

DERECHO LABORAL INDIVIDUAL

Universidad Carlos III de Madrid

TEMA 12

LECTURA RECOMENDADA

Ana Moreno Márquez

DESPIDO IMPROCEDENTE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1824/2005, de 2 de marzo.

Recurso de Suplicación núm. 9033/2004

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel de Prada Mendoza

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Sabadell, de fecha 23-02-2004, en autos promovidos sobre despido, que queda revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

En Barcelona a 2 de marzo de 2005.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚM. 1824/2005

En el recurso de suplicación interpuesto por Lorenzo frente a la Sentencia del Juzgado Social 2 Sabadell de fecha 23 de febrero de 2004 dictada en el procedimiento Demandas núm. 1314/2003 y siendo recurrido/a Talleres Dam SA. Ha actuado como Ponente el/la Ilmo. Sr. Ángel de Prada Mendoza.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 16-7-03 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinario, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha

23-2-04 que contenía el siguiente Fallo:

«Que desestimando la demanda por despido interpuesta por D. Silvio contra Talleres Dam, SA debo declarar y declaro procedente el despido y extinguida la relación laboral sin derecho a indemnización alguna, absolviendo a la demandada de los pedimentos de la presente demanda».

SEGUNDO

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

I.–El actor ha venido prestando servicios por cuenta ajena bajo la dependencia de la empresa demandada, desde el 28 de octubre de 1980, con la categoría de oficial 2ª y salario bruto mensual con prorrata de pagas extras de 1.776,24 euros, hecho no controvertido.

II.–El actor causó baja de incapacidad temporal el día 2 de junio de 2003 por depresión siendo dado de alta el 15 de septiembre de 2003.

III.–La empresa notificó al actor su despido disciplinario con efectos de 18 de junio de 2003, mediante carta de despido cuyo contenido por obrar en autos se da por reproducido. (Folio 23).

IV.–El actor el día 5 de junio sobre las 9,25 horas entró en el Bar Granja La Escala de Mollet tomando dos copas de coñac y un café saliendo después a pasear por la rambla de dicha localidad. El día 11 de junio de 2003 sobre las 9,30 horas el actor entró a tomar un café y dos copas de coñac en el bar Los Cazadores de la calle Gallecs de Mollet y más tarde en el bar Extremadura donde tomó dos cervezas saliendo sobre las 11 horas, regresando a su domicilio. Sobre las 12 horas de dicho día volvió al bar Los Cazadores donde volvió a tomar dos cervezas. El día 12 de junio el actor sobre las 9 de la mañana acudió al bar Los Cazadores consumiendo un café y dos copas de coñac. Después acudió al Bar La Gamba en la calle Sant Joan donde también tomó dos cervezas y más tarde al Bar Cervantes donde tomó dos cervezas marchándose sobre las 11,66 de la mañana. Posteriormente sobre las 12 horas se dirigió al bar Los Cazadores donde se tomó dos cervezas, regresando después a su casa.

V.–Según el informe médico emitido con fecha 20 de junio de 2003 el actor está diagnosticado de depresión no existiendo contraindicación alguna para que el paciente salga de su domicilio. (Folio 27).

VI.–El Sr. Juan Ramón, representante de la entidad demandada manifestó que nunca había tenido ningún problema con el actor si bien tras oírle manifestar que se tomaba la baja porque estaba deprimido y quería reposo consideró extraña esta situación y estimó que se había producido un cambio de actitud en el trabajador optando por iniciar el seguimiento.

VII.–El demandante no ha ostentado en el último año la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

VIII.–Presentada papeleta de conciliación ante el SMAC en fecha 3 de julio de 2003, se celebró el acto en fecha 22 de julio de 2003, con el resultado de intentado sin efecto.

TERCERO

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte actora, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Recorre en suplicación la parte actora contra la sentencia de instancia que declara procedente el despido disciplinario objeto del litigio a través de un único motivo con amparo procesal en la letra C) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se critica la sentencia de instancia a la que se atribuye infracción por aplicación indebida del artículo 54.2.d) del ET y de la jurisprudencia sobre la Teoría «gradualista» contenida en las sentencias del TS que cita para sostener que la conducta imputada al trabajador no puede entenderse causa justificada de despido disciplinario.

Los criterios jurisprudenciales que acertadamente recoge la sentencia de instancia y aplicables a la causa de despido que contempla el artículo 54.2 c) del ET cuando se fundamenta en la conducta del trabajador que se encuentra en situación de baja médica y que cabe resumir en los siguientes: a) Si el trabajador en situación de incapacidad laboral realiza actos demostrativos de que ya estaba curado o que son contrarios al tratamiento médico, está defraudando tanto a la empresa, como a la propia Seguridad Social (STS 22 marzo 1983) por lo que la prestación de servicios por cuenta ajena o propia, e igualmente, la realización por el trabajador de cualquier otra actividad determinan la concurrencia de causa de despido, sin perjudicar la recuperación o son demostrativas de su efectiva curación (STS 21 de febrero de 1984); b) La situación de baja por incapacidad laboral no impide al trabajador el hacer vida normal o de desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación (STS 14 de febrero 1984); con lo que no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad laboral transitoria puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de los circunstancias concurrente, es especial la de índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 29 de enero 1987) y 24 de julio de 1990).

Como se indica en la sentencia de este Tribunal de 22 de septiembre de 1988, lo esencial es determinar si la actividad desarrollada en la situación de incapacidad laboral transitoria, a la vista de las circunstancias concurrentes, y en concreto, la índole de la enfermedad, y 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.

Y la respuesta a esta cuestión en el caso de autos no ha de ser necesariamente afirmativa.

El actor presta servicios para la entidad demandada desde el 28 de octubre de 1980, como Oficial 2ª, encontrándose de baja médica desde el día 2 de junio de 2003, por depresión, no existiendo contraindicación alguna para que el paciente salga de su domicilio. En tales circunstancias ha ingerido en los días que se especifican en el cuarto de los hechos probados 5 de junio, café y dos copas de coñac sobre las 9,25 horas, el día 11 de junio sobre las 9,30 café y dos copas de coñac y más tarde en otro bar dos cervezas saliendo a las 11 horas y regresando a su domicilio y sobre las 12 vuelve al mismo bar y toma dos cervezas y el día 12 de junio sobre las 9 de la mañana, toma café y dos copas de coñac y después en otro establecimiento dos cervezas y más tarde otras dos cervezas marchándose sobre las 11.55 de la mañana para posteriormente sobre las 12 horas se dirige a otro bar donde se toma dos cervezas regresando después a su casa. No consta que la ingesta de bebidas alcohólicas en la cantidad expresada esté contraindicada con su estado, toda vez que no se probado que haya recibido tratamiento

farmacéutico ni que perjudique y retrase de forma importante las posibilidades de curación, de ahí que no quede de forma manifiesta la grave transgresión de la buena fe contractual por el comportamiento del trabajador no estando incurrido en la causa de despido que describe la letra d) del art. 54 21 del ET debiendo por ello estimarse improcedente el despido condenando a la empresa a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador, con abono de salarios de tramitación previstos en el párrafo b) del apartado 1, o al abono de una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, y a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia (art. 56 ET) procediendo la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando

el recurso de suplicación interpuesto por Lorenzo, contra la sentencia dictada en fecha 23 de febrero de 2004 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Sabadell en autos núm. 1314/03 seguidos a instancia del recurrente contra Talleres Dam, SA, debemos revocar y revocamos la misma y en su virtud, declaramos de improcedente el despido del actor de fecha de efectos de 18 de junio de 2003, debemos condenar y condenamos a la empresa Talleres Dam, SA a que en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, opte entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, a razón de su salario bruto mensual con prorrata de pagas extras de 1.776,23 euros al mes, o al abono de una indemnización de 65.056,99 euros.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del artículo 219 de la Ley de Procedimiento Laboral

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

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

PUBLICACIÓN. –La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el/la Ilmo./a. Sr./a. Magistrado/a Ponente, de lo que doy fe.

