



Roj: **STSJ M 23966/2008 - ECLI:ES:TSJM:2008:23966**

Id Cendoj: **28079340052008100900**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **09/12/2008**

Nº de Recurso: **4633/2008**

Nº de Resolución: **1005/2008**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0004633/2008

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

MADRID

SENTENCIA: 01005/2008

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCION 5ª

MADRID

Sentencia nº 1005

Ilmo. Sr. D. Juan José Navarro Fajardo :

Presidente :

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz:

Ilma. Sra. Dª Concepción Ureste García :

En Madrid, a nueve de diciembre de dos mil ocho.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

en el recurso de suplicación nº 4633/08-5ª, interpuesto por AMBULACIAS ALERTA S.A. representada por el Letrado D. Ismael Pardiñas Metanza, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid, en autos núm. 86/08, siendo recurrido D. Juan . Ha actuado como Ponente la Ilma. Sra. Dª Concepción Ureste García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por D. Juan contra Ambulancias Alerta S.A., sobre despido, en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2008 , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO: En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS, se declaraban los siguientes:

"PRIMERO.- Que el actor ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, Ambulancias Alerta S.A., dedicada a la actividad de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia, con una antigüedad de 17 de marzo de 1997, por causa de subrogación operada, el 16 de diciembre de 2006, ostentando la categoría profesional de Operador de Recursos, percibiendo un salario mensual de 1.756,50 €, con inclusión de la prorrata de pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Que el demandante inició situación de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes, el 18 de mayo de 2007 con diagnóstico de ansiedad, enfermedad de la que últimamente viene siendo tratado en una Unidad de Salud Mental.

TERCERO.- Que el 6 de julio de 2007 la Mutua Midat Cyclops a la que está asociada la empresa a los efectos de gestión de la I.T. por contingencias comunes, notificó a la empresa carta mediante la que le comunicaba que "el pasado día 6 de junio de 2007 el empleado de su empresa Juan dejó de acudir de forma injustificada al control médico que debían realizar los servicios de esta Mutua, pese a haber sido notificado adecuadamente. Por ello y en aplicación de lo dispuesto en el art. 131 bis de la Ley, les rogamos que con efectos, 7 de junio de 2007, se abstengan de abonar por nuestra cuenta cantidad alguna en concepto de IT al citado señor...", fecha ésta a partir de la cual la demandada ha dejado de abonarle el subsidio, sin que conste efectuada reclamación alguna por el actor.

CUARTO.- Que el 25 de julio de 2007 la demandada notificó al actor en su domicilio de Fuentidueña de Tajo (Madrid) carta fechada ese mismo día, comunicándole que la Mutua había tomado la decisión de extinguir la prestación que venía percibiendo por su baja laboral, adjuntando a la misma la comunicación De la Mutua

QUINTO.- Que la demandada inició la instrucción de un expediente disciplinario que fue comunicado al Comité de Empresa y a la Sección Sindical de UGT. AL ser delegado de ese sindicato, y finalmente, al actor, el 30 de noviembre de 2007, en el nº 15 de la calle San Blas de Loeches (Madrid) donde radica la agencia de viajes Paiz, gestionada por su cónyuge, Cecilia - que se tiene por íntegramente reproducido a estos efectos- en el que se le imputa la situación de suspensión de pago delegado de la IT y que pese a esa situación remite con retraso los partes de baja, sin alegar, comunicar, ni acreditar nada en Derecho, que el 1/08/2008 consta a la empresa que trabajó para una empresa haciendo funciones de reparto, situación que mantuvo durante este mes de agosto, e igualmente, durante finales de septiembre, le consta que sigue haciendo funciones de reparto, conduciendo una furgoneta.

SEXTO.- Que el 5 de diciembre de 2007 el actor notificó a la empresa Pliego de Descargo.

SEPTIMO.- Que el 17 de diciembre de 2007, la empresa comunicó al demandante carta de despido, con efectos desde la fecha de la comunicación, 13 de diciembre de 2007, con el siguiente contenido:

Estudiadas las alegaciones, presentadas al Expediente Disciplinario abierto, consideramos que éstas no están lo suficientemente fundadas por desvirtuar/desmentir los hechos a usted imputados. Los cuales pasamos a enumerar:

1.-Después de una conversación con la dirección de la empresa a primeros de mayo del 2007, en que nos solicitaba una excedencia voluntaria por un año, para dedicarse a repartir pescado que le resultaba una oportunidad muy lucrativa. La empresa le denegó el 16 de mayo su solicitud, ya que usted trabaja en el turno de noche y su otro compañero del turno de noche se casaba y dejaba la empresa. Por lo que a la empresa no le interesaba darle la excedencia, solo se aceptaría una baja voluntaria. Antes estos hechos casualmente usted causa baja por enfermedad común el 18/05/07.

