



Roj: **STSJ LR 355/2014 - ECLI:ES:TSJLR:2014:355**

Id Cendoj: **26089340012014100140**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **19/09/2014**

Nº de Recurso: **144/2014**

Nº de Resolución: **133/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **MIGUEL AZAGRA SOLANO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Logroño, núm. 3, 24-03-2014,
STSJ LR 355/2014**

T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL

LOGROÑO

SENTENCIA: 00133/2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA

SALA DE LO SOCIAL

C/ BRETON DE LOS HERREROS 5-7 LOGROÑO

Tfno: 941 296 421

Fax : 941 296 408

NIG : 26089 44 4 2013 0001802

402250

Nº AUTOS: RECURSO SUPPLICACION 0000144 /2014

RECURRENTE: D. Arturo

RECURRIDOS: COMERCIO DE FERRETERIA COIMAR, S.L. , FOGASA

Sent. Nº 133/14

Rec. 144/2014

Ilmo. Sr. D. Miguel Azagra Solano. :

Presidente. :

Ilmo. Sr. D. Cristóbal Iribas Genua. :

Ilma. Sra. D^a Mercedes Oliver Albuerne. :

En Logroño, a diecinueve de septiembre de dos mil catorce.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A



En el recurso de Suplicación nº144/2014 interpuesto por D. Arturo asistido de la Ldo. D^a Coloma García Tricio contra la SENTENCIA del Juzgado de lo Social nº TRES de La Rioja de fecha 24 DE MARZO DE 2014 y siendo recurridos COMERCIAL DE FERRETERÍA COIMAR, S.L. asistido del Ldo. D. José Javier Hernández Muñiz y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL asistido del Ldo. de Fogasa, ha actuado como **PONENTE D. Miguel Azagra Solano**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, por D. Arturo se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número TRES de La Rioja, contra COMERCIAL DE FERRETERÍA COIMAR, S.L. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL en reclamación de DESPIDO.

SEGUNDO .- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 24 DE MARZO DE 2014 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- El demandante venía prestando sus servicios por cuenta y órdenes de la demandada con una antigüedad del 28.01.2002, categoría profesional de oficial administrativo y salario bruto diario de 5306 € (ipp).

SEGUNDO .- Con fecha 29.05.2013 la empresa le comunicó su despido mediante carta del siguiente tenor literal:

« Muy Sr mío:

*La Dirección de esta empresa ha adoptado la decisión de proceder a su despido, en base al **artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores** , por haber incurrido Vd en la causa prevista en el apartado d) del citado precepto, esto es, " **La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo** ".*

Como Vd sabe esta empresa viene atravesando momentos muy difíciles que motivaron que con fecha de 20 de abril de 2011 se encontrara incurso en el expediente de Regulación de Empleo NUM000 , de suspensión de contratos, expediente que tuvo que ser objeto de prórroga el 1 de mayo de 2012 cuando, tanto la empresa como los trabajadores, a la vista de la situación que se daba en abril de ese año, llegaron a un acuerdo, sobre la continuación de la suspensión de contratos durante un año más en las mismas condiciones en que se había venido realizando.

A pesar de las medidas adoptadas, una vez concedida la prórroga por un año en mayo de 2012 por parte de la Administración, la Dirección de la empresa, con efectos de 31 de octubre de 2012, se vio en la obligación de tomar la decisión de proceder al despido por causas objetivas de la mitad de la plantilla, dos de los montadores y su hermano, el administrativo D. Gerardo . Se les dio el correspondiente aviso con entrega de la indemnización legal, no recurriendo los trabajadores los despidos indicados.

A mediados de febrero de 2013, a raíz del despido de su hermano de octubre del año anterior, Vd mantuvo una conversación con la dirección de la empresa planteando también su posible salida de la misma por causas económicas con la intención de marcharse a trabajar con él, que iba a ponerse por su cuenta. Entonces se le indicó que no se había valorado su despido objetivo, a pesar de las dificultades por la que atravesaba la empresa, puesto que Vd era el único administrativo que quedaba en la plantilla. Sí se estimó conveniente, sin embargo, a la finalización de la prórroga del ERE, solicitar nuevo Expediente de Regulación de Empleo ajustando su jornada de trabajo a las necesidades de la empresa la objeto de superar la actual situación de crisis, se le hizo entrega entonces de toda la documentación justificativa de la medida propuesta con la comunicación del inicio del período de consultas, negándose en principio a acusar recibo de tal comunicación con la que simplemente se iniciaban las conversaciones para valorar lo más conveniente para la empresa.