DESPIDO PROCEDENTE

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social).
Sentencia núm. 3268/2002 de 19 de abril.**

Recurso de Suplicación núm. 7344/2001

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos

El TSJ, en autos promovidos en reclamación por despido, seguidos ante el Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarrasa, estima el recurso interpuesto por la empresa demandada, y desestima el planteado por el actor, contra la Sentencia de instancia, de fecha 30-06-2001, que es revocada en el sentido reseñado en la fundamentación jurídica.

En Barcelona a 19 de abril de 2002.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NUM. 3268/2002

En los recursos de suplicación interpuestos por Delphi Diesel Systems, SL y don Francisco Javier F. F. frente a la Sentencia del Juzgado Social 1 Terrassa de fecha 30 de junio de 2001 dictada en el procedimiento núm. 285/2001 y siendo recurrido el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 4 de abril de 2001 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido disciplinario, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2001 que contenía el siguiente Fallo:

«Estimando en parte la demanda presentada por Francisco Javier F. F. contra la empresa Delphi Diesel Systems, SL, declaro improcedente el despido de fecha 22 de marzo de 2001 y condeno a la empresa demandada a que, a su opción, proceda a la readmisión del trabajador o al abono de la indemnización de 5.934.471 pesetas. Opción que deberá realizar el empresario en el plazo de los **cinco** días siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, con advertencia de que, de no hacerlo, se entenderá tácitamente ejercitada la opción en favor de la readmisión. Debiendo abonar asimismo al actor, cualquiera que sea el sentido de la opción ejercitada, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución en la cuantía diaria de 10.921 pesetas».

SEGUNDO

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

«I.–El demandante ha venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada desde el día 27-2-1989, con la categoría profesional de Oficial de 2ª y salario de 10.921 pesetas diarias, incluida la prorrata de pagas extras.

II.–La empresa demandada, en fecha 22-3-2001, notificó por escrito al demandante carta de despido, con efectos de esa misma fecha, en la que se le imputaban los hechos que en la carta se relatan, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad, los cuales se considera que constituyen falta muy grave tipificada en el art. 56.2 d) del Estatuto de los Trabajadores .

III.–El actor padece desde enero de 2001 un síndrome de ansiedad generalizada, desencadenado por problemas laborales. En fecha 26 de febrero le fue extendida baja médica, al aumentar la sintomatología, iniciando situación de incapacidad temporal en la que permaneció hasta el 9 de marzo, en que se le dio el alta médica. En informe emitido por el CAP Terrassa Sud se hace constar que en el momento de la baja se le cambió la medicación y se le recomendaba actividades con el fin de mejorar la sintomatología ansiosa. La empresa Delphi Diesel Systems complementa la prestación de IT a sus trabajadores hasta el 100% de la base reguladora.

IV.–El actor forma parte de la Junta Directiva de la Sección de Tenis del Atlètic Terrassa Hockey Club desde el año 1994, cargo por el que no percibe retribución alguna, ni devenga comisiones ni dietas. En su condición de tal, colabora asiduamente, de forma voluntaria, en las actividades de la sección, como en el caso del reciente Campeonato Ciudad de Terrassa de Tenis al que después se aludirá.

V.–Entre los años 1997 a 2001, el actor, quien tiene licencia de árbitro regional de tenis, ha realizado numerosas actividades relacionadas con ese deporte, actuando en numerosos torneos y campeonatos como Director de torneo, Juez árbitro, Juez silla o Juez de línea. La relación detallada de tales actividades se contiene en la certificación de la Federación Catalana de Tenis aportada por la parte actora (doc. 54), que se da por reproducida. Las fechas de celebración de los diferentes torneos y campeonatos en los que ha participado el actor nunca han coincidido, salvo en la baja citada en el hecho 3 anterior, con las situaciones de baja por incapacidad temporal del actor que se relacionan en el doc. 3 de la parte demandada, que se da asimismo por reproducido.

VI.–En fecha 1 de marzo pasado se publicó en el período “El 9 Nou” (pag. 19) información de la presentación oficial del “26 è Trofeu Ciutat de Terrassa de Tennis”, que iba a tener lugar en las instalaciones del Atlètic Terrassa Hockey Club entre el 5 y el 11 de marzo, en cuya información se mencionaba al actor Xavi F. como Director del torneo. En la referida información se inserta fotografía del acto de presentación del torneo en el que aparece el actor. De la celebración del torneo y de la dirección del mismo a cargo del actor dio también información el Diari de Terrassa del día 1 de marzo (pg. 23).

VII.–En fecha 15 de marzo se publicó en el periódico “El 9 Nou” (pag. 23) entrevista con el actor, en su condición de Director del torneo recién celebrado y como director de la Comisión Deportiva del Atlètic de tenis, acompañada de fotografía del mismo.

VIII.–El día 1 de marzo, tras la publicación de las informaciones mencionadas en el hecho 6, la empresa Delphi Diesel Systems encargó a la empresa Nex Grup, que colabora con la empresa y la Mutua concertada en la prestación de los servicios médicos de empresa, informe sobre la situación de baja del actor. En el informe emitido por la referida empresa ratificado en el acto de juicio, consta que el doctor Albert R. acudió el

5 de marzo, a las 15 horas, al domicilio del actor, sin que éste se hallara presente, dejando aviso de próxima visita el día 7, de fecha en la que el mismo médico se personó de nuevo en el domicilio del actor, a las 15.50 horas, sin que tampoco se hallara presente.

IX.–Los días 5 a 11 de marzo se celebró en las instalaciones deportivas “Can Sala” del Atlètic Terrassa Hockey Club el Trofeu Ciutat de Terrassa de Tennis, perteneciente al Circuit Anella de Catalunya. El demandante acudió todos los días precitados a las instalaciones del club y realizó durante las jornadas en que se desarrolló el campeonato distintas actividades, muchas de ellas en las oficinas del club, en su condición de director del torneo, y otras en las instalaciones exteriores, tales como tomar fotografías, llevar agua a los jugadores, observar los partidos y ayudar a montar un “stand” de ropa y otros objetos. El día 6 de marzo arbitró uno de los partidos como Juez de silla. El día 11 de marzo ayudó en la entrega de trofeos a los participantes en el campeonato.

X.–En fecha no precisada del mes de enero el actor dirigió un escrito a Carles C., Director de Recursos Humanos de la empresa, cuyo contenido se da por reproducido en aras a la brevedad (doc. 84 de la parte actora), en el que expresa sus sentimientos acerca de la situación actual de la fábrica, que firma con sus datos personales y en el que se autodefine como un trabajador que quiere trabajar para mantener a su familia, pero eso sí con dignidad e ilusión. El actor remitió la carta mencionada a distintos periódicos, habiendo sido publicado en el 9 Nou (20 de enero) y en el Diari de Terrassa (23 de enero).

XI.–En la reunión mensual entre la Dirección y el Comité de Empresa celebrada el 3 de mayo, la empresa acordó con el Comité ofrecer al actor sustituir el despido acordado por una sanción de suspensión de empleo y sueldo de un mes, ya cumplida por el actor. Cuya oferta, que se ha mantenido por la empresa en el acto de conciliación judicial, no ha sido aceptada por el trabajador.

XII.–El actor no ostenta, ni ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

XIII.–Con fecha 4 de abril se presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo competente celebrándose el acto conciliatorio el día 2 de mayo, terminando con el resultado de “sin efecto”. El día 4 de abril se presentó demanda ante este Juzgado de lo Social».

