

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco
Euskal Autonomia Erkidegoko Justizia Auzitegi Nagusia Lan-Arloko Sala

C/ Barroeta Aldamar, 10 7ª Planta - Bilbao

94-4016656 - tsj.salasocial@justizia.eus

NIG: 2006944420220004368

0002304/2023 Sección: JT6 **Recursos de Suplicación / Erregutze-errekurtsoak**

Juzgado de lo Social Nº 3 de Donostia-San Sebastian 0000865/2022 - 0 Despidos / Ceses en general 0000865/2022

- 0

RECURSO N.º: Recursos de Suplicación, **SENTENCIA N.º:** 000295/2024
0002304/2023

NIG PV:

NIG CGPJ:

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 6 de febrero de 2024

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/a Ilmos./Ilma. Sres./Sra. D.ª Garbiñe Biurrun Mancisidor, Presidenta, D. José Félix Lajo González y D. Fernando Breñosa Alvarezde Miranda Magistrados/a, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY la
siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por XXXXXXXXXXXXXXXX contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º Tres de los de Donostia-San Sebastian de fecha 29 de septiembre de 2023 dictada en proceso sobre Despido, y entablado por XXXXXXXXXXXXXXXX frente a XXXXXXXXXXXXXXXX.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jose Felix Lajo Gonzalez, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

"PRIMERO.- Que XXXXXXXXXXXXXXXX ha venido trabajando por orden y cuenta de la empresa demandada XXXXXXXXXXXXXXXX., con la categoría profesional de Oficial de 1ª, desde el día 17 de octubre de 1994, percibiendo un salario medio mensual de 3.721,40 euros, con inclusión del prorrateo de pagas extraordinarias.

SEGUNDO. Que a esta relación laboral resulta de aplicación el Pacto de Empresa XXXXXXXX para los años 2022 a 2024 y el Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa.

TERCERO.- El actor se encontraba en situación de Incapacidad Temporal desde el 4 de diciembre de 2021. El actor fue diagnosticado de una tendinopatía del manguito rotador en hombro derecho con rotura parcial del supraespinoso, que cursa con dolor y limitación de movimientos que se realizan por encima del plano cefálico.

CUARTO.- El XXXXXXXX participó el día 17 de septiembre de 2022 en el festival XXXXXXXXXXXXXXXX" celebrado en el barrio de XXXXXXXXXXXXXXXX, donde tocó la guitarra en un grupo de música rock, a partir de las 21:00 de la noche.

SEXTO.- La participación del actor en el concierto se considera contraproducente para una adecuada evolución de una tendinopatía del manguito rotador en hombro derecho, alargando el proceso de su curación.

SÉPTIMO.- El día 20 de septiembre la responsable de Recursos Humanos de la empresa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tuvo conocimiento de la actuación en la que participó el XXXXXXXXXXXXX, tras la recepción, vía *whatsapp*, de un vídeo del concierto grabado por otro trabajador de la empresa.

OCTAVO.- La Sra. XXXXX, responsable de Recursos Humanos de la empresa, pone la decisión de despedir al actor en conocimiento del Delegado Sindical de la Sección Sindical de UGT D. XXXXXXXX y , al Presidente del Comité de empresa D. XXXXXXXXXXXX verbalmente, entre los días 20 y 23 de septiembre de 2022. Tras ello, las comunicaciones entre Dña XXXXXXXXXXXX y el Sr. XXXXXXXXXXXX son frecuentes.

NOVENO.- El día 17 de noviembre de 2022 la empleadora entrega al actor carta de despido disciplinario, del siguiente tenor literal: "*Muy Sr. Nuestro:*

Por medio de la presente le comunicamos que, la Dirección de esta Compañía ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su contrato de trabajo por despido disciplinario, como consecuencia de la comisión por usted de los siguientes hechos constitutivos de falta laboral muy grave:

El Martes 20 de Septiembre de 2022 a las 11:30 hroas, la Dirección de esa Compañía tuvo conocimiento vía whatsapp de que el sábado 17 de septiembre usted tocó en el festival "XXXXXXXXXX" En el barrio de XXXX

Como bien sabe, en las imágenes que posee la empresa y que usted mismo ha visionado (no obstante están a su disposición en las oficinas de la Compañía), se ve como usted actúa como integrante de uno de los grupos del festival, tocando el bajo, mientras se encontraba de baja por Incapacidad temporal por una dolencia de hombro desde el 4 de Diciembre de 2021.

Según las dolencias que padece no debería poder realizar esta actividad, ya que en principio se encuentra con rango de movimiento limitado debido a su dolencia en el hombro y no puede coger peso.

