



Roj: **STSJ MU 1421/2023 - ECLI:ES:TSJMU:2023:1421**

Id Cendoj: **30030340012023100570**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2023**

Nº de Recurso: **1270/2022**

Nº de Resolución: **547/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MANUEL RODRIGUEZ GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA : 00547/2023

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA (UPAD)

Tfno: 968817077-968229216

Fax: 968817266-968229213

Correo electrónico: tsj.social.murcia@justicia.es

NIG: 30016 44 4 2022 0001390

Equipo/usuario: RCM

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0001270 /2022

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000457 /2022

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Amador

ABOGADO/A: JULIA JIMENEZ ROS

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: LEVANTE SUR SOCIEDAD COOPERTATIVA

ABOGADO/A: JOSE GABRIEL SANCHEZ TORREGROSA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

En MURCIA, a veinte de junio de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. MARIANO GASCÓN VALERO, D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ y D. RAMÓN ÁLVAREZ LAITA, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente

SENTENCIA



En el recurso de suplicación interpuesto por D. Amador , contra la sentencia número 295/2022 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 14 de octubre de 2022, dictada en proceso número 457/2022, sobre DESPIDO, y entablado por D. Amador frente a la empresa LEVANTE SUR, SOCIEDAD COOPERATIVA, con intervención del Ministerio Fiscal.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, quien expresa el criterio de la Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO. El demandante ha venido prestando servicios para la empresa demandada desde el 08-01-2014, con categoría profesional de carretillero y salario diario de 70,86 €.

SEGUNDO. El trabajador, que ostenta la condición de fijo-discontinuo, ha prestado servicios un total de 1.411 días.

TERCERO. El demandante fue despedido el 23-05-2022, mediante comunicación escrita del siguiente tenor literal:

"Por medio de ja presente le comunicamos que la empresa ha tenido conocimiento de los siguientes hechos:

En fecha 4 de abril de 2022, usted causó baja en la empresa por contingencias comunes, según nos comunicó mediante parte médico de baja por incapacidad temporal. Usted informó, y no a requerimiento de la empresa, que mantenía una problemática en la zona lumbar y en las extremidades inferiores (rodilla).

Que, a pesar de que comunicó a la empresa su situación de incapacidad temporal para realizar su labor habitual de carretillero, hemos tenido conocimiento a principio de este mes que Ud. se encontraba trabajando en un puesto ambulante de plantas en diversos mercadillos semanales de la zona del Mar Menor.

Por dicho motivo, se le efectuó seguimiento por un profesional durante los días 12, 13 y 16 de mayo de 2022, habiéndose observado durante este seguimiento lo siguiente, con carácter general:

- 1.- Instala y desmonta la estructura de hierro y lona del puesto, donde van expuestas las plantas,
- 2.- Carga y descarga las plantas, desde la furgoneta al puesto.
- 3,- Coge peso y dobla la espalda hacia el suelo constantemente para coger o dejar tiestos.
- 4.- Permanece de pie, casi toda su jornada laboral.
- 5,- Asesora a los clientes sobre diversos aspectos de las plantas y abonos.
- 6.- Realiza ventas y cobra a sus clientes.
- 7.- Se desplaza en su vehículo a diversos Garden Center para abastecerse de nuevas plantas, según van demandando sus clientes,

Y, concretamente:

Jueves, 12 de mayo de 2022: A las 09:30 horas, se comprobó que estaba en el puesto del mercado de Lo Pagán (Murcia), atendiendo a los clientes. Su furgoneta, una Peugeot Expert, de color blanca, matrícula-BPK , se encontraba estacionada en las inmediaciones del lugar. Usted directamente atiende durante esa mañana al público, asesora sobre los diferentes tipos de plantas que tienen y sus cuidados. Finalmente, al no encontrar la planta que le demandó la persona que estaba haciendo el seguimiento, le informó de los mercadillos donde se encuentran ubicados de lunes a sábados: viernes en Pilar de la Horadada, sábado en TorrePacheco, lunes en San Pedro del Pinatar, martes en Los Alcázares, etcétera.