Finalmente señaló que firmaría el acuse de recibo emplazándose para ello el día 8 de mayo de los corrientes. Ese mismo día por la tarde, sin llegar a firmar los papeles, comunicó que debía ir al médico obteniendo como consecuencia de dicha visita la baja médica.

Debido a la sucesión de acontecimientos, se sospecha por parte de la empresa que la baja por enfermedad común, presentada tras haberse negado a recibir la comunicación del inicio del período de consultas en el expediente de regulación de empleo, no es real ni tiene motivación alguna, estando Vd en perfectas condiciones para trabajar.

Se verifica de este modo que el día 16 de mayo del presente acude alrededor de las 9:30 de la mañana a un establecimiento sito en Logroño en la rotonda de Duques de Nájera con Pepe Blanco donde su hermano D. Gerardo , efectivamente, ha abierto un negocio dedicado a la venta e instalación de cercados con el nombre



comercial de CERCASOL. Allí recoge una caja, la introduce en el coche y se va hasta un pabellón industrial de Albelda de Iregüa localizado en el Polígono de la Yasa, donde se introduce y permanece toda la mañana hasta las 13:25 horas. Se sospecha que dicho pabellón es el almacén de la empresa de su hermano.

A las 14:50 horas de ese mismo día vuelve a montarse en el coche y se dirige nuevamente al pabellón de Albelda antes mencionado, donde permanece hasta las 17:00 horas aproximadamente, regresando a Logroño y permaneciendo al menos hasta las 19 horas en el interior del negocio CERCASOL donde se le observa, junto a su hermano, dialogando con varias personas.

Al día siguiente, 17 de mayo, se le localiza en una parcela del barrio logroñés de DIRECCION000 , CALLE000 NUM001 , donde junto a su hermano y a su padre, están claramente realizando trabajos previos a la localización de postes para cercados, excavando hoyos donde colocar posteriormente los postes. Utilizan diferente herramienta que se van pasando y turnando.

El domingo, 19 de mayo, vuelven los tres a la parcela de DIRECCION000 donde durante toda la mañana, se dedican a elaborar hormigón, distribuirlo en los agujeros que habían realizado anteriormente y clavar y aplomar aproximadamente 40 postes metálicos y una puerta.

Finalmente el viernes 24 de mayo son de nuevo localizados en la misma parcela dedicándose durante toda la mañana a montar la malla metálica sobre los postes ya colocados en días pasados.

A la vista de lo expuesto entendemos que queda claramente demostrado que Vd no padece ninguna enfermedad que le imposibilite trabajar, que a su modo de proceder vino motivado por evitar la comunicación del inicio del período de consultas, sin que tenga justificación médica alguna, contraviniendo con todo ello la buena fe contractual y actuando en claro fraude contra esta empresa y contra la Seguridad Social, llegando a incurrir en competencia desleal al prestar sus servicios a la actividad de su hermano habiendo indicado con claridad a la dirección de esta empresa su deseo de unirse a tal actividad que coincide con la desarrollada por nosotros.

Este cúmulo de hechos, muy a nuestro pesar, implica un continua situación de desconfianza respecto a sus labores como trabajador de esta empresa y un claro quebranto de la buena fe contractual, motivando ajustadamente el despido que se le comunica.

El citado despido tendrá **efectos del día 29 de mayo** de los corrientes, teniendo a su disposición en las oficinas de esta empresa la correspondiente liquidación de haberes y finiquito hasta el citado día.

Le saluda atentamente ».

TERCERO.- Con fecha 24.04.2011 se autorizó a la demandada la suspensión de las relaciones laborales durante un año de 6 trabajadores (ERE NUM000), cuya prórroga por otro año se autorizó por Resolución de 3.05.2012.

