



Roj: **STSJ MU 2210/2009 - ECLI:ES:TSJMU:2009:2210**

Id Cendoj: **30030340012009100753**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2009**

Nº de Recurso: **822/2009**

Nº de Resolución: **847/2009**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **MANUEL RODRIGUEZ GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00847/2009

ROLLO Nº: RSU 822/2009

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MURCIA

En MURCIA, a diecinueve de octubre del dos mil nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia formada por el Ilmo. Sr. Presidente D. RUBEN ANTONIO JIMENEZ FERNANDEZ, y los Ilmos. Sres. Magistrados, D. JOSE LUIS ALONSO SAURA y D. MANUEL RODRÍGUEZ GOMEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Ezequias , contra la sentencia número 227/09 del Juzgado de lo Social número Tres de Murcia, de fecha 27 de abril del 2009, dictada en proceso número 6/09, sobre DESPIDO, y entablado por D. Ezequias frente a ARTES GRAFICAS RIANDE, S.L..

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GOMEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figura declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- El actor D. Ezequias , ha venido prestando servicios para la empresa ARTES GRÁFICAS RIANDE S.L., dedicada a la actividad de publicidad y Artes Gráficas en general, y en especial comercialización de papel y material relacionado con artes gráficas, con las siguientes características: Antigüedad desde 17 de septiembre de 1997, mediante contrato indefinido a jornada completa, categoría profesional de Jefe de Sección de talleres y salario diario de 61,04 /día brutos incluida prorrateada de pagas extras. SEGUNDO.- La empresa demandada remitió por burofax al actor carta de despido de fecha el 24-11-2008, que el actor recibió el 28-11-08 del siguiente tenor literal: "Mediante la presente cano se le comunica que al amparo del art. 54.2, d del Estatuto de los Trabajadores (por trasgresión de la buena fe contractual) y del art. 47 y 48 del Convenio Colectivo estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas se procede a despedirle por los siguientes HECHOS: Usted el día 15 de octubre comenzó una baja por incapacidad temporal. Pese a estar de baja usted ha venido realizando actividades incompatibles con su situación de baja así como ha realizado negociaciones de comercio por cuenta de otra persona. La empresa encargó a una



empresa de detectives que comprobará si usted realizaba actividades incompatibles con su estado de salud o actividades que pudieran demostrar que usted si aviaba en condiciones físicas de realizar su trabajo así como comprobar si estaba trabajando para otra persona. Fruto de esas investigaciones se ha comprobado que de manera cotidiana realiza actividades incompatibles con su "supuesto" estado de salud, y que demuestran que no le impedirían realizar su trabajo habitual, así como ha realizado negociaciones, comercio y ventas para otra persona que se dedica a la misma actividad que nuestra empresa. No nos vamos a pronunciar sobre si usted trata de engañar o estafar a la Mutua, pero es inaceptable que con ello perjudique a la empresa, que tiene que pagar sus seguros sociales sin realizar usted actividad productiva alguna para la empresa, así como el engaño y quebranto de la confianza que su conducta supone. Máxime cuando las actividades que ha venido realizando durante la baja de IT las realiza para otra empresa de artes graficas que creemos es de su esposa. Los días que se le hace e seguimiento son los siguientes: Así el 17 de octubre usted va a la empresa Plastimenor en su coche y lo carga con un paquete de material. El 20 de octubre usted va en su coche a la empresa de artes gráficas llamada ENCOLA2 del Cabezo de Torres y empieza a cargar el vehículo con paquetes de gran volumen, sin ningún amago de dolor o molestia. El 21 de octubre usted vuelve a la misma empresa y permanece más de cuatro horas y miedo dentro de ella. El 23 de octubre usted vuelve a la misma empresa y permanece dentro de ella, realizando actividades y saliendo de la misma con un gran paquete se dirige a la imprenta GALLEGRAF y luego a la imprenta San Mar para dejar el paquete que llevaba de la empresa de su esposa. El 27 de octubre vuelve a la misma empresa por la mañana y por la tarde y permanece dentro de ella, realizando actividades y realiza labores de carga y descarga de paquetes. El 10 de noviembre usted atiende personalmente a los detectives en el negocio de su esposa, les intenta captar como clientes, les da explicaciones sobre el producto y les toma nota del encargo que le hacen. El 12 de noviembre usted atiende, de nuevo, personalmente a los detectives en el negocio de su esposa, realizando toda la actividad que se presupone debe realizar una empleado de esa empresa. El 14 de noviembre usted atiende, de nuevo, personalmente a los detectives en el negocio de su esposa, donde usted les empaqueta el trabajo solicitado y les cobra la cantidad acordada por dicho trabajo. Los hechos anteriormente narrados son de especial gravedad, constitutivos de infracción grave por simulación de enfermedad (art. 47,2 del convenio colectivo de aplicación) y otra muy grave (47,3 del citado convenio colectivo por hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona sin expresa autorización de la empresa) y de conformidad al art. 54 del E.T . y por ende merecedores de la sanción de despido que se le comunica mediante el presente escrito. El despido surtirá efectos a la entrega de esta carta. Sin otro particular, le saluda atentamente".

