



Roj: **STSJ PV 648/2008 - ECLI:ES:TSJPV:2008:648**

Id Cendoj: **48020340012008100481**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **01/04/2008**

Nº de Recurso: **279/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: **279/2008**

N.I.G. 48.04.4-07/005479

SENTENCIA Nº:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a uno de abril de dos mil ocho.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. EMILIO PALOMO BALDA y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRON OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos Francisco , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Bilbao, de fecha veintiocho de septiembre de dos mil siete , dictada en los autos núm. 538/07, seguidos a su instancia, frente a J.L. FRENCH ANSOLA S.R.L., sobre Despido (DSP).

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1).- D. Carlos Francisco , ha mantenido una relación laboral con la empresa J.L. French Ansola, S.R.L., ostentando la categoría profesional de Encargado, con una antigüedad de 20 de junio de 1978, percibiendo un salario mensual de 3.221,50 euros, con inclusión de parte proporcional de pagas extras.

2).- La empresa, con fecha de 25 de junio de 2007, ha procedido a notificarle una carta de despido disciplinario, con efectos desde el mismo día, que tiene el siguiente tenor literal:

"Muy Señor mío:

Una vez concluido el plazo de cinco días que se concedió el pasado día 4 de junio tanto al Comité, como a la Sección Sindical de L.A.B., y a usted mismo, a la vista del escrito presentado conjuntamente por usted y L.A.B., y una vez contrastada la información de la que disponemos, resultan acreditados los siguientes hechos:

-Que usted permaneció en situación de Incapacidad Temporal desde el 02-04-07 hasta el 15-05-07, diagnosticado de lumbociatalgia.



- Que su médico de cabecera le recomendó como parte del tratamiento caminar, lo que debería hacer progresivamente con mayor intensidad a medida que los síntomas mejorasen.
- Que encontrándose de baja médica, el día 29 de Abril participó en la prueba de marcha "Ondárroa-Ondárroa", de 14 horas de recorrido.

-Que encontrándose de baja médica, el día 13-05-07 participó y ganó una marcha cronometrada de 25 kilómetros por un itinerario de montaña en la que participaron 156 montañeros.

De los anteriores hechos, la Dirección de la Empresa ha llegado a las siguientes conclusiones:

- a) Que una cosa es caminar con menor o mayor intensidad para mejorar un problema de lumbociatalgia, y otra muy distinta competir en pruebas deportivas en las que se deben cubrir largas distancias, e incluso subir montes.
- b) Que el que usted participara en ese tipo de carreras deportivas, ganando una ellas, evidencia que su situación física no le impedía trabajar, ya que el esfuerzo que realiza en su puesto de trabajo de Encargado es muchísimo menor al desarrollado en cualquiera de estas pruebas.
- c) Que según informe facilitado por la Mutua Universal la participación en pruebas deportivas de gran exigencia física no sólo no mejora la curación de un proceso de lumbociatalgia, sino que lo perjudica.
- d) Consecuencia de todo ello es que, o bien usted ha prolongado ficticiamente su situación de Incapacidad Temporal por lumbociatalgia cuando ya se encontraba curado de la misma, o si no lo estaba, ha puesto en grave riesgo su recuperación al realizar unos esfuerzos físicos incompatibles con cualquier tratamiento rehabilitador.

Por todo ello la Dirección de la Empresa considera que los hechos descritos constituyen un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales previsto en el apartado d) del artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como en los apartados c) y d) del nº 2.3 relativo a las faltas muy graves del Anexo de Régimen Disciplinario del Convenio Colectivo Provincial para la Industria Siderometalúrgica de Bizkaia, por lo que hemos decidido sancionarle con despido.

La fecha de efectos del presente despido será la del día de hoy, 25 de Junio de 2007.

Sin otro particular, atentamente le saludo.

3).- El demandante sufrió un episodio agudo de lumbociatalgia, el día 2 de abril de 2007, permaneciendo en situación de incapacidad temporal, hasta el 15 de abril de 2007, en donde con antelación a la fecha de confirmación acudió a su médico de cabecera para que le diese el alta médica y poderse reincorporar a su trabajo.