Nos encontramos por tanto ante una trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por su parte, regulada como incumplimiento grave y culpable en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores. No se trata de una actuación correcta y coherente por su parte, ya que si no está facultado para acudir a trabajar debido a su dolencia, y por la información que ha trasladado al servicio médico de empresa no puede moverse con normalidad, sostener o levantar peso, y su rango de movimiento es muy limitado (no pudiendo según sus palabras ni sostener un plato), no puede tocar el bajo en un concierto de rock con los movimientos que eso implica, no solo por el hecho de tocar el instrumento, sino por tener el mismo colgado de su hombro y por los enérgicos movimientos que realiza a lo largo del concierto y que se pueden ver en las imágenes facilitadas a la Compañía. Se trata de una actividad totalmente incompatible con la incapacidad temporal que tiene concedida y por la que lleva de baja desde el 4 de diciembre de 2021.

Esta trasgresión se tipifica también en el convenio colectivo de aplicación en la Compañía en su artículo 44, en concreto en la letra d) de "Faltas muy graves". En el mismo se recoge como falta muy grave:

d) La simulación de enfermedad o accidente. Se entenderá que existe infracción laboral, cuando encontrándose en baja el/a trabajador/a por cualquiera de las causas señaladas, realice trabajos de cualquier índole por cuenta propia o ajena. También tendrá la consideración de falta muy grave toda manipulación efectuada para prolongar la baja por accidente o enfermedad".

La totalidad de los hechos descritos con carácter previo, son constitutivos de falta laboral muy grave y culpable y de causa de despido disciplinario de conformidad como hemos expuesto anteriormente con lo establecido en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 44 d) (Faltas muy graves) del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Gipuzkoa, razón por la que no nos queda más remedio que proceder a su despido disciplinario, con efectos inmediatos.

Le adjuntamos propuesta detallada de liquidación y finiquito y le advertimos que Usted puede solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores al firmar el presente recibo de finiquito, en el cual, haga o no uso de su derecho, se hará constar expresamente, conforme lo establece el artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Aprovechamos para recordarle que Ud. Ha estado en contacto con información confidencial de la Compañía, y la obligación de guardar secreto le resulta exigible aún después de extinguido su contrato de trabajo.

Asimismo, le rogamos que proceda a devolver el material propiedad de la Compañía, como documentación interna y, en general, cualquier otra propiedad de la Compañía y equipamiento que pudiera estar en su poder o que tenga bajo custodia.

Finalmente, rogamos firme copia de la presente comunicación a los solos efectos de que conste su recepción."

DÉCIMO.- El trabajador no es, ni ha sido representante legal de los trabajadores.

2UNDÉCIMO.- En fecha de 22 de diciembre de 2022 se celebró el preceptivo acto de conciliación, sin avenencia."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que, desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, debo declarar y declaro procedente el despido disciplinario del trabajador XXXXXXXXX, con efectos de fecha 17 de noviembre de 2022, absolviendo a la empresa XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX. de todas las pretensiones deducidas contra la misma."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que ha sido impugnado por la parte contraria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- RECURSO PLANTEADO.

Interpone recurso el trabajador demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de San Sebastián, de fecha 29 de septiembre de 2.023, que desestima su demanda y declara procedente su despido disciplinario.

El recurso contiene tres motivos de censura jurídica, y termina solicitando la nulidad o subsidiaria improcedencia del despido, así como una indemnización adicional de 30.000 euros por vulneración de sus derechos fundamentales.

La empresa ha impugnado el recurso de suplicación, vertiendo las alegaciones que obran en autos.

SEGUNDO.- CENSURA JURIDICA.

En el primer motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por el trabajador recurrente infracción de los artículos 55.5 ET, 108.2 LRJS, 2 de la Ley 15/2022, alegando que el actor llevaba 11 meses de baja cuando fue despedido, por lo que el despido ha sido una discriminación y un ataque a su salud y a la integridad física, por lo que debe ser declarado nulo.

En el segundo motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por el trabajador recurrente la infracción del artículo 54.2 d) del ET., por considerar que no toda actividad realizada durante la IT puede calificarse como desleal; y que tocar la guitarra no es incompatible con la lesión de hombro del actor, ni puso en riesgo su curación, ni evidenció capacidad para prestar servicios en su profesión habitual.

En el tercer motivo del recurso, y con amparo en el artículo 193 c) LRJS, se denuncia por el trabajador recurrente infracción del artículo 183 LRJS, alegando que, puesto que se han vulnerado sus derechos fundamentales, tiene derecho a 30.000 euros de indemnización por daño moral.