Viernes, 13 de mayo de 2022.- A las 07:35 horas, en el mercadillo semanal de El Pilar de la Horadada (Alicante), tenía su furgoneta ya descargada, Ud. ordenó los diversos tiestos en el suelo, acción que realiza inclinando el cuerpo constantemente hacia abajo. A las 08:47 horas, se marchó en la furgoneta y, treinta minutos después, regresó con plantas. A las 11:40 horas, se marchó de nuevo en la furgoneta, conduciendo, dirigiéndose a los Viveros Espinosa, ubicado en CV-925, Km 31, Pilar de la Horadada (Alicante), para comprar plantas. A las 12:02 horas, introdujo las plantas adquiridas en el vehículo y regresó al mercadillo, descargándolas en su puesto, Después, siguió atendiendo a los clientes durante toda la mañana. A las 12:41 horas, atendió directamente a quien le hacía el seguimiento, mostrándole todas las plantas que tenía y comentando que, al haber



tenido muchas ventas esa mañana, había tenido que hacer dos viajes a un invernadero para abastecerse, A continuación, le compramos varias y se la abonamos, guardándose el dinero de la venta en su bolso/bandolera. A las 13:12 horas, Ud. acercó su furgoneta al puesto y siguió con las ventas. A las 13'16 horas, comenzó a recoger, mientras seguía atendiendo a sus clientes. A las 13'17 horas, quita la lona del tenderete junto con su compañera y desinstalan las estructuras de hierro, guardándolo todo en el vehículo. A continuación, se marchan del lugar.

Lunes, 16 de mayo de 2022: A las 8:10 horas, se comprobó que estaba en el puesto del mercado de San Pedro del Pinatar (Murcia), colocando los maceteros en el suelo. Durante toda la mañana estuvo atendiendo, asesorando y cobrando a los clientes. Durante todo el tiempo estuvo cargando pesos, permanentemente de pie, agachándose, incluso portando elementos como estanterías durante todo el desmontaje del puesto. A las 10:55 horas, regresó tras haberse marchado poco antes con su vehículo cargado de plantas y, tras descargarlas en el puesto, las fue colocando en el suelo, mientras doblaba el torso constantemente hacia debajo de forma intermitente, A las 11:19 horas, cargó en su furgoneta cajas de flores envueltas en papel celofán, y continuó atendiendo y cobrando a los clientes. A las 13:11 horas sacó de la furgoneta cajas de cartón vacías y la estacionó cerca de su puesto. Minutos después, comienza junto con su compañera a recoger las plantas. A las 13:39 horas, recogen la lona y quitan las estructuras de hierro.

Resulta claro que está trabajando casi diariamente en dicho puesto de plantas, lo que se entiende claramente como una simulación de enfermedad. Igualmente, realiza una actividad que, de ser ciertas sus patologías, o de haberlas sido ab initio, sin duda no facilita su recuperación, sino que, más bien, prolongarían su situación de baja, Está prestando servicios, bien para tercera persona (la mujer a la que acompaña en el puesto) o bien para sí mismo, mientras percibe una prestación por estar incapacitado para prestar servicios en su empresa como carretillero,

Queda claro que sí puede conducir su vehículo, realizar esfuerzos, estar largos periodos de tiempo de pie, cargar pesos, incluso en posturas forzadas para espalda y extremidades inferiores, mientras no presta servicios para esta empresa.

Está cometiendo claramente un fraude, tanto a la empresa que sigue acometiendo el gasto que le supone su Seguridad Social -además de tener que asumir con otro trabajador su ausencia-, como para la propia Seguridad Social, que asume la prestación por dicha incapacidad temporal.

Sin duda, este fraude, esta deslealtad a la empresa, supone también una transgresión de la buena fe contractual, y una pérdida de confianza que entendemos suficientemente grave y definitiva como para adoptar la medida que le expondremos a continuación.

El hecho descrito anteriormente, consistente en "la simulación de enfermedad o accidente y/o la prolongación de la baja por enfermedad o accidente", "fraude" (no solamente a la empresa, sino también a la seguridad social) y "deslealtad y transgresión de la buena fe contractual", es constitutivo de una infracción calificada como muy grave, tipificada en los puntos 3, 4, y 5 del listado de muy graves del artículo 36 del Convenio de Manipulado y Envasado de Frutas Frescas y Hortalizas y también en el artículo 54,2 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que, de acuerdo a lo establecido en el apartado l.b) del listado de sanciones para las infracciones muy graves, del mismo artículo y del mencionado Convenio, así como en el propio Estatuto de los Trabajadores, la Dirección de esta empresa ha decidido proceder a sancionarle con el despido disciplinario, con efectos del día de hoy, 23 de mayo de 2022.