4).- D^a. Marcelina, ha sido la facultativa de Osakidetza que ha seguido la sintomatología del trabajador y su situación de I.T., y le aconsejó al trabajador como terapia de rehabilitación, y una vez superada la fase aguda de dolor, el caminar, progresivamente, con mayor intensidad a medida que los síntomas mejorasen.

El trabajador tras el cuadro agudo de dolor y mientras estuvo en situación de I.T., andaba todos los días por espacio de 3 ó 4 horas por terreno montañoso.

Así mismo, los partes de confirmación de baja, los otorgaba la facultativa, según las "referencias" que sobre la evolución del dolor le hacía el demandante.

5).- La empresa complementa el subsidio de I.T., por enfermedad común del trabajador, hasta alcanzar el 100% del sueldo.

6).- Tras Resonancia Magnética practicada al trabajador el 10 de abril de 2007, se le objetivaron, las siguientes lesiones: cambios de discopatía degenerativa en los cuatro últimos discos lumbares, apreciando en L2-L3, L3-L4 y L4-L5 protusiones circunferenciales globales leves, sin hernias, ni compromiso foraminal significativo.

En L4-L5 se aprecia una protusión global más extensa, con ocupación parcial laterofoaminal bilateral asociada, aunque sin contacto radicular evidente asociado.

7).- El demandante se tuvo que retirar de la prueba Ondarroa-Ondarroa, porque esa noche no había dormido bien, y no se encontraba bien físicamente.

8).- El demandante participó y ganó la prueba de Etxebarri, con recorrido de 25 km. en terreno montañoso, con subida a 3 montes, invirtiendo un tiempo de 3 horas y 20 minutos.

9).- El trabajador no ha ostentado cargo de representación legal de los trabajadores.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Desestimo la demanda interpuesta por D. Carlos Francisco contra la empresa J.L. French Ansola, S.R.L., y, en consecuencia, debo absolver a la



demandada de cuantos pedimentos se deducían en el suplico de la misma, declarando la procedencia del despido operado y notificado por carta de 25 de junio de 2007, con los efectos legales inherentes al mismo, entre ellos el derecho a no percibir indemnización alguna ni salarios de trámite desde su efectividad.

TERCERO.- Con fecha 22 de octubre de 2007 se dictó auto de aclaración de la citada sentencia cuya parte dispositiva dice: el hecho probado tercero y el fundamento jurídico segundo, en sus párrafos noveno y decimocuarto, quedarán redactados de la siguiente forma, respectivamente:

"El demandante sufrió un episodio agudo de lumbociática, el día 2 de abril de 2007, permaneciendo en situación de incapacidad temporal, hasta el 15 de Mayo de 2007, en donde con antelación a la fecha de confirmación acudió a su médico de cabecera para que le diese el alta médica y poderse reincorporar a su trabajo."

"... se encontrase en óptimas condiciones para participar en una prueba tan exigente como la de Etxebarria tan sólo dos días más tarde ..."

"... cuando se apresuró al día siguiente a acudir a su médico de cabecera a que le diese el alta médica, cuando dos días antes, esto es el día 11 de mayo, no lo había hecho, precisamente para mantenerse en esa situación".

CUARTO.- Frente a la indicada sentencia, el actor interpuso recurso de suplicación, que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la comunicación escrita de despido transcrita en el ordinal segundo de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada, se imputó al actor, que desde el año 1978 prestaba servicios para la hoy recurrida con la categoría profesional de encargado, haber participado en dos pruebas deportivas mientras se encontraba en situación de baja médica por lumbociatalgia. El órgano de instancia considera probado que el demandante intervino en la primera de las citadas competiciones, retirándose en el transcurso de la misma al no encontrarse en buenas condiciones físicas como consecuencia de haber dormido mal la noche anterior, y ganó la segunda, que discurría por un itinerario de montaña de 25 kms., invirtiendo 3 horas y 20 minutos, pero, además, en el apartado cuarto del relato histórico añade que durante el período de incapacidad temporal, caminaba 3 o 4 horas diarias por terreno montañoso. A partir de estos hechos, y con apoyo en la doctrina jurisprudencial sobre este tipo de incumplimientos, el juzgador declara procedente el despido por entender que la actuación descrita supone una grave trasgresión de la buena fe contractual.