TERCERO

Contra dicha sentencia anunciaron recurso de suplicación la parte demandante y demandada, que formalizaron dentro de plazo, y que dado traslado de los mismos impugnaron cada uno el del contrario, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Frente a la sentencia que, estimando en parte la pretensión actora, declara la improcedencia de su despido (de 22 de marzo de 2001) con los inherentes efectos legales, se alzan en suplicación ambos colitigantes: aquélla para reiterar la rechazada nulidad de una decisión disciplinaria que enmarca en una situación de «conflicto laboral» y de su «posicionamiento ... respecto de la dirección, habiendo sido el único trabajador... que de forma individual y pública tuvo la valentía de expresar y exponer su opinión crítica ante la situación de la empresa, asumiendo con ello el riesgo de ser objeto, como así ha sido, de algún tipo de represalia...»; y la empresa para reclamar la

procedencia del despido acordado. Calificación que, por su alcance y efectos, debe someterse a la consideración de la Sala con carácter previo al examen de la alternativa legal propuesta de contrario.

Dirige la Sociedad demandada el primero de los motivos de su recurso [«ex» art. 191 b) LPL] a la revisión del tercer hecho probado para constatar como la «baja médica» extendida al trabajador con fecha 26 de febrero de 2001 lo fue «por enfermedad común» («sin que conste ninguna referencia relativa al diagnóstico de síndrome de ansiedad generalizada desencadenado por problemas laborales, ni a recomendación de actividades de clase alguna»); siendo el «Informe emitido por el CAP de Terrassa Sud» (en el que «se hace constar que en el momento de la baja se le cambió la medicación y se apoyaban recomendaciones de actividades con el fin de mejorar la sintomatología ansiosa» de fecha 23-3-2001 (esto es, posterior a la de despido: 22-3-2001). Motivo que no puede prosperar toda vez que –y sin perjuicio de la trascendencia y valoración de su contenido– aquella censurada conclusión tiene su soporte en la crítica apreciación que de dicho documento efectúa el Magistrado en uso de las amplias facultades que le otorga el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO

Denuncia la empresa recurrente en el motivo jurídico de su recurso la «infracción de los artículos 54.2 d) y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 7.1, 7.2 y 6.4 del Código Civil»; en relación con la doctrina judicial que menciona.

Según por la recurrente se sostiene, centrada la cuestión de litis en determinar si (atendiendo a «la situación de Incapacidad Temporal del actor desde el 26 de febrero hasta el 9 de marzo» de 2001) la realización de las actividades que se describen en el noveno hecho probado «constituyen o no un incumplimiento contractual grave y culpable...», la misma debe ser resuelta en el sentido de considerar la procedencia de la decisión extintiva acordada por la empresa; pues evidenciando su sancionada actividad (como Director de un Torneo de Tenis) su «actitud laboral», no puede ser considerada como «terapia ocupacional» cuando el Informe del Cap de Terrassa (de fecha posterior a la de despido) no especifica «qué tipo de actividades pudieran constituir la» (sin que en el posterior Informe de 22 de mayo de 2001 se haga «mención alguna a la existencia de una mejoría como consecuencia de (la) realización...» de una actividad que, en cualquier caso, «venía realizando de forma ininterrumpida desde el año 1997...» (siendo «tanto su nombramiento como la organización del Torneo... muy anteriores a la realización efectiva y desarrollo del mismo»). Significando, finalmente, que «el demandante tampoco solicita autorización de la empresa para realizar la supuesta terapia ocupacional...».

TERCERO

Reiteran la reciente sentencia de la Sala de 21 de septiembre de 2001 y 11 de marzo de 2002 lo manifestado en sus anteriores resoluciones de 28 de enero y 15 de febrero de 1994, 29 de diciembre de 1995, 7 de octubre de 1996, 6 de julio de 1998 y 29 de septiembre de 1999 cuando (y en referencia a la doctrina jurisprudencial contenida en las de 14 de mayo y 24 de julio de 1990) se afirma como «frente a una doctrina restrictiva que entendía que toda actuación laboral en situación de baja era merecedora de despido por transgredir la buena fe contractual y romper el deber de lealtad del trabajador para con la empresa, se ha ido imponiendo un criterio menos rígido según el cual “no toda actividad desarrollada durante la situación de ILT es sancionable con el despido sino aquella que a la vista de las circunstancias concurrentes es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa”. Pues, como señala aquella primera

resolución (con cita de la del TSJ de Asturias de 5 de enero de 1996), “sea cual fuese la patología que originó la incapacidad laboral transitoria (si) la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho” el despido acordado por tal causa debe ser calificado de procedente».

Recuerda, no obstante, la sentencia de 13 de febrero de 1991 de aquel Alto Tribunal la existencia de «una declaración general sobre la incompatibilidad de la indicada situación y la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, y que esa prohibición se proyecta sobre el contrato de trabajo al definirse la ILT como una situación suspensiva de éste, en la que se mantienen determinadas obligaciones para la empresa, como el abono de las cotizaciones (“ex” art. 70.4 LGSS)...»; remitiéndose, en tal sentido, la de la Sala de 3 de mayo de 2000 a las dictadas por la misma el 17 de mayo de 1990, 2 de marzo de 1991, 22 de junio de 1992, 28 de febrero de 1994 , 23 de enero de 1995, 24 de octubre de 1997 y 8 de julio de 1998, en relación con las del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1986, 7 de julio de 1987 , 3 y 12 de febrero de 1988 y 1 de julio de 1990, para concluir que «(...) ha de estimarse falta grave y culpable el quehacer del trabajador fuera de la empresa porque en situación de incapacidad temporal su realización indica por sí misma tanto que los padecimientos que sufre le permiten actuar de forma tal que podría desempeñar su tarea laboral ordinaria, como que aquella actividad extraempresarial está en desarmonía con el padecimiento que ha determinado su baja por enfermedad, pues, cuando el trabajador en tal situación lleva a cabo la realización de tareas o practica cualquier actividad que no sean las propias y adecuadas a su pronta y completa recuperación, no sólo quebranta los básicos deberes de buena fe y diligencia a que alude el art. 5-a) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) sino que, con tal proceder, daña al empresario, perjudica a los demás trabajadores y atenta contra la Seguridad Social, lo que a tenor de lo establecido en los arts. 1544 y 1585 ambos del Código Civil y art. 5-a) del referido Estatuto de los Trabajadores, supone un incumplimiento contractual grave y culpable que el siguiente art. 54-2 del mismo Cuerpo Legal sanciona con despido, ... porque la incapacidad temporal que define el art. 128 de la Ley General de la Seguridad Social es, conforme a lo prevenido por el núm. 1-c) del art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, solamente causa de suspensión del contrato que exonera al trabajador del deber de trabajar pero no del cumplimiento del resto de las obligaciones como las de fidelidad, buena fe y contribución a la mejora de la producción que se quebrantan cuando en tal situación se realizan otros trabajos aun cuando no remunerados o se lleven a cabo tareas o actividades que coincidentes o no con las de la prestación laboral sólo con carácter privado y en beneficio particular se realizan sin merma ni afectación de aquella incapacidad para realizarlas en favor de la empresa...». Y no debiendo merecer el mismo trato disciplinario la exclusión de cualquier tipo de trabajo durante la situación de Incapacidad Temporal y las actividades de estricto entretenimiento o lúdicas, elusivas de la pasividad («situación que debe contemplarse con un criterio predominantemente médico» – STSJ de Valencia de 5 de julio de 1994–); debe no obstante precisarse que si aquéllas evidencian «aptitud para el trabajo» que ponga «de manifiesto la infidelidad del trabajador con su patrono, con defraudación al mismo, a sus compañeros de trabajo y a la Seguridad Social» la calificación del despido no puede ser otra que la de su procedencia (SS. de la Sala de 19 de abril de 1991, 29 de diciembre de 1995 y 7 de noviembre de 1998).

