TERCERO :** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que ha sido impugnado por la parte demandada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. I-** El actor del proceso ha venido prestando servicios para la mercantil demandada, constituida con su madre y cuatro hermanos, una de cuyas actividades principales consiste en efectuar excavaciones en obras, desempeñando funciones de relación con los clientes, formulación de ofertas, y organización y control del personal en los tajos. Desde el 25 de noviembre de 2016 hasta el 5 de junio de 2017 permaneció en situación de incapacidad temporal con el diagnóstico de estado de ansiedad y el 26 de mayo de 2017 fue despedido por las actividades desarrolladas constante el mencionado proceso.

**II.-** El órgano instancia estimó probado que el demandante, durante los días 28 a 31 de marzo, 6 y 26 a 28 de abril, y 2, 3 y 8 a 12 de mayo, todos ellos de 2017, se desplazó a las obras que llevaba a cabo una sociedad dedicada a la realización de excavaciones que regenta conjuntamente un hermano para mantener contactos o reuniones con los operarios - en algunas fechas en varias ocasiones -, y que el día 4 de abril de 2017 acudió a las oficinas de la empresa adjudicataria de las obras. Partiendo de esa premisa fáctica llegó a la conclusión de que el actor estaba en condiciones de llevar a cabo su actividad laboral en el período de baja



y que la misma fue obtenida de forma fraudulenta habida cuenta de que las tareas desempeñadas fueron muy similares a las ejecutadas para la demandada, incurriendo en la falta muy grave de trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza tipificada en el art. 47.5 del Convenio Colectivo de transportes de la ciudad de Ceuta, susceptible de justificar el despido, por lo que apreciando la debida proporción entre el incumplimiento acreditado y la sanción impuesta declaró su procedencia y desestimó la demanda.

**SEGUNDO. - I.-** Contra dicho pronunciamiento se alza en suplicación el trabajador siguiendo la vía que ofrece el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social formulando un primer y único motivo fundado en la infracción de los arts. 54.2.d) y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia recaída en su aplicación. Denuncia que articula en tres alegaciones referidas a la índole de la enfermedad determinante de la baja, a las actuaciones desplegadas durante el período de incapacidad temporal, y a las funciones efectuadas en cada empresa, con las que pretende llevar a la Sala al convencimiento de que carecía de aptitud para consumir la actividad laboral por cuenta ajena y que su actuación no era incompatible con la continuidad de la baja médica.

**II.-** Antes de dar respuesta concreta a la denuncia formulada conviene recordar la doctrina elaborada específicamente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en relación a la trascendencia disciplinaria de la conducta consistente en ocuparse de quehaceres profesionales, sea por cuenta propia o ajena, durante la situación de incapacidad temporal. Y es que en el supuesto de autos las actividades realizadas por el actor revisten una clara naturaleza laboral como argumenta convincentemente la Juzgadora en el fundamento de derecho segundo de su sentencia tras el visionado de las grabaciones aportadas por el detective privado contratado por la empresa, en términos que no han sido impugnados directamente en el recurso y que esta Sala comparte.

Pues bien, en lo que respecta a comportamientos de esa índole, el criterio jurisprudencial es notablemente más riguroso que cuando la dedicación del trabajador lo es a actividades comprendidas en el ámbito de la vida cotidiana o que se corresponden con las meras relaciones personales, familiares o sociales, de lo que son exponentes las sentencias que a continuación se citan que a pesar de su fecha establecen una doctrina que sigue vigente.

Así, en la sentencia de 22 de diciembre 1986, el Alto Tribunal sostiene lo siguiente: "1) Trabajar, estando en situación de baja por enfermedad entraña, en principio, una conducta que además de ser constitutiva de fraude a la Seguridad Social representa una dolosa y grave transgresión de la buena fe contractual que justifica el despido. 2) A estos efectos es indiferente que la actividad esté o no remunerada, que sea por cuenta propia o ajena, así como su mayor o menor intensidad o frecuencia dado que con ello se incumple un deber básico respecto a la empresa y se produce un lucro en perjuicio de fondos públicos. 3) El contrato de trabajo por su específica naturaleza está situado en una posición singular en la que la buena fe y lealtad recíprocas, adquieren un particular sentido y trascendencia".