2.-Los partes los remite con retraso por correo, con el remite de la calle Seis nº 185 de Fuentidueña de Tajo. Único domicilio que conoce la empresa. La empresa intenta comunicar a su móvil durante la baja y usted nunca le ha cogido las llamadas.

3.-Pese a ser miembro del Comité de Empresa, desde su baja laboral se ha desligado de cualquier acto, reuniones, asambleas o cualquier tipo de actuaciones, con lo que literalmente desde el 18/05/2007 ha desaparecido con la empresa.

4.-Nuestra Mutua Patronal M. C.MUTUAL, nos comunica el 6/7/2007 que ha procedido a extinguir la prestación que venía percibiendo usted con efectos de 7/6/07, ante la incomparecencia sin justificación del pasado 6/6/07. Por lo que nos comunican que nos abstengamos de abonar cantidad alguna en concepto de IT.

Ante estos hechos la Empresa le remite un buro-fax a su domicilio del cuál fue avisado, comunicándole lo acordado por la Mutua Patronal y dándole traslado de su escrito.

De estos hechos usted no ha hecho mención ni comunicado con la empresa hasta su buro-fax de fecha 5/12/2007.



Resulta curioso que usted dejó de cobrar en junio del 2007 y no reclama a la empresa, ni pregunta por la causa de la suspensión de su retribución.

5.-Ante esta situación, tan atípica y que se dilata en el tiempo esta parte solicita se investigue su situación de I.T.

-Por informe de detectives nos consta que el día 31/07/2007 usted realiza funciones de reparto con la furgoneta M.-6003-YX en la localidad de Loeches, donde supuestamente ha fijado su residencia con su compañera sentimental, que tiene una agencia de viajes, en la cuál usted permanece bastante tiempo.

-El día 1/08/07 usted también hace funciones de reparto y también permanece la Agencia de Viajes.

-El día 2/08/07 también hace reparto con la furgoneta y permanece en la agencia de viajes.

-El día 3/08/07 sigue haciendo el habitual reparto con la furgoneta y asistiendo a la agencia de viajes.

-El día 6/08/07 mantiene su actividad habitual de reparto y permanece en la agencia de viajes.

6.-Ante la gravedad de los hechos expuestos y siendo usted miembro del Comité de Empresa, se intenta comunicar con usted para clarificar esta situación conociendo que usted incumple sus deberes laborales.

7.-Durante los días 28 y 29 de septiembre, así como 1 de octubre se constata que mantiene su actividad laboral de reparto, y de permanencia en la agencia de viajes. Como conocemos que está próximo su enlace matrimonial con su compañera que regenta la agencia de viajes, esperamos a que vuelva de su viaje de novios para iniciar este expediente disciplinario. Como tenemos noticias informales que tuvo un percance que le lleva a guardar reposo, intentamos comunicar con usted resultando infructuoso.

8.-Volvemos a interesarnos por su actividad y constatamos que los días 19,20 y 21 de noviembre sigue con su trabajo habitual de conducir la furgoneta M-6003-YX y hace los repartos habituales de las galerías de alimentación y restaurantes.

A la vista de los hechos que tenemos acreditados de forma fehaciente, dada su reiteración, habitualidad y su falta de comunicación con la empresa, manteniendo una actitud huidiza, nuestra reafirmación en el Pliego de Cargos expuesto en el Expediente Disciplinario, ya que las pruebas que usted nos ha trasladado así como sus argumentos carecen de veracidad.

Los hechos descritos constituyen un incumplimiento contractual grave, que al amparo del art. 58 del Estatuto de los Trabajadores, la empresa puede sancionar a los trabajadores en virtud de incumplimientos laborales. A tenor del art 68 del E.T. establece que los representantes de los trabajadores tienen la garantía de tener un expediente contradictorio en el supuesto de ser sancionados, circunstancia cumplida por la empresa con carácter previo.

En base a lo expuesto la Dirección de la empresa le imputa los siguientes cargos:

Reiteración de faltas muy graves, sancionable con despido ante el incumplimiento grave y culpable.

Sus incumplimientos contractuales son: las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, la trasgresión de la buena fe contractual y su disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal. Le significamos que estos hechos son causa de despido disciplinario a tenor de lo dispuesto en el art 54.2 a, b, d y e de la Ley 8/80 de 10 de marzo, Estatuto de los Trabajadores.

La empresa le comunica que a los efectos del despido son desde la fecha de esta comunicación.