Y en tal sentido, aun exceptuándose de la infracción que el artículo 54.2 del ET contempla los concretos supuestos en que se alegue una terapia ocupacional compatible con las dolencias determinantes de la baja, al trabajador «incumbe la carga de acreditar aquella naturaleza de posible terapia ocupacional» (Sentencias de la Sala de 28 de enero de 1994 y 21 de septiembre y 24 de octubre de 2000); y, en todo caso, «sea cual

fuese la patología que originó la incapacidad laboral transitoria (si) la propia conducta del trabajador muestra su aptitud laboral de hecho el despido acordado por tal causa debe ser calificado de procedente» (STSJ de Asturias de 5 de enero de 1996).

Es por ello que la admitida compatibilidad entre la existencia de una situación de incapacidad temporal y el desarrollo de una actividad de tal clase (SSTS de 21 de marzo de 1984, 4 de octubre de 1985, 6 de octubre y 22 de diciembre de 1986, 29 de enero de 1987 y 23 de julio de 1990) debe considerarse como una situación fáctica singular y excepcional; exigiéndose que tanto por una expresa prescripción médica, como por el tipo de enfermedad, resulte adecuada una determinada actividad u ocupación que sirva de tratamiento o remedio para conseguir la sanidad o al menos paliar la gravedad de la enfermedad.

CUARTO

Según resulta del inalterado relato judicial de los hechos, desde el año 1994 y en su condición de miembro de la Junta Directiva de la Sección de Tenis del Atlètic Terrassa Hockey Club, el actor «colabora asiduamente de forma voluntaria en las actividades de la Sección; habiendo intervenido como Director o Juez en numerosos torneos y campeonatos entre los años 1997 y 2001».

Desde enero de 2001 padece el demandante (Oficial de 2ª) «un síndrome de ansiedad generalizada, desencadenado por problemas laborales», habiéndosele extendido «baja médica» con fecha 26 de febrero «(...) al aumentar la sintomatología, iniciando situación de Incapacidad Temporal en la que permaneció hasta el 9 de marzo».

Entre los días 5 y 11 de este último mes «se celebró en las instalaciones deportivas de Can Sala del Atlètic Terrassa Hockey Club el Trofeu Ciutat de Terrassa de Tennis»; habiéndose publicado en el periódico «El 9 Nou» –el 1-3-2001– información sobre su presentación oficial. El actor –que acudió todos los días a sus instalaciones– «realizó durante las jornadas en que se desarrolló el campeonato distintas actividades, muchas de ellas en las Oficinas del Club en su condición de Director del Torneo, y otras en las instalaciones exteriores, tales como tomar fotografías, llevar agua a los jugadores, observar los partidos y ayudar a montar un “stand” de ropa y otros objetos. El día 6... arbitró uno de los partidos como Juez de silla (y) el día 11 ayudó a la entrega de trofeos a los participantes en el campeonato».

«Las fechas de celebración de los diferentes torneos y campeonatos en los que ha participado el actor nunca han coincidido (con la salvedad de la baja litigiosa) con las situaciones de baja por incapacidad temporal del actor que se relacionan en el doc. 3 de la parte demandada...» (HP 5).

Al día siguiente de su despido de 22 de marzo de 2001 (causado la realización de actividades en situación de IT), el CAP Terrassa Sud emitió un Informe «que en el momento de la baja se le cambió la medicación y se le recomendaba actividades con el fin de mejorar la sintomatología ansiosa» (HP 3 y folio 38).

QUINTO

Varias son las razones que abonan la reclamada procedencia del despido litigioso, pues además de que este último Informe aparece emitido con posterioridad al despido –circunstancia que (reproduciendo los términos en que se manifiesta la STS de 25 de febrero de 1988 al examinar un supuesto similar) «no deja de ser significativa»– nada se precisa sobre el concreto contenido de una ocupación terapéutica que, en cualquier caso, no puede dejarse a la libre elección del afectado en su dual condición de enfermo y trabajador; pues (sin perjuicio de la indicación clínica de una determinada actividad) desde una estricta perspectiva disciplinaria –y en atención a la «excepcionalidad» que

comporta la desarrollada en situación de baja laboral— ésta debe producirse en los términos prescritos. Y, en el presente caso, el Informe a que se refiere el hecho probado tercero (posterior al despido y sin documento alguno que avale aquella imprecisa terapia) nada refiere sobre la concreta actividad a desarrollar por quien ya había sido despedido al participar (y al igual que sucedió en otras muchas ocasiones aunque fuera de su jornada laboral) en un Torneo de Tenis (celebrado entre los días 5 y 11 de marzo de 2001) del que era Director (con la complejidad y responsabilidad que ello entraña); sin poner en «conocimiento» de la empresa tal circunstancia ni justificarse —por ello— la incompatibilidad de su «síndrome de ansiedad» con las tareas propias de su habitual profesión como Oficial de 2ª. Debiendo señalarse, a este respecto, la también significativa circunstancia temporal de que su «alta» se produjese el (sábado) 10 de marzo de 2001; coincidiendo, así (prácticamente), su período de baja con el de duración de dicho Torneo.

En consecuencia (y en contra del censurado criterio judicial) ha de considerarse la procedencia de la decisión extintiva de quien lesionó el deber fiduciario debido a su empleador, que durante aquel litigioso período complementó al 100% la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal del trabajador sancionado —HP 3—.

Y, declarada la procedencia de su despido, deviene inacogible el recurso por él interpuesto en reclamación de su nulidad; pues si —y atendiendo a un reiterado criterio sobre el particular en cuestión— «recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales, absolutamente extrañas a la vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente para moverle a adoptar la decisión enjuiciada ... como único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante» (SS. de la Sala de 21 de noviembre de 2000 y 2 de febrero de 2001; en relación con las del Tribunal Constitucional 74/1998 y de 22 de julio de 1999), la imputación disciplinaria sobrepasa (en su real entidad) de los límites exigibles para destruir aquella sancionable apariencia de lesividad definiendo, por el contrario, la gravedad y culpabilidad que conforma su disciplinario contenido.

SEXTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 de la LPL, procédase al reintegro del depósito constituido por la recurrente así como a la cancelación del aseguramiento prestado por la misma; firme que sea la presente resolución.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por don Francisco Javier F. F. y acogiendo el interpuesto por la empresa Delphi Diesel Systems, SL frente a la sentencia de 30 de junio de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social 1 de Terrassa en los autos 285/2001 seguidos a instancia de aquél; debemos declarar y declaramos la procedencia del despido producido con efectos del día 22 de marzo de 2001, convalidando la extinción del contrato que con el mismo se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Firme la presente resolución, procédase al reintegro del depósito constituido por la recurrente así como a la cancelación del aseguramiento prestado por la misma.

Contra esta Sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina que deberá prepararse ante esta Sala en los diez días siguientes a la notificación, con los requisitos previstos en los números 2 y 3 del artículo 219 de la Ley de Procedimiento

Laboral.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

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

Publicación.—La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

DESPIDO IMPROCEDENTE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 475/2010 de 28 junio

Recurso de Suplicación núm. 152/2010

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Rodríguez Gómez

El TSJ estima en parte el recurso interpuesto por la empresa demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Murcia, de fecha 24-07-2009, dictada en autos promovidos en reclamación de despido, que es revocada en el sentido reseñado en la fundamentación jurídica.