Igualmente, le indico que, en cumplimiento de lo previsto en el Convenio Colectivo, se ha informado a los representantes legales de los trabajadores de la sanción".

CUARTO. En fecha 04-04-2022 el demandante inició situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común con diagnóstico de: "crisis de ansiedad".

QUINTO. Los días 12, 13 y 16 de mayo el demandante prestó servicios en un puesto ambulante de plantas en los mercadillos de Lo Pagán, El Pilar de la Horadada y San Pedro del Pinatar, respectivamente.

SEXTO. El actor permanecía en el puesto, perteneciente a su pareja, desde su instalación a las 7:30 hasta la recogida a las 14:00 horas, aproximadamente.

SÉPTIMO. El demandante, junto con su compañera, atendía a los clientes, a los que asesoraba y cobraba, montaba y desmontaba el puesto, conducía la furgoneta con la que acudía a viveros para comprar plantas, etc...

OCTAVO. El demandante fue despedido en fecha 12-08-2019. El despido fue declarado nulo por el juzgado nº 2 de Cartagena en sentencia de 21-02-2020, que ha adquirido firmeza en virtud de auto del Tribunal Supremo de 08-03-2022, en el que se denegó la admisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa.



NOVENO. Además, el actor ha interpuesto contra la empresa las demandas que se citan en el hecho séptimo de la demanda, así como varias denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

DÉCIMO. El demandante presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., que se tuvo por intentada sin efecto.

SEGUNDO.- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: *"Que, desestimando la demanda interpuesta por D. Amador contra la empresa "LEVANTE SUR, SOCIEDAD COOPERATIVA", absuelvo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra y declaro PROCEDENTE el despido del actor y convalidada la extinción del contrato de trabajo que unía a las partes y que aquél produjo, sin derecho a indemnización para el trabajador demandante"*.

TERCERO.- De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por la letrada D^a Julia Jimenez Ros, en representación de la parte demandante.

CUARTO.- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el letrado D. José Gabriel Sánchez Torregrosa en representación de la empresa demandada. El Ministerio Fiscal impugna el recurso por entender que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

QUINTO.- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 19 de junio de 2023 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- El Juzgado de lo Social, nº 1 de Cartagena dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2022, en proceso, nº 457/2022, sobre despido con vulneración de derechos fundamentales, por la que se desestimó la demanda formulada por D. Amador contra la empresa "LEVANTE SUR, SOCIEDAD COOPERATIVA", declarando la procedencia del despido y no apreciando vulneración del derecho fundamental alegado (garantía de indemnidad), al considerar que, si bien existen indicios de tal vulneración, consta acreditado que las actividades llevadas a cabo por el trabajador demandante, por sus características y duración, y no acreditada suficientemente su pretendida naturaleza de "terapia ocupacional", son incompatibles con la situación de incapacidad temporal en que se encontraba, porque revelan su aptitud para desarrollar su actividad laboral para la empresa demandada, por lo que son constitutivas de falta muy grave de trasgresión de la buena fe contractual, tipificada en el art. 36 del Convenio colectivo de manipulado y envasado de frutas frescas y hortalizas y art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por la parte actora; basado, en primer lugar, en la revisión de hechos probados, al amparo del artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; y, en segundo lugar, en el examen del derecho aplicado, de conformidad con el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

La empresa demandada se opone al recurso, habiéndolo impugnado, así como el Ministerio Fiscal, quien entiende que la resolución recurrida es ajustada a derecho.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- En cuanto al primer motivo de recurso se interesa la revisión del hecho probado quinto de la sentencia recurrida para que se diga que "Los días 12, 13 y 16 de mayo el demandante acompañó a su pareja a los mercadillos de Lo Pagán, El Pilar de la Horadada y San Pedro del Pinatar, respectivamente", lo que se sustenta en informe de vida laboral, extracto de cuenta bancaria y parte de baja; modificación fáctica que no puede ser aceptada ya que, cuando el Juzgador de instancia utiliza la expresión prestó servicios, no está evidenciando que existiese una relación laboral entre el actor y su pareja, sino que le ayudó en la actividad efectuada en el mercadillo, por lo que ningún error de valoración puede sustentarse al respecto.