Con fecha 16.10.2012 y efectos del 31.10.2012 la empresa despidió por causas objetivas (art. 52.c ET) a tres trabajadores, entre ellos el hermano del demandante, D. Gerardo , amortizando así uno de los equipos de montaje y uno de los puestos de administrativo que mantenía la empresa.

Después de estos despidos el personal de la empresa quedaba integrado por un administrativo (el demandante) y un equipo de montaje compuesto por dos trabajadores.

CUARTO.- Con fecha 29.04.2013 el actor presentó ante Inspección de Trabajo denuncia contra la empresa del siguiente tenor literal:

« Empecé trabajando como administrativo en el año 2002, empresa en la que también estaba mi hermano desde el año 1999. Como consecuencia de la crisis, en octubre de 2012, mi jefe decide prescindir de 4 personas por medio de FOGASA (estamos de ERE), mi hermano, que estaba siempre en la oficina-tienda, el encargado y una pareja de montadores, dejándole a mi porque me utilizaba en varios puestos, montador, carretillero, oficinista...

En Febrero de 2013, tras cinco meses en el paro, mi hermano decide montar un negocio, dedicándose a lo mismo, que es cercados metálicos y es cuando mi jefe se entera, que mi estancia en la empresa se vuelve insoportable.

Un día me llama y me dice que solo voy a trabajar en la oficina, pero mi sorpresa es que cuando llego al siguiente día la oficina está medio vacía, se ha llevado todo a su despacho, hablo con él y me dice que no quiere que atienda, ni coja el teléfono... incluso me propone salir de la empresa aceptando 8 días por año que me daría fogasa.

Los primeros días estuve prácticamente sin hacer nada, me dirigí a CCOO y desde ahí le dieron un toque para que me diera quehaceres. Ahora llevo dos meses que lo único que hago es meter catálogos al ordenador sin ton ni son, que en muchos casos son catálogos que no tiene que ver con nuestros productos, siendo su propósito el amargarme la estancia para que abandone la empresa por mi propio pie ».

QUINTO .- Los hermanos Arturo y Gerardo) tienen constituida una Comunidad de Bienes, registrada ante la Comunidad Autónoma, desde Marzo07.

Con fecha 25.06.2007 adquirieron una nave ubicada en el Polígono Industria La Yasa de Albelda de Iregua.

CERCADOS METALICOS CERCASOL se constituyó mediante documento **privado** de 20.03.2013, siendo socios constituyentes al 50% D. Gerardo y su pareja, D^a Enma . El objeto social allí definido era la actividad de cerrajería y comercio al por menor de materiales de construcción, etc..., quedando fijado su domicilio en C/ DIRECCION001 NUM002 - NUM003 NUM004 de Logroño.

SEXTO .- Finalizado el ERE de suspensión la empresa hizo entrega a los tres trabajadores que quedaban en su plantilla (el actor y dos montadores) la documentación con que pretendían justificar uno nuevo, para su examen y posterior firma en orden a su presentación a la autoridad laboral.

SÉPTIMO .- Con fecha 8.05.2013 el actor causó baja por IT por contingencia de enfermedad común pautándose por su MAP tratamiento farmacológico (Paroxetina 20 1-0-0 y Orfidal 1 0-0-1). Realizada valoración psicológica se diagnosticó de trastorno adaptativo mixto.

El Jueves 16 de Mayo el actor se acercó al establecimiento que regenta su hermano en C/ pepe Blanco ("Cercasol") sobre las 9 horas, y tras recoger allí una caja de cartón, se desplazó hasta la nave propiedad de ambos en Albelda de Iregua, en cuyo interior permaneció hasta el mediodía. Después de comer nuevamente regresó a la nave y de ahí al negocio de su hermano, donde se quedó junto a su hermano y "cuñada" al menos hasta las 18:30 horas, atendiendo a clientes y en la zona del mostrador.