Se le indica que en el domicilio de la Empresa tiene a su disposición, desde mañana, la liquidación por saldo y finiquito correspondiente.

OCTAVO.- Que el actor efectuó labores de reparto de alimentos, normalmente tres días a la semana, los lunes, martes y miércoles, mediante una furgoneta de color blanco, marca Mercedes, M-6003-YX, yendo al Mercado Velymer, junto al nº 15 de la calle San Blas de Loeches (Madrid), sobre las 10/10,30 horas, cargando allí cajas con alimentos y repartiendo a continuación las mismas en diversas tiendas y restaurantes de Loeches y de otras localidades, tarea que le ocupaba hasta las 12/12,30 horas, concretamente, al menos, el día 31 de julio de 2007; el 1 de agosto de 2007, este día utilizando un vehículo marca Citroén, C-3, de color marrón, matrícula 7400 DGS; el 2 de agosto de 2007; el 6 de agosto de 2007; el 28 de septiembre de 2007, conduciendo una furgoneta marca Nissan, matrícula 1367-CWX, de color blanca, con logotipo de las Pescaderías "Pablo Rubio"; el 19, 20 y 21 de noviembre de 2007, repartiendo también pescado con la referida furgoneta marca Nissan, matrícula 1367-CWX, de color blanca, con logotipo de las Pescaderías "Pablo Rubio".

NOVENO.- Que el demandante es miembro del Comité de Empresa y Delegado Sindical por UGT



DÉCIMO.- Que en fecha 21 de enero de 2008, tuvo lugar el acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de sin avenencia".

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Que estimando la demanda promovida por D. Juan , frente a la empresa AMBULANCIAS ALERTA SA, debía declarar como así declaro la improcedencia del despido de que fue objeto el demandante y condenar a la empresa demandada a que proceda a readmitir al demandante en su puesto de trabajo o alternativamente le abone la cantidad de 28.543,13 €, en concepto de indemnización, opción que corresponde al demandante y que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente Sentencia, por escrito o mediante comparecencia ante este Juzgado, con la advertencia que de no optar expresamente dentro de ese plazo, se entenderá que lo hace por la readmisión, con abono de los salarios de tramitación que puedan devengarse a partir de que se curse su alta en la incapacidad temporal".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por Ambulancias Alerta S.A., no siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La representación legal de la entidad demandada interpone un solo motivo de suplicación al amparo del art. 191 c) TRLPL , en el que denuncia la infracción de los siguientes preceptos: 1) del art. 132.1.b) de la Ley General de Seguridad Social , en cuanto a la denegación, suspensión o anulación del subsidio por incapacidad temporal cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena; 2) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores , sosteniendo que no hay causa legal de suspensión; 3) del art. 54.2.d) del mismo texto legal , que entiende vulnerado al estar trabajando el actor durante la IT; además del quebranto de la jurisprudencia que relaciona, al haberse trasgredido la buena fe contractual de manera grave.

Presupuesto de partida necesario para fijar la proporción entre la infracción que se denuncia y la sanción de despido que sustenta el empleador, es la conducta que se declara acreditada en la resolución de instancia y que no ha sido combatida en fase de suplicación. Así, el actor inició situación de baja por incapacidad temporal por contingencias comunes el 18.05.2007, con diagnóstico de ansiedad, enfermedad de la que últimamente viene siendo tratado en una Unidad de Salud Mental (HP 2º); con efectos de 7 de junio siguiente, la Mutua a la que está asociada la empresa para la gestión de IT, comunicó a ésta que se abstuviese de abonar cantidad alguna en dicho concepto dado que el empleado había dejado de acudir de forma injustificada al control médico, circunstancia que se notificó al demandante; igualmente consta acreditado (ordinal 8º) que el actor efectuó labores de carga y reparto de alimentos, normalmente tres días a la semana, de 10/10.30 h. a 12/12.30 h., en diversas tiendas y restaurantes de Loeches y otras localidades, al menos, según el seguimiento efectuado, los días 31 de julio, 1, 2 y 6 de agosto de 2007, 28 de septiembre, 19, 20 y 21 de noviembre. La empresa inició la instrucción de un expediente disciplinario, comunicándolo al Comité de Empresa y a la Sección Sindical de UGT al ser delegado de dicho sindicato.