SEGUNDO.- El trabajador demandante funda su recurso en tres motivos. En el primero propone la revisión de los hechos probados al objeto de añadir al numerado cuarto de la resolución judicial las recomendaciones realizadas por la facultativa del Servicio Vasco de Salud que le atendió durante el proceso de incapacidad temporal, así como la opinión que expuso en el acto del juicio en el sentido de que la actividad de andar, subir y bajar por el monte y la participación en la prueba de 25 kms. no perjudicaron su curación. Los otros dos están dedicados al examen del derecho: el último en el orden del recurso alega que el juzgador no se ha atendido a las reglas de la sana crítica a las que alude el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al hacer caso omiso del criterio de la mencionada profesional, coincidente con el del perito que depuso a su instancia, y optar por el del médico de la Mutua. En el restante denuncia infracción del artículo 54.1.b) del Estatuto de los Trabajadores - cita que debemos entender hecha al apartado 2 d) de ese mismo precepto aplicado en la sentencia -, y de la jurisprudencia que invoca, argumentando, en síntesis, que se limitó a seguir las indicaciones de su médico de cabecera, que las actividades señaladas no afectaron negativamente a la recuperación de la aptitud laboral, antes al contrario, y que actuó de buena fe, sin que pueda olvidarse su antigüedad en la empresa.

TERCERO.- Oportuno es recordar, antes de nada, que los hechos consignados en la carta de despido tienen la virtualidad de condicionar los términos de la controversia procesal y delimitar el contenido de la sentencia en lo que a la justificación de la sanción disciplinaria se refiere, de forma que el órgano judicial no puede admitir la invocación en el juicio de imputaciones distintas de los que consten en la referida comunicación, ni fundar la procedencia del despido en circunstancias fácticas que no aparezcan consignadas en ella. Tal puntualización es necesaria por cuanto la sentencia impugnada ha sobrepasado los límites marcados por los artículos 105.2 y 108.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al sustentar su fallo en hechos no recogidos en la carta de cese, en la que no se invocaba como determinante de la decisión extintiva la marcha diaria y prolongada por terrenos montañosos, sino que lo que se le imputaba y reprochaba al actor como determinante del despido, era la participación en dos concretas pruebas deportivas.

La consecuencia que de ello deriva es que al enjuiciar la conducta del trabajador y determinar si la misma integra o no el incumplimiento tipificado en el artículo 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores, la Sala sólo pueda tomar en consideración los hechos imputados en la carta de despido, efectivamente acreditados. No es obstáculo para ello que el escrito de recurso no haya denunciado tal discordancia, pues el planteamiento del



segundo motivo y los términos imperativos del artículo 108.2 de la norma procesal laboral nos obliga a valorar únicamente los hechos recogidos en la carta que contiene la manifestación de voluntad sancionadora de la empresa, que la sentencia declara probados, y no otros distintos, aunque hayan sido apreciados y ponderados por el juzgador de instancia.

CUARTO.- Sentado lo precedente y entrando en el examen del motivo de revisión fáctica, la primera de las adiciones solicitadas por el actor resulta innecesaria pues en el tercero de los hechos probados de la sentencia ya se recoge la recomendación efectuada por la facultativa del Servicio Vasco de Salud que intervino en la vista en condición de testigo-perito, para que, "una vez superada la fase aguda de dolor, caminase progresivamente con mayor intensidad a medida que los síntomas mejorasen". Tampoco puede prosperar la segunda, que no trata de incorporar circunstancias de hecho sino apreciaciones subjetivas de la referida facultativa, impropias de figurar en el apartado histórico de la sentencia que, además, resultan contradichas por las realizadas por la doctora de la Mutua, por las que optó el juzgador, cuyo criterio de valoración pretende sustituir el recurrente por el suyo propio con argumentos que la Sala no comparte.