T.S.J. MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00475/2010

ROLLO Nº: RSU 0152/2010

46050

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MURCIA

En la ciudad de Murcia, a veintiocho de junio de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia formada por el Ilmo. Sr. Presidente D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, y los Ilmos. Sres. Magistrados, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA y D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente:

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por Yell Publicidad S.L.U., contra la sentencia número 444/2009 del Juzgado de lo Social número 1 de Murcia, de fecha 24 de julio, dictada en proceso número 689/2009, sobre Despido, y entablado por Don Severiano frente a Yell Publicidad, S.L.U.; Ministerio Fiscal

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL RODRÍGUEZ GÓMEZ, 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 figuran declarados los siguientes hechos probados: "PRIMERO.- Resultado probado que Severiano trabajó para la empresa YELL

PUBLICIDAD S.L.U. durante 2795 días, dado que el actor permaneció en excedencia voluntaria desde el 16 de febrero de 2006 a 31-3-2008, con categoría de promotor actividad de la empresa publicidad en el Centro de Trabajo de Enrique Villar, 13, Murcia, con salario incluida prorrata de extras de 2616,40 euros, y a efectos de trámite de 87,21 €, que no era Delegado de Personal Sindical o miembro del Comité de Empresa. SEGUNDO.- El actor permaneció en los periodos 4-11-2008 a 18-11-2008, 26-11-2008 a 30-12-2008 y 8-1-2009 hasta el momento actual en baja por depresión. El día 24 de 2009 recibieron pliego de cargos imputándole haber realizado actividades incompatibles con la recuperación de su situación de incapacidad temporal, obra en autos y se da por reproducida. Tras contestarlo fue despedido por carta notificada el 6 de marzo de 2009, por los mismos hechos. TERCERO.- El actor es socio de la entidad mercantil "El secreto de Costeras, S.L." junto a otras dos personas más y su esposa, constituida el 11 de octubre de 2006. Hecho que es conocido por la empresa Yell Publicidad, hasta el punto de haber celebrado en el mismo comedidas de empresa de la zona. El actor y su señora son titulares cada uno de 102 participaciones de las 3006 que forman el total de la empresa. Posteriormente cada uno de los conyuges, en marzo de 2007 adquirió las participaciones de la 1 a la 810 y de la 811 a la 1755 y la esposa es, en la actualidad la administradora única. CUARTO.- El actor el día 11 de febrero de 2009 acudió al citado restaurante de donde salió a las 12,13 horas. El día 12 de febrero de 2009 el actor acudió a las 21 horas al restaurante permaneciendo hablando con otra persona, estando el mismo vacío de clientes. El día 13 de febrero el actor sobre las 19,37 salió de su domicilio y se dirigió al restaurante donde fue visto sobre las 22,15 horas, vestido con pantalón y camisa negra. El día 19 de febrero el actor sobre las 19,18 horas acudió al restaurante del que es socio y permaneció en el mismo, con el citado uniforme siendo visto en el interior sobre las 22,30 horas, saliendo del mismo sobre las 1,10 horas camino de su casa. No consta la actividad que desempeñó. QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que estimando la demanda interpuesta por don Severiano, contra la empresa YELL PUBLICIDAD, S.L.U., debo declarar la improcedencia del despido producido el día 6 de marzo de 2009; debo declarar la improcedencia del mismo y condeno a la empresa a que a su opción o readmita al trabajador o e indemnice en la cantidad de 30.414.48 Euros y, en todo caso, al abono de salarios de tramite en cuantía de 73,88 euros mes desde la fecha del despido a la de formulación de la opción, de la que se podrá descontar la que el actor pueda haber percibido por la prestación de incapacidad temporal. La opción deberá realizarse ante este Juzgado en el plazo de cinco días desde la notificación de Sentencia".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Letrado Don Antonio Pedro Molina García, en representación de la parte demandada, Yell Publicidad, S.L.U., con impugnación del Letrado Don Pablo Gómez Bernal, en representación de la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- El actor don Severiano presentó demanda, sobre despido y tutela de derechos fundamentales, contra la empresa Yell Publicidad, S.L.U., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, en reclamación de que se declarase la nulidad del despido, o, subsidiariamente, su improcedencia, desistiéndose en el acto del juicio de la vulneración de derechos, y, por tanto, de la nulidad del despido; demanda que fue estimada por el Juzgado "a quo" al considerar que la segunda actividad realizada por el actor era conocida por la empresa, que la actividad en el restaurante era de carácter directivo y de escasa aplicación física y estuvo a disposición de la empresa demandada

en tareas y daciones de cuenta que la solicitaron, así como no se ha acreditado que la actividad desarrollada por el actor influyese negativamente en su recuperación e incorporación a su puesto de trabajo.

Frente a dicho pronunciamiento se interpone recurso de suplicación por la parte demandada, basado en el examen del derecho aplicado, a tenor del artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral .

La parte actora impugna el recurso y se opone al mismo.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- Se sostiene, en primer lugar, por la parte recurrente la vulneración del artículo 66.4 del XI Convenio Colectivo de Yell Publicidad, S.A. y del artículo 54.2, d) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia citada, en relación con el artículo 67c) del XI Convenio Colectivo, por entender que la sentencia recurrida ha efectuado una errónea interpretación de los hechos probados, ya que el actor ha estado trabajando en su restaurante durante su permanencia en situación de incapacidad temporal y, si estaba impedido para su trabajo habitual como promotor de actividad publicitaria de la empresa, también lo estaba para la actividad desarrollada en el restaurante, que era análoga a la de sus tareas laborales habituales en la empresa demandada, por lo que ello supone una evidente transgresión de la buena fe contractual.

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 23 de febrero de 2009 (nº 138/2009), 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 con más riesgos para su persona y terceros, como la conducción de un vehículo y transportar bolsas, cuando la situación de incapacidad temporal se otorgó para la venta de golosinas y artículos de regalo, por padecer parestesias y mareos, trabajo más liviano que la actividad mencionada, evidenciándose en hechos probados una perfecta capacidad para el trabajo; y, por otro lado, sin embargo, en el caso de autos, nos encontramos con una incapacidad temporal derivada de depresión secundaria a estrés laboral, sin que conste que su presencia en el negocio de restaurante, del que es socio, repercutiese negativamente en su recuperación o fuese desaconsejable a tal efecto, y que lo adecuado fuese su incorporación al trabajo, pues en hechos probados lo que consta es que el actor acudía al restaurante, habló con otras personas, siendo visto vestido con pantalón y camisa negra, sin que conste la actividad desempeñada, por lo que no se aprecia la existencia de transgresión de la buena fe contractual al permanecer en situación de incapacidad temporal cuando podía reincorporarse a su puesto de trabajo, ni engaño y quebranto de la confianza que debe presidir las relaciones entre trabajador y empresario, 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), 25 de abril de 2006 (nº 457/06) y 19 de octubre de 2009 (nº 847/09), 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 improcedente, puesto que la conducta desarrollada por el trabajador demandante no es incompatible con su trabajo habitual, ni ello puede deducirse de que acudiese al restaurante del que es socio, vestido de una determinada manera y sin que consta que desempeñase alguna tarea incompatible con su recuperación o que ésta la prolongase, así como tampoco que de todo aquello pueda deducirse que estaba recuperado y podía efectuar su trabajo habitual, cuando lo que se desprende de la prueba practicada es que continúa bajo una depresión secundaria a estrés laboral y que sigue tratamiento médico (partes médicos a los folios 120 y 121 y partes de confirmación de baja médica), a lo que ha de unirse que el trabajador estuvo a disposición de la empresa en tareas y daciones de cuenta que le solicitaron (así se recoge con valor de hecho probado en el Fundamento de Derecho Tercero), lo cual no se compatibiliza bien con la transgresión de la buena fe contractual.

FUNDAMENTO TERCERO.- En segundo lugar, se alega la infracción de los artículos 56.1, b), 45.1, c) y d) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia citada, en relación con el devengo de salarios de tramitación.