Y, asimismo, se pretende la revisión del hecho probado sexto de la sentencia recurrida, para que se diga que "El puesto de venta ambulante era perteneciente a la pareja del actor, donde el mismo se encontraba durante el visionado", a cuyo efecto se alega el visionado del video realizado por el detective privado; revisión que igualmente se ha de rechazar ya que no se aprecia error en relación con las horas en que el actor permaneció en el puesto de venta ambulante, siendo lo determinante, no si el puesto pertenecía a la pareja del actor, lo que



no se niega por éste, sino si en dicho puesto se desarrollaron las tareas que constan acreditadas en hechos probados.

Por lo que, en tales condiciones, no se evidencia error o equivocación por parte del Magistrado de instancia en la valoración de los medios de prueba que le han llevado a formar su convicción sobre el particular; a lo que ha de unirse que, como esta Sala tiene declarado de manera constante y uniforme, no es posible sustituir el imparcial criterio alcanzado por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta del material probatorio aportado a los autos, conforme a las facultades otorgadas por el artículo 97.2 de la LRJS, por el más subjetivo de parte en legítima defensa de sus intereses, salvo que se aprecie error de valoración, lo que no sucede en el caso de autos.

Por todo ello, debe desestimarse este primer motivo de recurso.

FUNDAMENTO TERCERO.- Como segundo motivo de recurso, se alega que la sentencia de instancia ha vulnerado los artículos 54.1, 55.4, 55.5 y 8.1 del ET, así como el artículo 108.1 y 2 de la LRJS y la doctrina judicial sobre la aplicación de la transgresión de la buena fe contractual, al entender que los hechos cometidos por el demandante no tienen entidad y gravedad suficiente para ser acreedores de las infracciones imputados por la empresa y de la sanción de despido; denuncias normativas que no pueden prosperar ya que los hechos declarados ponen de manifiesto que el trabajador demandante, estando en situación de incapacidad temporal, realizó tareas y actividades (montaba y desmontaba el puesto de venta ambulante), con los esfuerzos físicos que ello comporta de carga y descarga y coger pesos, cobraba a los clientes permaneciendo de pie en el puesto y, en todo caso, en dicho puesto desde las 7,30 horas hasta las 14 horas y conducía la furgoneta con la que acudía a los viveros para comprar plantas, actividades que son equivalente o similares a las que corresponderían en su trabajo como carretillero, sobre todo en la actividad física y conducción; por lo que, si el trabajador demandante podía llevar a cabo las expresadas actividades, no cabe duda que podía realizar la actividad de carretillero, por lo que su falta de incorporación a su trabajo, sin haberse acreditado que aquellas tareas le supusiesen una terapia ocupacional necesaria y precisa para la patología determinante de la IT, suponen una evidente transgresión de la buena fe contractual, pues, teniendo aptitud para su trabajo, debió solicitar su incorporación, y no provocar que el empresario no pudiese contar con el mismo, con lo que ello supone respecto a la organización del trabajo; lo que implica que la conducta del trabajador deba calificarse de grave.

Ello implica que, si bien pudiesen existir indicios de vulneración de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, lo cierto es que la empresa, dando cumplimiento a la inversión de la carga de la prueba conforme al artículo 181.2 de la LRJS, ha justificado de forma objetiva y razonable que la sanción de despido obedece a la conducta antijurídica desplegada por el trabajador, siendo de todo punto proporcionada la referida sanción, al ser la que permite imponer el convenio colectivo para las infracciones muy graves, como es la transgresión de la buena fe contractual y deslealtad.

Por todo ello, y con aceptación de los argumentos del Magistrado de instancia, debe desestimarse el recurso de suplicación, 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. Amador , contra la sentencia número 295/2022 del Juzgado de lo Social número 1 de Cartagena, de fecha 14 de octubre de 2022, dictada en proceso número 457/2022; confirmándose la sentencia recurrida.

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 al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) 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 ingresado en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:



1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-1270-22.

2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-3569-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66-1270-22.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán 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 del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

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, devuélvase 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.