TERCERO.- De los hechos imputados en la carta de despido al trabajador quedan acreditados los siguientes: El actor inició proceso de incapacidad temporal en fecha 15-10-08 por contingencia derivada de enfermedad común, con diagnóstico de Tendinosis y calcificación en supraespinoso en hombro derecho, y se le prescribió reposo La empresa tenía cubiertas las contingencias comunes con la Mutua IBERMUTUAMUR, que le prestó tratamiento y prescribió pruebas médicas. El actor a pasar de encontrarse en situación de IT realizó durante el periodo de IT actividad laboral para el negocio familiar explotado en Régimen de Autónomos por su esposa D<sup>a</sup> María Teresa , y que gira con el nombre comercial de ENCOLA2. En concreto consta acreditado a través de informe de detective realizado por la empresa DETECTIVES DECOMSUR, S.L., que el actor realizó las siguientes actividades colaborando y prestando servicios a favor del citado negocio de su esposa: -.El día 17 de octubre fue el actor a la empresa Plastimenor en su coche y lo cargó con un paquete de material. -.El día 20 de octubre fue en coche a la empresa de su esposa sita en la calle Las Cumbres de Cabezo de Torres (Murcia) y una vez allí empezó a cargar el vehículo junto a suegro, con paquetes de gran volumen, sin ningún amago de dolor o molestia. -.El día 21 de octubre vuelve el actor a la misma empresa y permanece más de cuatro horas y medio dentro de ella. -.El día 23 de octubre usted vuelve a la misma empresa y permanece dentro de ella, saliendo de la misma con un gran paquete que lleva indistintamente con ambos brazos, y se dirige a la imprenta GALLEGRAF, y luego a la imprenta San Mar para dejar el paquete que llevaba de la empresa de su esposa. -.El día 27 de octubre vuelve a la misma empresa familiar por la mañana y por la tarde y permanece dentro de ella, y en un determinado momento sobre las 11,22 horas sale de la empresa para descargar un paquete de papel de grandes dimensiones e introducirlo en la empresa familiar. -.El día 10 de noviembre el actor atendió personalmente en el negocio de su esposa a la persona que realizó para la empresa demandada y por encargo de ésta el informe y grabación de DVD, y le intenta captar como cliente, le da explicaciones sobre el producto y les toma nota del encargo que le hace. -.El día 12 de noviembre sobre las 11,42 horas el actor atiende de nuevo, personalmente a la detective en el negocio de su esposa, informando sobre al precio de un encargo. -.El día 14 de noviembre sobre las 12,32 horas el actor atiende de nuevo, personalmente a la detective en el negocio de su esposa y le empaqueta el trabajo solicitado (Carpetas) y le cobra la cantidad acordada por dicho trabajo. Estos días el actor permaneció en el negocio junto a su esposa y otros familiares aproximadamente desde las 9 a las 21 horas, comiendo en la casa de su suegro situada junto al negocio familiar, y ayudando a su esposa en dicho negocio. El actor permaneció en IT hasta el día 5-12-08 en que fue dado de alta médica. CUARTO.- El negocio familiar del que es titular la esposa del actor se dedica a actividades relacionadas con Artes Graficas, y ha prestado servicios como proveedor para la empresa demandada ARTES GRÁFICAS RIANDE SL., proveyendo a ésta de material y haciendo también a ésta, como a