Efectivamente, tal como indica la parte recurrente, si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, y así lo argumenta la sentencia de Sala de lo Social del TS de 4 de julio de 2007 (rec. 1678/06) cuando afirma que "la cuestión ha sido ya unificada por esta Sala en sentencias de 16 de junio y 3 de octubre de 1994 y 17 de enero de 1995, que resume la invocada como contradictoria de 28 de mayo de 1999 (Rec. 2646/98), a cuya doctrina hay que estar por razones de seguridad jurídica, en los siguientes términos: "corresponde a la entidad gestora de la Seguridad Social el abono de las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad temporal, cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente, solución que es asimismo aplicable, y con idéntica razón, a los supuestos en los que la incapacidad temporal se había iniciado antes de la fecha del despido. Resulta intrascendente que el despido haya sido declarado nulo o improcedente a estos efectos, sobre todo después de que la Ley 11/1994, de 19 de mayo derogara el número 6 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores , que para el caso del despido de un trabajador que tuviera el contrato suspendido necesariamente habría de considerarse nulo el despido, si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia; después de la reforma, la calificación del despido se llevará a cabo al margen y con independencia de la situación en que pudiera encontrarse la relación laboral del despedido.

La clave para la solución del problema radica en la propia naturaleza de los salarios de tramitación; el artículo 52.1, b) del Estatuto de los Trabajadores concibe los salarios de tramitación como la suma que es debida al trabajador, cuando el despido es declarado improcedente, y equivale a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido

hasta la notificación de la sentencia que declare su improcedencia o hasta que hubiere encontrado empleo si la colocación es anterior a la sentencia.

Eso significa que la compensación se corresponde con la falta de abono de salarios durante el tiempo de referencia, para evitar así que un comportamiento inaceptable del empresario llegue a causar perjuicios económicos al trabajador, privándole de las rentas de trabajo que en otro caso hubiera devengado, de modo que si no subsiste la obligación de satisfacer salarios tampoco cabría aplicar la medida compensatoria, para reparar un quebranto económico inexistente. Así se deduce del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores que, entre otras, menciona la incapacidad temporal de los trabajadores como causa de suspensión del contrato de trabajo, y en el número dos del mismo precepto se establece que "la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo"; esa misma conclusión se alcanza partiendo del concepto de incapacidad temporal que facilita el artículo 128 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, motivada por la imposibilidad de trabajar.

En definitiva, si la incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo y esta suspensión exonera de las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, cuando el despido se produce en ese tiempo en que no son debidos los salarios, tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal que coincidan el despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia".

Por todo ello, debe estimarse este segundo motivo de recurso, y en consecuencia, en el tramo temporal en que coinciden el despido con la incapacidad temporal no generan derechos de tramitación, y sólo una vez que éste se extinga se generarán aquellos.

F A L L O

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

Estimar en parte el recurso de suplicación interpuesto por Yell Publicidad, S.L.U., frente a la sentencia número 444/2009 dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Murcia, en fecha 24 de julio , en virtud de demanda interpuesta por Don Severiano contra Yell Publicidad, S.L.U., en reclamación sobre Despido y, en consecuencia, se revoca la misma en cuanto a los salarios de tramitación, que sólo se generarán a partir de la extinción del proceso de incapacidad temporal; confirmándose los restantes pronunciamientos.

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: 3104000066015210, 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 trescientos euros con cincuenta y un céntimos de euro (300'51 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número 2410404300015210 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.

DESPIDO PROCEDENTE

**Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia
núm. 388/2011 de 27 mayo**

Recurso de Suplicación núm. 343/2011

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Bermúdez Rodríguez

T.S.J. ARAGON SALA SOCIAL

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00388/2011

Rollo número 343/2011

Sentencia número 388/2011

MAGISTRADOS ILMOS. Sres:

D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ

D. JOSÉ ENRIQUE MORA MATEO

D. RAFAEL MARÍA MEDINA Y ALAPONT

En Zaragoza, a veintisiete de mayo de dos mil once.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, compuesta por los Sres. indicados al margen y presidida por el primero de ellos, pronuncia en nombre del REY esta

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación núm. 343 de 2011 (autos núm. 1099/2010), interpuesto por la parte demandante D^a Matilde, siendo demandados ELIZABETH ARDEN ESPAÑA, S.L., y EL CORTE INGLÉS, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Zaragoza, de fecha catorce de marzo de dos mil once , sobre despido. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. CARLOS BERMÚDEZ RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Matilde contra ELIZABETH ARDEN ESPAÑA, S.L., y EL CORTE INGLÉS, S.A., la parte actora, con carácter previo desiste de su demanda frente a El Corte Inglés SA. sobre despido, y en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de lo Social número 6 de Zaragoza, de fecha 14 de marzo de 2011 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por Dña Matilde contra Elizabeth Arden España S.L., debo absolver y absuelvo a la demandada de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda".

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los del siguiente tenor literal:

" 1º.- La demandante Dña Matilde ha venido prestando sus servicios profesionales

para la empresa demandada Elizabeth Arden España S.L. desde el 4 de Diciembre de 1992, con la categoría profesional de vendedora stand y con un salario bruto mensual por todos los conceptos de 1.563 euros, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

No ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores ni consta afiliada a sindicato alguno.

2º.- La trabajadora presta sus servicios profesionales en el stand que su empresa tiene en el centro comercial El Corte Inglés sito en Pº Sagasta de Zaragoza.

La empresa empleadora no tiene representantes legales de los trabajadores.

3º.- El día 27/5/2010 se le hizo entrega de carta de despido disciplinario que fue impugnado.

Se dicta Sentencia de fecha de 22 de Septiembre de 2010 por el Juzgado Social nº 1 de esta ciudad en la que se declara su improcedencia por no haberse respetado la tramitación de expediente o procedimiento contradictorio según se exige en el art. 62 del C. Colectivo Estatal de Perfumería y Afines (BOE 9/8/2007) (f. 36 y ss).

En dicho procedimiento de despido se dirigía la demanda frente a la mercantil empleadora Elizabeth Arden España S.A. y también frente a El Corte Inglés S.A., respecto del cual y con carácter previo desistió (f. 98).

4º.- Tras ser notificada a las partes dicha Sentencia que no fue impugnada, la empresa procede a la readmisión de la trabajadora Sra. Matilde con fecha de 8/10/2010, aun cuando no se llega a reincorporar al trabajo por cuanto a continuación pasa a disfrutar de los 15 días de vacaciones que le restaban del año 2010 (f. 100).

Se le abonan los correspondientes salarios de tramitación.

5º.- El mismo día 8/10/2010 se inicia el expediente contradictorio, que se tramita en forma, dándole a la actora la oportunidad de hacer las alegaciones que estimó oportunas (f. 102 y ss).

6º.- El día 20/10/2010 la empresa le hace entrega de carta de despido con fecha de efectos de ese mismo día, con el siguiente contenido:

"Muy Sra. Mía:

En fecha 8 de octubre de 2010 la Dirección de la Empresa, evacuando el preceptivo trámite de audiencia en cumplimiento de lo regulado en el

art. 62 del Convenio Colectivo Estatal de Perfumerías y Afines, y el

art. 110.4 de la L.P.L ., se le dio traslado de los cargos que se le imputan en relación a la presunta comisión de incumplimientos laborales de carácter muy grave en que incurrió el pasado 25 y 26 de mayo del presente año.

Habiendo transcurrido el plazo de 3 días para que Usted evacuara dichas manifestaciones y habiéndose recibido en fecha 14 de octubre de 2010, el escrito de alegaciones formuladas por Ud., aún estando fuera de plazo, las mismas no han desvirtuado los cargos que se le imputan, por lo que la Dirección de la Empresa procede a su despido disciplinario conforme al

art. 61.2 del Convenio Colectivo Estatal de Perfumerías y Afines y

art. 54 del ET y 110.4 de la L.P.L. en base a los siguientes hechos.

El pasado 25 de mayo del presente año, varias compañeras del ECI Zaragoza, del Departamento de parafarmacia la vieron a usted sobre las 16.30 horas coger productos de dicho departamento que no pagó en su momento y se llevó al stad de Elizabeth Araden donde usted trabaja.

Estas personas avisaron al Jefe de Planta, Sr. Ángel que a su vez avisó al jefe de seguridad Sr. Felipe .