Al día siguiente (Viernes 17 de Mayo) nuevamente acudió a esa nave, donde llegó sobre las 12:00 horas conduciendo un camión, del que descargó material y colocó en el interior de la misma haciendo uso de un toro mecánico. Finalizada la descarga se acercó al negocio (13:22 horas) y de ahí a terreno ubicado en el barrio logroñés de " DIRECCION000 ", donde ese encontraban su hermano y su padre realizando los trabajos necesarios para instalar un cerramiento con postes y malla metálica, a las que se incorporó D. Arturo , continuando con la ejecución a las 15:00 horas.

Durante el Domingo 19 de Mayo los tres continuaron las labores propias de ejecución de la obra en dicho terreno, al menos hasta las 14:50 horas.

El Viernes 24 de Mayo continuaban los tres (al menos hasta las 12:30 horas) haciendo estas labores, sirviéndose al efecto del camión con el que había sido visto el Viernes anterior.

La empresa facturó al cliente importe correspondiente a mano de obra aplicado en ejecución de dicha obra.

OCTAVO .- Que el actor no ostentaba cargo de representación de los trabajadores

NOVENO .- Con fecha 24 de Junio de 2013 se celebró el preceptivo acto de conciliación previo a la vía jurisdiccional con el resultado de SIN ACUERDO.

F A L L O : Que desestimando la demanda interpuesta por D. Arturo contra la empresa COMERCIAL FERRETERÍA COIMAR S.L., debo declarar y declaro procedente el despido disciplinario producido con efectos de 29 de Mayo de 2013, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por D. Arturo , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El juzgado de lo social, tras rechazar la demanda de despido interpuesta por el trabajador, declara la procedencia de la decisión extintiva adoptada por la empresa el 29 de mayo de 2013, y absuelve a la empleadora de las peticiones deducidas en su contra.

El pronunciamiento dictado en la instancia no se comparte por la representación letrada del demandante y, por ello, interpone el presente recurso que tiene a bien amparar en dos motivos diferentes a través de los cuales postula tanto la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida, como el examen del derecho aplicado en ella.

SEGUNDO: El primer motivo del recurso se formula al amparo procesal del art. 193.b) de la LRJS , y tiene por objeto modificar la redacción del hecho probado séptimo, así como los aspectos fácticos que se contienen en el fundamento de derecho cuarto de la resolución que se combate.



La redacción que se propone para el hecho que se quiere modificar es la siguiente:

"SEPTIMO.- Con fecha 8.05.2013 el actor causó baja por IT por contingencia de enfermedad común pautándose por su MAP tratamiento farmacológico (Paroxetina 20 1-0-0 y Orfidal 1 0-01.

Consta informe de su MAP que refiere que desde mayo de 2013 ha estado en tratamiento con ansiolíticos y antidepresivos y se le aconsejó que hiciera deporte y se relacionara a diario con su familia y amigos que pudieran ayudarle en su mejoría.

En fecha 28 de mayo y 14 de junio de 2013 se realizó valoración por la Psicóloga de la Mutua en la que, tras proceder a la evaluación del paciente indicó que está en tratamiento con Paroxetina y Orfidal y se observó un TRASTORNO ADAPTATIVO MIXTO con insomnio y sentimiento de angustia, agobio, impotencia, tristeza, apatía, desánimo y soledad, indicando que el paciente refiere esta sintomatología con un cúmulo de problemas económicos y laborales.

El jueves 16 de mayo el actor se acercó al establecimiento que regenta su hermano en c/ Pepe Blanco (Cercasol) sobre las 9 horas, y tras recoger allí una caja de cartón se desplazó hasta la nave propiedad de ambos en Albelda de Iregua en cuyo interior permaneció hasta el mediodía. Después de comer nuevamente regresó a la nave y de ahí al negocio de su hermano, donde se quedó junto a su hermano y "cuñada" al menos hasta las 18.30 horas. (Se suprime atendiendo a clientes y en la zona de mostrador)

Al día siguiente (viernes 17 de mayo) nuevamente acudió a esa nave, donde llegó sobre las 12 horas conduciendo un camión del que descargó material y colocó en el interior de la misma haciendo uso de un toro mecánico. Finalizada la descarga se acercó al negocio y de ahí al terreno ubicado en el barrio logroñés de " DIRECCION000 " donde se encontraban su hermano y padre realizando los trabajos necesarios para instalar un cerramiento con postes y malla metálica, a las que se incorporó Arturo , continuando con la ejecución a las 15 horas.