otras de sus clientes, algunos encargos cuando hay exceso de pedidos en ARTES GRAFICAS RIANDE S.L., sobre todo desde el año 2007. Ambas empresas coinciden en la realización de algunas actividades como terminación de trabajos de imprenta, pegados de carpetilla, colocado de ojetes y elásticos, y venta de carpetillas. QUINTO.- El Convenio Colectivo por el que se regía la relación laboral entre las partes es el Convenio Colectivo estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas, siendo el vigente a la fecha del despido el publicado en el BOE Nº 49 de 26-2-07, que regula lo relativo al Régimen disciplinario en el Capítulo XIV, Art. 46 a 48. SEXTO.- En fecha 29-12-08 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el S.M.A.C., instado en virtud de Papeleta presentada el 10-12-08, y con el resultado de celebrado SIN AVENENCIA."; y el fallo fue del tenor literal siguiente: "Que desestimando la demanda por despido formulada por D. Ezequias frente a la empresa ARTES GRÁFICAS RIANDE S.L., debo declarar y declaro PROCEDENTE el despido de parte actora producido con efectos del día 28-11-08 declarando por tanto no haber lugar a la demanda presentada, absolviendo de la misma a la empresa demandada, y declarando convalidada la extinción de la relación laboral en la citada fecha de efectos."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Letrado D. FERNANDO CARAVACA RUEDA, en representación de la parte demandante, con impugnación de contrario, representado por D. LUIS ALBERTO PRIETO MARTIN.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- El actor don Ezequias presentó demanda, sobre despido, contra la empresa Artes Gráficas Riande, S.L., en reclamación de que se declarase la improcedencia del despido de que había sido objeto; demanda que fue desestimada por el Juzgado a quo al considerar que, estando el trabajador demandante en situación de incapacidad temporal ha venido realizando tareas incompatibles con su recuperación, concretamente actividades físicas no recomendadas, incumpliendo la recomendación prescrita de reposo y de evitar esfuerzos físicos con el brazo afectado.

Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por la parte actora, basado en el examen del derecho aplicado, a tenor del artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, por infracción de los artículos 54.1 y 54.2,d) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 47.2.4º y 3.2 del Convenio Colectivo Estatal del Ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- Refiere la parte recurrente que las tareas que realizó, ayudando a su esposa en el negocio familiar, en nada le ha afectado a su proceso de recuperación, por lo que se ha de descartar la deslealtad y el abuso de confianza, y su consecuencia es que no debe imponerse la máxima sanción laboral.

La empresa demandada se opone al recurso y lo impugna.

Vistas las alegaciones de las partes, la Sala ha de rechazar el motivo de recurso alegado, ya que no se aprecia vulneración de los preceptos citados; y así, por un lado, la sentencia de esta Sala de 17 de septiembre de 1999 (nº 889/1999), citada por la parte recurrente en su escrito de recurso en apoyo de su pretensión, no es aplicable al caso de autos, pues resuelve sobre unos hechos totalmente diferentes, y en concreto se trata de un supuesto en que el actor realizó actividades en el ámbito de un negocio familiar, acreditándose que no requerían de un gran componente físico, ni de un esfuerzo reseñable, y las realizaba por prescripción facultativa, con ánimo de sentirse útil y con estímulo; y, por otro lado, sin embargo, en el caso de autos, nos encontramos con una prescripción facultativa de reposo, y, a pesar de ello, consta acreditado que se le vio cargar con paquetes de gran volumen, sin ningún amago de dolor o molestia, y ello en el negocio familiar, el cual está relacionado con las artes gráficas, negocio en el que se llevaban a cabo actividades similares a las de la empresa en que trabaja el actor; por lo tanto, el actor debía evitar todo tipo de esfuerzos físicos con el brazo derecho afectado de tendinosis y calcificación en supraespinoso, tales como coger pesos y movimientos repetitivos, ni ejercicio alguno que pudiese perjudicar su recuperación, por lo que si podía realizar ese tipo de actividad física, como es la carga y descarga de cajas de gran tamaño, y ello aunque no fuesen pesadas, ello implica que podía efectuar su trabajo habitual, ello por sí solo ya supone la existencia de transgresión de la buena fe contractual, así como engaño y quebranto de la confianza que debe presidir las relaciones entre trabajador y empresario, lo que justifica el despido, desde el momento que tal conducta debe ser calificada como una falta muy grave, tipificada en el artículo 47.3.2 del Convenio Colectivo aplicable, y sancionada con despido, a cuyo efecto esta Sala tiene declarado, en sentencias de 9 de mayo de 1995, 22 de mayo de 2000, 26 de junio de 2002 (nº 736/02) y 25 de abril de 2006 (nº 457/06), que la incapacidad temporal supone una importante alteración en la normal relación de trabajo. El contrato queda suspendido, quedando el operario relevado de la obligación de trabajar y el empresario de la de abonar el salario. Sin embargo, el trabajador no queda desamparado pues, además de recibir asistencia sanitaria, durante tal situación percibe el salario correspondiente, en cuantía del 75% del salario. La empresa sufre quebranto, pues no sólo continúa obligada a abonar las cuotas a la Seguridad Social, anticipa el abono del subsidio, e incluso, cuando así está convenido, completa el mismo