Don. Felipe estuvo esperándola a usted a las 21.45 horas en la salida de personal para comprobar si había usted pagado dichos artículos pero usted salió por la puerta de clientes infringiendo la norma de salida que usted conoce: todo el personal debe salir por la puerta de personal y mostrar su bolso al personal de seguridad. Este último acto está grabado por una cámara de seguridad del centro.

Al día siguiente, 26 de mayo del mismo año, usted volvió a realizar las mismas acciones, paseó por el departamento de parafarmacia, cogió artículos y los llevó a su stad sin abonarlos.

Las vendedoras de parafarmacia, volvieron a verla a usted y volvieron a avisar al jefe de planta el Ssr. Ángel y al Jefe de Seguridad Don. Felipe .

Sobre las 20.30 horas usted fue avisada para que acudiera al despacho de seguridad donde después de varias preguntas reconoció su culpabilidad en el hecho de haber sustraído artículos del departamento de parafarmacia en varias ocasiones, siendo la última el día 26 de mayo . Estas declaraciones las hizo Ud. delante Don. Ángel y Don. Felipe .

En consideración de todo lo anterior, la Dirección de la Empresa, entiende que las alegaciones formuladas por usted confirman la realidad de los hechos, por un lado, sin ofrecer un argumento que los justifique en Derecho e impida, por tanto, el ejercicio disciplinario por parte de la Empresa.

En conclusión, los hechos relatados son constitutivos de una falta muy grave

por la trasgresión de la buena fe contractual, el fraude, deslealtad y abuso de confianza, al estar totalmente prohibida su conducta en la ejecución de su trabajo, con el único fin de sustraer productos de Parafarmacia considerándose un hurto, conforme viene tipificado en el

aRt. 61.2 del Convenio Colectivo que establece que: "se considera falta muy grave el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, el hurto o robo, tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o cualquier otra personal dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar".

El mismo texto legal en su

Art. 63 .c establece que son sancionadas con la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días hasta la rescisión del contrato de trabajo en los supuestos en que la falta fuera calificada en grado máximo, facultándonos a tomar la presente decisión de despido disciplinario. (...)"

7º.- Los hechos relatados han sido acreditados.

EL día 25 de mayo de 2010 la trabajadora a primera hora de la tarde se dirige al departamento de parafarmacia sito en la planta calle de El Corte Inglés de donde coge varios artículos de viaje (tres paquetes de toallitas húmedas y uno de algodoncitos) sin pagarlos; al finalizar su jornada laboral en lugar de salir, como era su obligación por la puerta del personal, sale del centro comercial por la salida de clientes, con el único fin de eludir el control del vigilante de seguridad; al día siguiente, 26 de mayo de 2010 hace la misma operación, yendo al stand de parafarmacia en donde coge un bote de gel sin pagarlo.

8º.- Los objetos fueron devueltos por la demandante el día 27/5/2010 tras ser requerida para ello.

9º.- La Sra. Matilde el día 25/5/2010 hizo una compra por importe de 87'90 euros, en el departamento de moda joven, a las 21'44 horas (f. 118).

La Sra. Matilde está en seguimiento desde el 2 de Agosto de 2010 remitida por su MAP en el Servicio de Psiquiatría del Hospital Clínico de Zaragoza; en él se hace constar como antecedente que ha estado en seguimiento por el servicio de psicología de la Asociación contra el Cáncer durante los cinco años anteriores, en tto con Ciprallex 10 mg; que acude por clínica ansiosa depresiva en contexto de pérdida de su esposo hace un año (fallece en mayo de 2009), pautándose desde entonces Ciprallex 20mg; que la clínica ansiosa depresiva se ha agravado tras su despido, en tto a la fecha de emisión del informe en Octubre de 2010 con Ciprallex 20 mg, Lexatin 1'5 mg y Lantanon 30 mg (f. 109).

10º.- Se ha celebrado el pertinente acto previo de conciliación con el resultado de intentado sin avenencia entre las partes, no habiendo comparecido la parte demandada a la celebración del mismo".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado dicho escrito por las partes demandadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

.- Al amparo del artículo 191 b) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril) pretende la parte recurrente la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia. Solicita, en concreto, la modificación del ordinal 4º, para que se añada al mismo que la sentencia de 22.9.2010 del Juzgado de lo Social núm. 1 de Zaragoza fue notificada a la empresa demandada el 7.10.2010, según reconoce ésta en el pliego de cargos (al folio 45 de los autos) que iniciaba el expediente disciplinario contra la demandante.

Así resulta del citado documento, por lo que la revisión se acepta.

SEGUNDO

.- Por la misma vía procesal se solicita la adición de un nuevo párrafo al ordinal 6º llamado a destacar las diferencias de redacción entre las cartas de despido de 27.5.2010 y 20.10.2010, que atañen a la calificación pretendidamente penal de los hechos relatados o al reconocimiento de la culpabilidad de la receptora de los documentos. La diversidad es intrascendente a los efectos del presente proceso, pues los hechos imputados, que es lo que aquí interesa, son en ambas redacciones los mismos, por cuya razón la rectificación no procede.

TERCERO

.- Se debe rechazar también la pretendida supresión en el ordinal 7º de la mención a que la demandante salió el 25.5.2010 por la puerta de clientes del establecimiento donde trabajaba con la única finalidad de eludir el control del vigilante de seguridad.

La prueba documental a que se remite el motivo (un ticket de compra de aquella fecha) nada justifica de cara a esa eliminación y, por otra parte, la apreciación del recurso, según el cual se trata de una referencia valorativa, no se puede compartir, pues lo que describe la sentencia en este punto es un hecho de los denominados psicológicos o internos, mediante el cual se deja constancia del propósito que guiaba aquel comportamiento. Su mayor dificultad de prueba, respecto de otros datos puramente objetivos y externos, no oculta su naturaleza esencialmente fáctica.

En cuanto a la eliminación que igualmente se postula, en el ordinal 8º, de la alusión a la devolución de los objetos tomados por la recurrente con anterioridad, se desestima del mismo modo, pues la circunstancia de que no figure ese extremo en la carta de despido no equivale a su inexistencia ni, contra lo que se alega, constituye variación sustancial alguna respecto al objeto de la controversia procesal.

CUARTO

.- Resultan irrelevantes para la resolución del litigio la incorporación al relato de las compras efectuadas en el Corte Inglés por la demandante en el año previo al despido, así como el reconocimiento de distinciones anteriores por parte de su empresa empleadora, razón por la cual los dos motivos de revisión fáctica relacionados con estos datos deben ser desestimados.

En cuanto a la adición de un párrafo final al ordinal 9º, relativo a las manifestaciones asociadas al síndrome ansioso-depresivo de la demandante, ya contiene dicho apartado de la sentencia referencia extensa al dato, sin que el informe psicológico a que se remite en este aspecto el recurso (al folio 107) imponga a la Sala, en el contexto de un recurso extraordinario como el presente de suplicación, la necesidad de proceder a la revisión pretendida. Ha de tenerse en cuenta que sobre el particular confluyen otros medios probatorios de distintas procedencias (así, el informe psiquiátrico al folio 109, o el parte de consulta al folio 110) y que es la valoración de ese conjunto, con el auxilio de medios de los que la Sala carece, como son los asociados directamente a la intermediación en la práctica de toda la prueba, la que confiere facultades exclusivas sobre a la Sra. Juez de la instancia "ex" artículo 97.2 de la Ley , en cuyo proceso valorativo no se advierte error palpable que sea preciso corregir por este cauce procesal.

QUINTO

.- Denuncia el recurso, con base en el artículo 191 c) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral , la infracción por parte de la sentencia del Juzgado del artículo 110.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues entiende que al notificarse a la empresa demandada la sentencia que declaró la improcedencia, por motivos formales, del despido de la actora el 7.10.2010 , y efectuarse el nuevo despido el 20.10.2010 , ha mediado con exceso entre ambas fechas el plazo de 7 días que establece el comentado precepto legal para la subsanación del defecto, lo que debe llevar a declarar de nuevo la improcedencia del despido.