Durante el Domingo 19 de mayo los tres continuaron las labores propias de ejecución de la obra en dicho terreno, al menos hasta las 14.50 horas.

El viernes 24 de mayo continuaban los tres (al menos hasta las 12.30 horas) haciendo estas labores, sirviéndose al efecto del camión con el que había sido visto el viernes anterior.

La empresa facturó al cliente importe correspondiente a mano de obra aplicado en ejecución de dicha obra."

Los documentos que sirven de base a la solicitud son, los informes de la Dra. Crescencia de fechas 11 de julio de 2013 y 24 de febrero de 2014 (folios 103 y 98 de las actuaciones), así como el informe de la psicóloga D^a Felisa de 14 de junio de 2013 que consta al folio 102 de lo actuado, y en lo referente a la supresión de una expresión plasmada en el párrafo segundo del hecho séptimo, está se basa en el informe de **detectives privados** obrantes en el folio 71 de las actuaciones y en las manifestaciones del referido detective efectuadas en el acto del juicio oral.

Pues bien, la revisión pretendida no puede acogerse porque todos y cada uno de los documentos en los que la parte recurrente basa su petición de revisión han sido tenidos en consideración y han sido adecuadamente valorados por la juzgadora de instancia a la hora de conformar su convicción sobre el modo y la manera de producirse los hechos base del litigio.

Efectivamente, si acudimos al fundamento de derecho primero de la sentencia recurrida, podemos apreciar cómo la juez de instancia establece que los hechos probados en el procedimiento, son producto de la valoración conjunta de la prueba practicada y, en concreto, de la valoración de la "documental aportada por las partes y unida a sus respectivos ramos de prueba...". Por otro lado, y si acudimos a las manifestaciones que, con valor de hecho probado, se contienen en el fundamento de derecho quinto de la resolución que se recurre, podemos comprobar que todos los informes médicos y también el elaborado por el detective **privado** contratado por la empresa, en los que se basa el motivo, son objeto de expresa mención y análisis por parte de la juez "a quo" sin que, a este respecto, esta Sala aprecie error valorativo alguno.

De este modo, la adición de los dos párrafos que la parte recurrente quiere incorporar a la actual redacción del hecho séptimo, poco o nada aportan a la misma pues, el tratamiento farmacológico pautado al actor se reseña en la resolución recurrida, y lo mismo ocurre con el diagnóstico establecido y con las referencias del trabajador sobre las razones en las que éste sitúa la causa de su sintomatología.

Por otro lado, tampoco es procedente acceder a la supresión de la expresión "atendiendo a clientes y en la zona de mostrador" - tal y como se pide en el motivo-, pues es precisamente éste uno de los datos que constan de forma expresa en el informe elaborado por el detective **privado**, informe que es el que sirve de base a la petición y en el cual se ratificó por completo el profesional que lo elaboró, completándolo con las respuestas



a las preguntas que le fueron efectuadas por las partes durante el acto del juicio oral, de las cuales en modo alguno cabe apreciar base suficiente para suprimir la expresión que quiere eliminarse del relato de hechos.

Todo lo expuesto determina el rechazo del primer motivo de suplicación.

TERCERO: Con amparo procesal en el apartado c) del art. 193 de la LRJS, la parte que recurre deduce el segundo de sus motivos de suplicación.

En el motivo no se cita ni un solo precepto infringido, limitándose a hacer referencia a dos sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (una de 23/01/90 y otra de 22/09/98) y a varias sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (Castilla-León, Cataluña, Canarias), para pasar a mostrar su discrepancia con las valoraciones efectuadas por la juzgadora de instancia que sirven de base a la resolución que se combate.