La empresa ha impugnado el recurso defendiendo lo razonado en la sentencia, rechazando que el trabajador durante la situación de IT pueda hacer lo que le dé la gana, aunque se encuentra en lista de espera para ser intervenido quirúrgicamente; y que no existe vulneración de derechos fundamentales, ni procede indemnización alguna.

TERCERO.- RAZONAMIENTO Y DECISION DE LA SALA.

A la vista del indiscutido relato de hechos probados, los motivos de censura jurídica han de ser estimados en parte, por los motivos jurídico-fácticos siguientes:

A.- Soporte fáctico y pronunciamiento de la sentencia recurrida.

El actor presta servicios para XXXXXXXXXXXXXXXX desde el 17 de octubre de 1994 como oficial de 1ª.

Se encontraba en situación de IT por enfermedad común desde el 4 de diciembre de 2021, con un diagnóstico de tendinopatía del manguito rotador en hombro derecho, con rotura parcial del supraespinoso, que cursa con dolor y limitación de movimientos por encima del plano cefálico. Estaba en lista de espera, pendiente de intervención quirúrgica.

El 17 de septiembre de 2022 tocó la guitarra en el festival XXXXXXXXXXXXX a partir de las 21.00 horas.

La empresa despidió al trabajador por transgresión de la buena fe contractual por carta entregada el 17 de noviembre de 2022.

La sentencia de instancia considera probado que el trabajador tocó la guitarra en un concierto de rock, lo cual afectó a su proceso de curación, y resulta contraproducente para una adecuada evolución de la tendinopatía, lo que justifica la procedencia de su despido disciplinario; y descarta cualquier discriminación por discapacidad o enfermedad, y cualquier derecho indemnizatorio ligado a los derechos fundamentales.

B.- Transgresión de la buena fe contractual. Inexistencia.

La juzgadora de instancia, en el libre ejercicio de valoración de la prueba, que a ella le compete, (artículo 97.2 LRJS), alcanza la conclusión de que el actor tocó la guitarra en un concierto de rock durante su situación de IT por rotura parcial del supraespinoso y tendinopatía del hombro derecho.

Partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, no se aprecia por la Sala la existencia de una conducta clara de trasgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador, - artículo 54.2 d) ET-, puesto que no llevó a cabo una actividad incompatible con su situación de incapacidad temporal.

El trabajador es oficial 1ª, y tiene limitados los movimientos del hombro derecho por encima del plano cefálico, como consecuencia de la rotura parcial del supraespinoso, estando pendiente de intervención quirúrgica. En esta situación física, el hecho de tocar la guitarra no evidencia aptitud laboral por parte del operario, ni permite afirmar la existencia de una conducta grave y contraria a la buena fe que ampare el despido adoptado por la empresa.

Hay que tener presente que la buena fe y la confianza responden a un principio fundamental que informa todo el derecho de obligaciones y de modo particular el ordenamiento jurídico laboral, que considera que la buena fe recíproca es consustancial al contrato de trabajo - art. 20.2 de la LET - e impone al trabajador su observancia obligada en el cumplimiento de sus deberes laborales - art. 5.a) de la LET -, pues "la empresa - recuerda la STS de 25 de enero de 1988 EDJ 1988/10395 - además de una organización dirigida a la producción de bienes y servicios, es una célula social en la que se integra el hombre para su plena realización mediante su trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona. De aquí que las reglas más elementales que norman la convivencia tengan que ser fielmente observadas, precisamente con mayor cuidado en el ámbito donde el hombre pasa la mayor parte de su existencia, por el empresario y por los trabajadores, tanto entre aquél y éstos, como entre éstos mismos, pues sólo así podrá respetarse debidamente la dignidad de cada uno de ellos, fundamento básico de la paz social, según reconoce el artículo 10.1 de la Constitución EDL 1978/3879. Quien no actúa en la línea indicada, abusa de la confianza que han de dispensarse mutuamente quienes conviven durante la jornada laboral. Y así se hace responsable de una falta sólo corregible mediante la expulsión de ese ámbito de convivencia en el que ha acreditado no saber estar".