Esta objeción no se planteó en la instancia, suscitándose el tema por primera vez con el recurso de suplicación, donde no debiera tener cabida pues de admitirse, se transformaría esta alzada en una especie de segunda instancia, atentando a las garantías de las partes y a la propia naturaleza de este recurso extraordinario, donde al principio "iura novit curia" no puede otorgársele la misma extensión que en la instancia, so pena de desvirtuar su esencia (véase, en relación con casos análogos, las sentencias del

Tribunal Supremo de 18.1.2006 [rco. 22/2005] y 29.3.1999 [rcud. 1921/1998]).

En cualquier caso, como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 8.6.2009 (r. 2059/2008) interpretando el mencionado artículo 110.4 , « en este

precepto se han de compaginar dos exigencias que configuran el mandato legal: por un lado, la seguridad jurídica y la propia pretensión de despido exigen que ante la declaración de improcedencia del mismo por defectos formales, la actuación empresarial que tienda a corregirlos procediendo a completar las formalidades omitidas, ha de tener un plazo breve de actuación, siete días, pero por otro, la exigencia de ese plazo no puede vaciar de contenido real la posibilidad de llevar a cabo un nuevo despido por parte de la empresa cuando se hayan completado aquellas exigencias legales incumplidas

». Y por esa razón, con remisión al criterio expresado por la sentencia del mismo Tribunal de 22.7.1996 (r. 2539/1995), se afirma en la anterior que la previsión del artículo carecería de efectos si se entendiera "... que el periodo de tiempo transcurrido desde la fecha del primer despido y hasta la declaración judicial de su nulidad fuera computable a efectos del plazo de prescripción de las faltas imputadas, las mismas en ambos despidos, dado que tal plazo, por su cortedad, estaría ampliamente cumplido cuando se realizara el segundo despido

".

Conjugando los dos principios antes señalados, concluye la doctrina jurisprudencial nombrada que « cuando el trámite formal de la tramitación del expediente contradictorio se inicie dentro de los siete días y tenga una duración razonable, los días que se inviertan en ese trámite han de quedar excluidos del cómputo

». El caso enjuiciado, a la vista de la secuencia cronológica de los hechos probados 4º, 5º y 6º, entra sin duda dentro de las previsiones de razonabilidad nombradas, por cuya razón este motivo de censura jurídica debe desestimarse de igual modo.

SEXTO

Denuncia también el recurso la infracción de los artículos 54.1 y 58.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), pues considera discutible la gravedad del comportamiento de la trabajadora y que, en cualquier caso, aplicando la teoría gradualista en la apreciación de las faltas y sanciones, debería llegarse a una declaración de improcedencia del despido, habida cuenta de que la recurrente reconoció haber cogido los productos de parafarmacia, que sufre una grave depresión y que presenta una considerable antigüedad en la empresa sin haber sido objeto de reproche alguno.

Los hechos probados de la sentencia recurrida dan noticia de que la actora, en dos días consecutivos, se apoderó, sin abonar su importe, de diversos efectos (toallitas, algodoncillos, gel) del stand de parafarmacia próximo al que atendía como empleada de la empresa perfumería demandada, siendo despedida por ésta por transgresión de la buena fe contractual.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (por todas la sentencia 197/1998, de 13 de octubre), no cabe defender la existencia de un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales. Sin embargo, ha de tenerse presente que la existencia de una relación contractual entre trabajadores y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que modula el ejercicio de los derechos fundamentales, de manera que manifestaciones de los mismos que en otro contexto pudieran ser legítimas

no tienen por qué serlo necesariamente dentro del ámbito de esa relación contractual, dado que todo derecho ha de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. « La relación laboral

-según esta doctrina- genera en efecto un complejo de obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador, que nuestra legislación, y por lo que se refiere a las exigibles específicamente al trabajador, obliga a que se desarrollen conforme a las reglas de la buena fe

[art. 5, a) ET] hasta el punto que la trasgresión de este específico deber se tipifica como uno de los supuestos del despido disciplinario

[art. 54.2, d) ET]

».

Y esta misma Sala (por todas, la sentencia de 21.4.2009 [r. 235/2009]) ha resumido la doctrina unificada del Tribunal Supremo respecto a la buena fe contractual de la forma siguiente:

A) La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad.

B) La buena fe como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. Así el Título Preliminar del Código Civil precisa que los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe (artículo 7.1), pone coto al fraude de Ley (artículo 6.4) y niega amparo al abuso de derecho o al ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.2). También el Estatuto de los Trabajadores lo ha incluido en sus preceptos, somete las prestaciones recíprocas y empresarios y trabajadores a sus exigencias (artículo 20.2) y faculta, para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo sustancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad [artículo 50.1 , a)] y al empleador cuando la conducta de aquél comporte transgresión de la buena fe contractual.

C) Es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone. También consiste en usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales.

D) La falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, ya que la pérdida de confianza no admite grados de valoración, por lo que constatada la misma, el incumplimiento es "per se" grave.

E) No exonera de responsabilidad ni la autoinculpación del actor, ni el hecho del

reintegro posterior de la cantidad, ya que la obligación de resarcir los perjuicios causados a la empresa es compatible con la rescisión del vínculo laboral.

SÉPTIMO

.- Atendida la anterior doctrina, la censura jurídica del recurso no puede ser admitida. La gravedad de la conducta enjuiciada está implícita en la anterior descripción y trasciende del perjuicio económico que pudiera haber reportado. Lo reprobable es el acto en sí, del que se deriva la pérdida de confianza por parte de la empresa, legitimando a ésta para adoptar la decisión de extinguir el contrato, al obrar la trabajadora con plena consciencia, como revela el intento de eludir el control de salida, quebrantando de forma relevante los deberes de fidelidad implícitos en toda prestación de servicios. Y a tal calificación no obsta el escaso valor de los efectos de que se apoderó, pues, como se dijo, el supuesto de hecho del artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores versa normas de conducta, de principios inmateriales de lealtad, honorabilidad y probidad. Finalmente, no puede omitirse la ponderación del perjuicio sufrido por la empresa demandada respecto de la confianza y fiabilidad de sus empleados frente a la otra entidad (El Corte Inglés) en cuyas instalaciones desarrollaba su trabajo, por el descrédito que sucesos como el relatado comportan para su reputación empresarial.

El criterio gradualista a la que se refiere el recurso significa, rectamente entendido, que « las infracciones que tipifica el

art. 54 del Estatuto de los Trabajadores , para justificar sanción de despido, han de alcanzar nivel de gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, ya que exigen, por el contrario, un análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuren el hecho y autor, pues sólo desde esa perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción

» (sentencia del Tribunal Supremo de 1.3.1993 [r. 737/1992]), ya que estas infracciones « si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan abstractamente considerados la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente

» (sentencia de 10.12.1992 [r. 392/1992]). Pero es precisamente ese análisis de las circunstancias de caso, antes expuestas, el que dota de la razonabilidad suficiente al punto de vista de la sentencia recurrida que ha declarado la procedencia del despido, frente a cuyo criterio no puede prevalecer otros datos, como la antigüedad en la empresa o la inexistencia de sanciones anteriores, habida cuenta de que la actora incumplió de forma palmaria sus funciones concretas (artículo 61.2 del Convenio Colectivo aplicable), resultando imposible en tales condiciones el mantenimiento en su puesto de trabajo ante la pérdida total de confianza por parte de la empresa empleadora.

En atención a lo expuesto,

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación núm. 343 de 2011 ya identificado antes, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Contra esta resolución cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación, debiendo prepararse mediante escrito ante esta Sala.

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