El deber básico de buena fe [art. 5.a) ET], exige cumplir con las obligaciones concretas del puesto de trabajo de conformidad con las reglas de la buena fe y diligencia, lo cual tiene por finalidad adecuar la relación laboral a la finalidad económica del contrato de trabajo, pues de otro modo se destruiría el equilibrio sinalagmático del vínculo. En el supuesto de autos se imputa el quebranto de aquel deber habida cuenta del trabajo realizado por el actor en situación de IT; numerosos pronunciamientos jurisprudenciales abordan esta materia, siempre desde un examen concreto del caso objeto de enjuiciamiento, fijando como pautas de referencia las siguientes: "... 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". (...) En principio, la realización de trabajos cuando el trabajador se halla en situación de incapacidad laboral, constituye una violación del principio de la buena fe contractual. Pero tal conducta, como cualquier otra, ha de ser valorada, de modo que, únicamente la que merezca la calificación de falta muy grave será la determinante de la procedencia del despido." (STS de 25.03.2002). Otras resoluciones delimitan la posibilidad de llevar a cabo trabajos que no perturben la normal curación de las dolencias que padece el sujeto, o que no evidencien su aptitud laboral, de forma que habrá de atenderse a la índole de la enfermedad y a las características de la ocupación (STS 18.12.1990 , entre otras, y STSJ Madrid de 30.04.2007).

La aplicación de esos parámetros a la actual litis determina la necesaria revocación de la sentencia de instancia, por cuanto consta acreditado que efectivamente el actor realizó trabajos estando en situación de incapacidad temporal, la regularidad -tres días en semana, entre 6 o 9 horas- de los mismos, que evidencia que



no se trataba de una circunstancia residual o puntual, sino de una prestación de servicios habitual, de carga y repartidor de alimentos en diversas tiendas y restaurantes de diferentes localidades, que quebranta la buena fe contractual exigible en el vínculo de trabajo que mantenía con la empresa demandada. Debe recordarse que el actor venía percibiendo el subsidio por IT, hasta que la Mutua asociada a la empresa para la gestión de IT comunicó a ésta que se abstuviese de abonar cantidad alguna en dicho concepto, dado que aquél había dejado de acudir de forma injustificada al control médico, sin que el hecho de la falta de ingresos consiguiente pueda erigirse en elemento que justifique la actuación del trabajador, como, por el contrario se argumenta en la resolución impugnada. La reacción conforme a la referida buena fe hubiera implicado poner en conocimiento de aquéllas las razones de la falta de asistencia al control médico, tan pronto como fuere posible, a fin de no ver suspendido el devengo, pues, no se olvide el actor permanecía jurídicamente en dicha situación de IT, y en esa situación subsisten las obligaciones de encuadramiento y cotización para la parte empresarial. Ello conlleva, por ende, una serie de perjuicios para el empleador no sólo desde esa perspectiva de aseguramiento, sino también los inherentes a la suspensión del contrato (arts. 45 y 48 ET), reserva de puesto de trabajo y necesidad organizativa consiguiente, cual es la sustitución del trabajador cuyo contrato está suspendido.

No puede dudarse que los hechos relatados revelan la capacitación del demandante para realizar una prestación de servicios y que la realizada en el periodo de baja tiene igualmente incidencia en la enfermedad que le colocó en dicha situación (ansiedad), y que, en fin, implica el referido quebranto o trasgresión de la buena fe contractual. Esa realización de trabajos en situación de baja por enfermedad, sean para terceros o por cuenta propia, retribuidos o no, son constitutivos de la infracción contractual tipificada en art. 54.2.ET . A tenor de los preceptos enunciados, el contrato de trabajo puede extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, considerándose como uno de tales incumplimientos contractuales la trasgresión de la buena fe contractual, siendo precisamente el motivo esgrimido por la demandada para despedir al trabajador.

Las consideraciones antedichas conllevan que esa conducta, consistente en realizar una prestación de servicios regular durante el tiempo de baja, ocultándola no solo a la empresa sino al propio sistema de la SS, merezca la máxima sanción, debiéndose acoger el recurso y declarar correlativamente la procedencia del despido, la revocación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda formulada, con las consecuencias inherentes fijadas por el legislador en orden a la devolución de los depósitos efectuados para recurrir; en su virtud,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por AMBULANCIAS ALERTA S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 23 de los de Madrid, de fecha 28 de abril de 2008 , en virtud de demanda deducida por D. Juan contra Ambulancias Alerta S.A., sobre despido y con revocación de la sentencia de instancia debemos desestimar y desestimamos la demanda formulada D. Juan declarando la procedencia del despido del actor y absolviendo a la entidad demandada de los pedimentos deducidos frente a ella. Se acuerda la devolución de los depósitos y consignaciones efectuados para recurrir.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219 , 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral , advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados que el depósito de los 300,51 euros (50.000 pesetas) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004-Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 28760000046332008 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010-Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, habiéndoseme hecho entrega de la misma por el Ilmo. Magistrado Ponente, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.