Como es sabido, en el ámbito jurídico "o de derecho", el recurso debe citar con precisión y claridad el precepto (constitucional, legal reglamentario, convencional, cláusula contractual) que estima infringido, argumentando suficientemente las razones que crea que le asisten para así afirmarlo, ya que la Sala no puede conocer de las violaciones jurídicas no acusadas en el recurso, aunque existan, con la única salvedad de que, por trascender al orden público y conculcarlo, que no es el caso, el Tribunal debiera actuar de oficio, pues lo contrario quebraría el principio de igualdad procesal entre las partes litigantes, pues mal podría defenderse la recurrida de unos motivos que por su inconcreción oscuridad u omisión no le permitieran el cabal conocimiento de dicho recurso, de su tesis argumentales y en definitiva, de la pretensión de la parte recurrente.

De no cumplirse estos requisitos mínimos de forma, el recurso de Suplicación ha de desestimarse, con la consecuencia automática de ver confirmada la sentencia de instancia defectuosamente impugnada, sin que ello comporte vulneración del art. 24.1 de la Constitución, pues como ha tenido ocasión de señalar el TS en sus Autos de 17 enero 1991 y 13 noviembre 1992 así como el propio TC en sus Sentencias 29/1985, de 28 de febrero, 99/1990 de 24 de mayo, y 10 de febrero 1992, no basta con manifestar una voluntad de recurrir la sentencia de instancia, sino que hay que hacerlo con las exigencias que impone el propio recurso interpuesto, máxime cuando se trata de un recurso extraordinario, cual acontece, como se dijo, con el recurso de suplicación.

Por su parte, y como es igualmente sabido, solo es jurisprudencia a los efectos del presente recurso la emanada de la Sala Cuarta del TS pero no así las resoluciones dictadas por las Salas de lo Social de los TSJ aunque en su contenido se refieran a otras resoluciones dictadas por el Alto Tribunal.

En el caso analizado la parte recurrente no solo no cita ninguna norma sustantiva que considere infringida, sino que en las dos únicas sentencias de la Sala Cuarta a las que se refiere, no se contiene más que parte de la doctrina general aplicable a los despidos provocados por causa de la realización de trabajos en situación de IT, a la cual hace referencia de forma expresa la magistrada de instancia en el tercer fundamento de su sentencia con mención del mismo extracto de la doctrina que la transcribe la parte recurrente.

Estas consideraciones hacen difícilmente valorables las alegaciones contenidas en el motivo del recurso, pues en ellas, como hemos apuntado, tan solo se muestra la discrepancia de la parte recurrente ante la valoración de prueba llevada a cabo por la juez "a quo", proponiendo una valoración diferente, pero sin establecer qué infracción normativa o jurisprudencial se ha cometido en la resolución impugnada.

Pese a lo expuesto, y sobre la base de la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, esta Sala va a dar respuesta concreta al recurso planteado.

Considera la parte recurrente que el despido llevado a cabo debe declararse improcedente, debiendo la empleadora ser condenada a cumplir con las consecuencias legales inherentes al referido pronunciamiento.

En resumida síntesis, en el recurso se establece como bases de la petición las siguientes:

1º.- Que el actor se encontraba en situación de IT debido a una dolencia real y en modo alguno simulada.

2º.- Que en el momento de ser despido no podía realizar su trabajo

3º.- Que la situación del trabajador en la empresa era de conflictividad laboral.

4º.- Que los trabajos realizados en situación de IT tenían como objeto echar una mano a su hermano, siendo trabajos familiares que no evidencian aptitud laboral alguna y que no se corresponden con la categoría profesional asignada.

Pues bien, la realización de actividades -por cuenta propia o ajena, con o sin afán de lucro, incluso de carácter lúdico- en situación de Incapacidad Temporal que resulten incompatibles con la misma suponen una transgresión de la buena fe contractual merecedora de la sanción de despido. Y esto puede y debe ser



así considerado y calificado no solo por la incidencia que las dichas actividades puedan suponer en orden a retrasar objetivamente la curación o recuperación del trabajador, sino también porque las mismas evidencien la posibilidad real de desempeñar el trabajo en la empresa.