hasta el importe íntegro del salario, sino que también debe de atender a la ausencia del trabajador, mediante los servicios de otro empleado o con la contratación de uno nuevo. Por ello, elementales pautas de conducta imponen al productor la obligación de cuidar el curso de la enfermedad y puesto que se encuentra en situación de incapacidad temporal para trabajar, debe de abstenerse de desarrollar cualquier otra que sea incompatible con la enfermedad que determinó su incapacidad temporal, pues si el impedimento ha cesado está obligado a ponerse a disposición de la empresa, y lo contrario supone una transgresión de la buena fe contractual, dejando de cumplir con las reglas de la buena fe y diligencia, lo que supondría un incumplimiento contractual grave, de conformidad con el artículo 54.2, d) del Estatuto de los Trabajadores .

Aplicando tal doctrina al caso de autos, hemos de llegar a la conclusión de que el despido del actor es procedente, puesto que, por un lado, éste llevó a cabo actividades en período de incapacidad temporal, como así ha quedado probado, y, por otro lado, esas actividades tenían un componente físico importante, lo que le hacían incompatibles con su recuperación patológica, tal como consta en hechos probados, utilizando de manera reiterada la misma zona anatómica que tenía afectada, lo que implica que tal actividad física no favorece ni la recuperación, ni el descanso necesario para lograr dicha recuperación, pues todo ello podría provocar un empeoramiento de los padecimientos, con lo que se pospondría la obtención del alta médica, con todo lo cual se están quebrantando de forma grave y culpable los deberes de buena fe y diligencia, a que se refiere el artículo 5, a) del Estatuto de los Trabajadores , por lo que la conducta del trabajador se ha de calificar de grave y culpable y en tales condiciones no se admite la aplicación de la teoría gradualista, siendo la sanción plenamente proporcionada, pues es de las previstas expresamente para las faltas muy graves, pudiendo el empresario elegir de entre ellas.

Por lo tanto, aun cuando se ha de sostener, como hace la sentencia recurrida, que la otra falta disciplinaria imputada tiene carácter de grave y no sancionada con despido, la anteriormente analizada reúne todos los requisitos para ser calificada como muy grave en los términos expresados.

Por todo ello, debe desestimarse el recurso de suplicación planteado, confirmándose la sentencia recurrida.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por D. Ezequias , contra la sentencia número 227/09 del Juzgado de lo Social número Tres de Murcia, de fecha 27 de abril del 2009 , dictada en proceso número 6/09, sobre DESPIDO, y entablado por D. Ezequias frente a ARTES GRAFICAS RIANDE, S.L., y confirmar, como confirmamos, el pronunciamiento de instancia.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

## 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 hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el BANESTO, cuenta número: 3104.0000.66.0822.09, 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 consistiese 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 BANESTO c/c. 2410-4043-00-0822-09 Madrid, Sala Social del Tribunal Supremo.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase 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.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