En esa misma línea, la sentencia de 12 de julio de 1990 (Rec. 976/89) señala 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 según viene reiterando la Sala, pues el incapacitado temporalmente, debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, en este caso terminantes en el sentido de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que en el supuesto, que no es el de autos, 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".

Por su parte, las sentencias de 23 de julio y 18 de diciembre de 1990 razonan que "si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa 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".

**III.-** A la luz de las pautas expuestas la ponderación conjunta del carácter y frecuencia de las actividades desarrolladas por el actor durante la baja y del tipo de dolencia que la determinó y su tratamiento fuerzan a concluir que su proceder debe integrarse en el ámbito de la transgresión de la buena fe contractual sancionable con el despido.

En lo que atañe al tipo de actividades laborales efectuadas por el actor en el período comprendido entre el 28 de marzo y el 12 de mayo de 2017 en que fue objeto de vigilancia por un detective contratado por la demandada, se observa que el mantenimiento de contactos y reuniones y la transmisión de instrucciones, a pié de obra, a los operarios de la empresa de la que es copropietario, al igual que la visita a las oficinas de la constructora



comitente, son labores de responsabilidad, dirección y organización, coincidentes en gran medida con las que llevaba a cabo por cuenta de la demandada, identidad que no resulta desvirtuada por la diferente naturaleza jurídica de la relación mantenida con una y otra.

Por lo que respecta a la frecuencia de la conducta cabe señalar que la misma se reiteró 15 días en total, lo que excluido los descansos semanales y los festivos, representa la mitad de los días laborables del tiempo en el que permaneció sometido a observación, a lo que se une que en algunas fechas el demandante incurrió en ese comportamiento en más de una ocasión. Este dato no pierde relevancia a efectos disciplinarios por la mayor o menor duración de cada una de las visitas a las obras, pues lo decisivo a tal fin es que muestra que el actor estaba en condiciones psíquicas de codirigir su propia empresa y, por ende, de desarrollar su quehacer asalariado.

Pasando al padecimiento que motivó la baja consistió en un estado de ansiedad que no consta tuviese relación con el trabajo prestado por cuenta ajena - lo que no se puede deducir del mero hecho de que siete días antes el actor hubiese formulado una reclamación laboral contra la empresa y hubiese sido sancionado por una falta grave de desobediencia -, y que no se alega ni acredita requiriese tratamiento alguno.

En definitiva, la realización habitual de las actividades reseñadas durante un lapso de tiempo significativo pone de manifiesto de forma clara e indubitada que entre el 28 de marzo y el 12 de mayo de 2017 el trastorno de ansiedad causante de la baja laboral iniciada el 25 de noviembre de 2016 había remitido, no apreciándose razón alguna para que el trabajo desarrollado en ese período en favor de la mercantil en la que participaba como socio al 50 % no lo hubiese llevado a cabo por cuenta de la empresa demandada en lugar de prolongar de un modo ficticio una situación de incapacidad laboral ya superada.

Resta señalar que en la conducta descrita concurren las notas de gravedad y culpabilidad exigibles para calificar de procedente un despido. La primera se hace presente a través de su repetición y persistencia en el tiempo. En cuanto a la segunda, el actor actuó de forma consciente y voluntaria, no existiendo ninguna circunstancia que pueda operar como atenuante.

**TERCERO.-** De cuanto antecede se infiere que la sentencia de instancia no incurrió en la infracción que se le imputa, lo que nos lleva a desestimar el recurso de suplicación formulado por el demandante, sin que haya lugar a imponerle las costas causadas al gozar del beneficio de justicia gratuita y no apreciarse temeridad o mala fe en su actuación procesal ( art. 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Florencio contra la sentencia de fecha 9 de febrero de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Ceuta en los autos nº 253/2017, seguidos a su instancia frente a Áridos y Transportes del Estrecho, S.A., sobre Despido y, en consecuencia, confirmamos la resolución impugnada.

No se efectúa condena en costas.

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, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS; así como que, transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase 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.