La apreciación de la compatibilidad o incompatibilidad de los trabajos o actividades que realice el trabajador en situación de baja, a efectos del despido acordado por la empresa, no se circunscribe a la valoración médica de la incidencia de aquellas actividades sobre el proceso de duración de la dolencia diagnosticada, sino que constituye una cuestión jurídica cuyo ámbito es el de la trasgresión de la buena fe contractual en la que se incurre cuando sea cual fuese la patología que originó la Incapacidad Temporal, la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho, es decir, que la realización del quehacer del trabajador fuera de la empresa indica por sí misma que los padecimientos que sufre le permiten actuar de forma tal que podría desempeñar su tarea laboral ordinaria.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo al analizar como posible causa de despido la realización de actividades o trabajos durante la situación de incapacidad temporal, ha elaborado la siguiente doctrina: "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, pues el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, de tal modo que en el supuesto 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 (STS de 12 de julio de 1990 [RJ 1990\6102]), y que se incurre en la falta que tipifica el artículo 54.2.d) del ET (RCL 1995\997) cuando estando de baja por enfermedad se realizan trabajos lucrativos o de otra índole que perjudican la curación (STS de 24 de julio de 1990 [RJ 1990\6465])".

Pero también ha puesto de relieve el mismo Tribunal Supremo que no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal es sancionable con el 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 evidencia la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS de 22 de septiembre de 1988 [RJ 1988\7095]), siendo obligado valorar las circunstancias especiales concurrentes en cada supuesto, llevando a cabo a tal fin un examen individualizador de la conducta del trabajador, lo que con mayor razón es exigible en aquellos supuestos que se asientan sobre situaciones de incapacidad física o enfermedad, que cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado (STS de 18 de julio de 1990 [RJ 1990\6423]).

Así, la situación de baja por incapacidad laboral no impide al trabajador el hacer vida normal o el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación (STS 14 de febrero 1984 (RJ 1984\876)); con lo que no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, demuestre la realidad de aquel comportamiento, de suerte que lo esencial es determinar si la actividad desarrollada en la situación de incapacidad laboral transitoria, a la vista de las circunstancias concurrentes, y al carácter y naturaleza de la enfermedad, así como de las características de la ocupación, puede perturbar la curación del trabajador, o evidencia que se encuentra capacitado para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo.

En el supuesto enjuiciado, el análisis de la cuestión controvertida debe partir, y no puede serlo de otro modo, del inalterado relato de hechos probados que se contienen en la sentencia de instancia, así como de las manifestaciones que con evidente valor fáctico se contienen en su fundamentación y de ellos sólo puede concluirse que la conducta integral del trabajador, resulta expresiva de que el demandante, como consideró la juzgadora de instancia, ha incurrido en causa de despido.

Consta como probado que el 24/04/2011 la empresa demandada fue autorizada para suspender las relaciones de trabajo de 6 de sus trabajadores (ERE NUM000). Consta igualmente probado que ese expediente suspensivo tuvo que prorrogarse en el año 2012 (hecho tercero). Del mismo modo es un hecho indiscutido que el 16/10/12 y con efectos del 31/10/12 la empresa despidió por causas objetivas a tres trabajadores entre ellos el hermano del demandante, amortizando de este modo uno de los puestos de administrativo existentes en la empresa y uno de sus dos equipos de montaje (hecho tercero).

Finalizado el ERE de suspensión la empresa entregó a los tres trabajadores que quedaban en plantilla (el demandante y dos montadores) la documentación con la que se pretendía justificar un nuevo ERE suspensivo (hecho sexto).

El 08/05/13, coincidiendo con el emplazamiento hecho por la empresa para que el actor recogiera la documentación puesta a su disposición para intentar pactar un nuevo ERE, el actor causó baja por IT derivada



de contingencias comunes, pautándose por su médico de atención primaria tratamiento farmacológico y siendo diagnosticado, tras realizar una valoración psicológica, de trastorno adaptativo mixto (hecho séptimo).

Consta como probado que el 29/04/13 el demandante presentó ante la Inspección de Trabajo una denuncia frente a la empresa acusándola de mobbing (hecho cuarto).