El demandante, a pesar de estar en situación de IT, ha participado en un concierto de rock, tocando la guitarra. Tal conducta no es incompatible con su situación de incapacidad temporal. No se trata de una actividad de esfuerzo físico con las extremidades superiores, ni precisa elevación del hombro derecho, como es notorio, y menos por encima de la horizontal. Siendo así, no cabe afirmar que la conducta del operario ha incidido negativamente en su estado físico. Se trata de una actividad lúdica, (tocar la guitarra), no exigente a nivel de los hombros, (aunque sea en un concierto de rock), con lo que la deslealtad para con la empresa resulta inexistente.

La jurisprudencia ha configurado la deslealtad como un obrar malicioso siempre que, a su vez, suponga el incumplimiento grave y culpable de los deberes de fidelidad exigibles en el cumplimiento de los deberes confiados; señalándose como requisitos de esa figura: a) la existencia de una relación laboral; b) violación de los deberes de fidelidad y c) que el trabajador actúe con una conciencia clara de que su conducta vulnera aquellos deberes. Sin embargo no se exige que la conducta sancionable con despido sea calificada de dolosa pues, como advierte la STS de 21 de julio de 1988 EDJ 1988/6550, "es reiterada la doctrina de la Sala según la cual el artículo 54, núm. 1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 sólo exige un incumplimiento grave y culpable sin que sea necesario la presencia de un elemento intencional de carácter doloso para apreciar la infracción de la trasgresión de la buena fe contractual en cuanto omisión de la diligencia debida en la prestación del trabajo (sentencias de 6 de mayo, 24 de junio EDJ 1986/4414, 11 de septiembre EDJ 1986/5472 y 9 de diciembre de 1986 EDJ 1986/8085)."

El Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 25 de marzo de 2002 EDJ 2002/10418 y la del mismo Tribunal de 13 de febrero de 1.991 (EDJ 1991/1518)

EDJ 1991/1518 , declara, en interpretación del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, y respecto a si la actividad que realiza un trabajador, durante la baja, es lesiva para su enfermedad, ha precisado que no toda actividad desarrollada en la situación de incapacidad laboral transitoria es susceptible de configurar una trasgresión grave de la buena fe contractual a efectos de justificar el despido y ha utilizado, en determinados casos, varios criterios para valorar el alcance de la conducta enjuiciada. Lo relevante es que *la actividad desarrollada perturbe o demore la curación del trabajador, o evidencie su aptitud para reiniciar el trabajo.*

En nuestro caso, el hecho de tocar la guitarra en un concierto no ha perturbado o demorado la curación de este trabajador. El actor se encuentra en lista de espera para la intervención quirúrgica de su hombro derecho, de manera que la fecha de curación, en principio, viene dada por dicha operación quirúrgica, y no se ve alterada por el hecho de tocar la guitarra antes de ser operado.

No se trata de una falta muy grave por violación de la buena fe contractual, por lo que el despido debe ser declarado improcedente.

C.- Discriminación por enfermedad. Inexistencia.

Pese a la situación de IT del trabajador, (de 11 meses de duración cuando fue despedido), la parte demandada ha acreditado que la decisión empresarial no constituye ninguna discriminación ni represalia.

El artículo 96 LRJS y los artículos 2 y 30 de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, exigen un esfuerzo probatorio de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. En nuestro caso, la empresa ha desplegado la actividad probatoria suficiente para deshacer la inversión de la prueba, por lo que no se puede afirmar que la decisión empresarial vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, - artículo 14 CE-.

La empresa ha acreditado, como le incumbe ex artículo 96.2 LRJS, que el despido obedece al conocimiento que ha tenido de la participación del trabajador como guitarrista en un concierto de rock durante la situación de incapacidad temporal, lo cual, si bien no constituye una transgresión de la buena fe contractual, no tiene nada que ver con una discriminación por razón de enfermedad.

Debemos, por todo lo expuesto, rechazar la nulidad de la decisión extintiva, y la indemnización adicional reclamada por vulneración de derechos fundamentales.

Procede estimar en parte el recurso, y revocar la sentencia recurrida, estimando la pretensión subsidiaria de la demanda, y declarando el despido *improcedente*; sin costas, - artículo 235 LRJS-.

El importe indemnizatorio, con los indiscutidos datos de salario y antigüedad que recoge el hecho probado primero, asciende a 95.430'97 euros.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación de don XXXXXXXXXXXX revocamos la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2.023 dictada por el Juzgado de lo Social nº3 de San Sebastián, en autos 865/2022, y, estimando la petición subsidiaria de la demanda, declaramos su despido *improcedente*, condenando a la empresa XXXXXXXXXXXX . a que, en el plazo de cinco días, opte entre readmitir al trabajador, con abono de los salarios de trámite, o abonarle una indemnización de 95.430'97 euros ; sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

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 juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.