QUINTO.- Igual suerte adversa ha de seguir el motivo que denuncia la infracción del artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Al considerar, en base al informe de la médica de la Mutua, que la marcha y la carrera por terrenos irregulares resultaban contraindicadas para la recuperación del demandante y desechar "las interesadas declaraciones de los testigos-peritos" que depusieron a su instancia, el juzgador no infringió las reglas de la sana crítica que como módulo valorativo establece el precepto citado, pues la conclusión de que un trabajador que está de baja por lumbociatalgia, en relación con un proceso degenerativo detectado en la prueba de imagen realizada ocho días después de la emisión del parte correspondiente, no debe participar en competiciones deportivas de las características anteriormente reseñadas no incide en error ostensible y notorio, ni es absurda o arbitraria y tampoco contradice, antes al contrario, las reglas de la común experiencia, máxime cuando el criterio opuesto lo mantiene una facultativa que decidió seguir emitiendo partes de confirmación de baja para una actividad cuyos requerimientos físicos y eventuales riesgos son muy inferiores a las que conlleva la práctica del deporte de competición.

SEXTO.- La cuestión central que plantea el recurso se ciñe a determinar si la participación del actor en una prueba de marcha y en una carrera de montaña los días 29 de abril y 13 de mayo de 2007, en que se hallaba en situación de incapacidad temporal por una crisis de lumbociatalgia, constituye una trasgresión grave y culpable de la buena fe contractual sancionable con el despido.

Para su resolución conviene tener en cuenta los criterios utilizados por la jurisprudencia social para valorar el alcance disciplinario de la conducta consistente en realizar actividades deportivas en el curso de un proceso de incapacidad temporal.

Al respecto, de las sentencias de 19 de octubre de 1983 (RJ 5102), 14 de julio de 1986 (RJ 4116) y 4 de octubre de 1988 (RJ 7516), se extraen las siguientes pautas en orden a la calificación de dicho comportamiento:

- 1ª) La adecuación o incompatibilidad de la práctica deportiva con la concreta dolencia padecida.
- 2ª) Las exigencias físicas de la actividad laboral y deportiva, pues si las de ésta última son mayores y el trabajador mantiene que su realización no comprometió su salud, a la misma conclusión habrá que llegar en orden a la posibilidad de desarrollar su quehacer habitual.
- 3ª).- La duración de la práctica deportiva.
- 4ª) Su carácter competitivo, por el mayor esfuerzo y tensión que supone.
- 5ª) La notoriedad de los hechos y el nivel profesional del trabajador, por el escándalo, a nivel de empresa, que ha de producir que un empleado de especial significación utilice el período de incapacidad temporal para dedicarse a la práctica del deporte competitivo.
- 6ª) La reiteración de la conducta.

A la luz de los criterios expuestos, la participación del actor - mientras se encontraba en situación de baja médica por lumbociatalgia -, en dos competiciones deportivas con trascendencia pública y de gran duración, cuyo nivel de exigencia física es muy superior al de su actividad profesional y resulta contraindicado con tal dolencia, constituye un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones para con su empleador, sin que, como señala la sentencia de 7 de julio de 1988 (RJ 5774), de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo , enjuiciando hechos similares a los del caso, la antigüedad alcanzada por el trabajador en la empresa le excuse de la falta cometida ni excluya la procedencia del despido.



Por todo lo razonado, debe concluirse que la decisión extintiva fue correctamente calificada como procedente al existir, como exige la teoría gradualista, la necesaria proporción entre conducta y sanción, lo que determina la desestimación del recurso.

SEPTIMO.- El demandante goza del beneficio de justicia gratuita ya que litiga contra su empresario ejercitando pretensión derivada del contrato de trabajo, lo que impide imponerle el pago de las costas que ha causado su recurso, al no concurrir el supuesto previsto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral y no apreciarse temeridad en su interposición.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Carlos Francisco , contra la sentencia de 28 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Bilbao , en proceso sobre Despido, confirmando lo resuelto en la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) cta. número 4699-000-66-279/08 a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. 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 éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,51 euros en la entidad de crédito grupo Banesto (Banco Español de Crédito) c/c. 2410-000-66-279/08 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.