El jueves 16/05/13 el demandante se acercó al establecimiento que regenta su hermano sobre las 9.00 hs. Tras recoger una caja de cartón, se desplazó hasta una nave propiedad de ambos sita en Albelda de Iregua, en cuyo interior el actor permaneció hasta el mediodía, volviendo después de comer para ir luego al negocio regentado por su hermano en donde se quedó hasta las 18.30 hs. atendiendo a clientes y en la zona del mostrador. Al día siguiente el actor acudió nuevamente a la nave antes mencionada, haciéndolo conduciendo un camión del que descargó material y lo colocó en el interior haciendo uso de un toro mecánico. Tras la descarga el demandante acudió nuevamente al negocio de su hermano y de ahí a un terreno ubicado en un barrio de Logroño en donde, junto con su hermano y su padre, realizó los trabajos necesarios para instalar un cerramiento con postes y malla metálica. Las labores propias de la ejecución de esa obra en dicho terreno continuaron el domingo 19 de mayo y, el viernes 24 continuaba esa labor, sirviéndose del camión utilizado el viernes anterior. La empresa facturó estos trabajos (hecho séptimo).

En el supuesto objeto de análisis es más que evidente que la conducta desplegada por el trabajador, encontrándose en situación de IT, revela una aptitud laboral contraria del todo punto a la situación que le había sido médica y formalmente reconocida.

Como hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, la compatibilidad de los trabajos que realice el trabajador en situación de baja con la causa formal de esta, a efectos del despido, no se ciñe a la valoración médica de la incidencia de aquellos trabajos sobre el proceso derivado de la dolencia diagnosticada, sino que constituye una cuestión jurídica cuyo ámbito es el de la trasgresión de la buena fe contractual en la que se incurre cuando sea cual fuere la patología que originó la IT, la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho. De este modo, la existencia de informes médicos que avalen la realidad de una IT no constituye prueba irrefutable de un actuar acorde a la buena fe contractual, debiendo procederse a un examen más profundo de las circunstancias concurrentes de donde pueda comprobarse la capacidad real del trabajador para el desarrollo de su actividad laboral.

Es evidente que de la prueba practicada se desprende que el demandante, en el desarrollo de las actividades llevadas a cabo en situación de IT, demuestra una aptitud para el trabajo superadora de aquellas exigencias que su profesión como administrativo requiere, máxime cuando el propio trabajador reconoció, y así se estableció en la sentencia recurrida, que no solo realizaba las tareas propias de su categoría de administrativo, sino también otras como las de montador, carretillero y análogas que fueron precisamente algunas de las comprobadas como realizadas por el actor encontrándose en situación de IT.

En definitiva, la prueba practicada deja constancia de que el demandante, pese a encontrarse en IT prestó servicios en el negocio regentado por su hermano, en un horario coincidente con el horario laboral, ejecutando labores propias de la instalación de vallados, de almacenamiento y transporte de mercancías, con una prolongación en el tiempo completamente ajena a lo que debe entenderse como una simple colaboración esporádica, siendo precisamente este tipo de actividades de mera relación o deportivas a las que se refiere el informe obrante al folio 98 de las actuaciones.

Por último, el intento de hacer basar la situación de baja en la existencia de una alegada conflictividad laboral, además de no haberse acreditado adecuadamente, carece de relevancia en la respuesta a la cuestión que ahora se suscita, pues lo único acreditado es que el trabajador en situación de IT ha venido realizando tareas de corte físico, durante un lapso de tiempo tan prolongado que permite afirmar su manifiesta aptitud para el trabajo, y la evidente trasgresión de la buena fe que debe presidir la relación de trabajo y sanciona el art. 54.2.d) del ET.

Lo expuesto permite afirmar que la pretensión de la parte recurrente no puede ser acogida, debiendo confirmarse la sentencia de instancia, sin expresa condena en costas.

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

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de D. Arturo contra la Sentencia número 114/2014 del juzgado de lo social número 3 de La Rioja, de fecha 24 de marzo de 2014, dictada en autos promovidos por el recurrente frente a la empresa "COMERCIAL



FERRETERÍA COIMAR, S.L., y el FOGASA en reclamación de despido, confirmando la sentencia dictada en la instancia, sin expresa condena en costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse en la cuenta que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0144-14 del BANESTO, Código de entidad 0030 y Código de oficina 8029 pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos

E./