



Roj: **STSJ GAL 5608/2019 - ECLI: ES:TSJGAL:2019:5608**

Id Cendoj: **15030340012019103855**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **09/10/2019**

Nº de Recurso: **2672/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JOSE ELIAS LOPEZ PAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR JUSTICIA DE GALICIA

-

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2018 0005209

Equipo/usuario: MR

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002672 /2019 CRS

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001043 /2018

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Marta

ABOGADO/A: LOURDES ALVAREZ ALVERTE

PROCURADOR:

RECURRIDO/S D/ña: BOSCH SECURITY SYSTEMS SAU

ABOGADO/A: SILVIA ISABEL HINRICHS ALVAREZ

PROCURADOR:

ILMOS/AS SRES/AS. MAGISTRADOS

D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE

D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

A CORUÑA, a nueve de octubre de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002672 /2019, formalizado por la letrada Lourdes Álvarez Alverte, en nombre y representación de Marta, contra la sentencia número 154 /2019 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0001043 /2018, seguidos a instancia de Marta frente a BOSCH SECURITY SYSTEMS SAU, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Marta presentó demanda contra BOSCH SECURITY SYSTEMS SAU, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 154 /2019, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, por la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- La demandante Doña Marta ha prestado servicios para la empresa BOSCH SERVICE SOLUTIONS SAU desde el 8 de julio de 2015, con la categoría profesional de **teleoperadora** y un salario de 1.071'98 € incluido el prorrateo de pagas extraordinarias. Tenía una jornada de 35 horas. Permaneció de baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común desde el 1 de febrero de 2018 al 6 de febrero de 2019, con el diagnóstico de estados de ansiedad. **SEGUNDO.-** El 16 de octubre de 2018 recibió carta de despido disciplinario en la que se le imputaban los siguientes hechos: La Dirección de esta empresa, se ha puesto en contacto con un detective privado, a fin de que procediese a investigar sus actividades durante el período de su baja médica, para comprobar, si su actividad es incompatible con su situación de baja médica, que, además, pudiese llegar a provocar una ralentización en su curación. Con fecha 1 de octubre de 2018, fue hecha entrega del informe realizado por la empresa Abaco Atlántico Detectives Privados, donde consta como fecha de inicio de la investigación el día 20 de septiembre de 2018. El jueves 20 de septiembre 2018, inician el control en el domicilio facilitado por usted a la empresa en la CALLE000, NUM000, Ribeira, en donde se observa que 10 minutos después de que una persona entrara con un vehículo en la vivienda, abandona el chalet con usted en el mismo vehículo. Tras circular hacia el centro de Ribeira y estacionar el vehículo, ambas se dirigen a pie hasta la agencia de viajes Riveira, situada en la calle Manuel Lustres Rivas, donde usted y su compañera suben la verja del local e inician su jornada laboral. Minutos después, abandonan el local, para dirigirse a la terraza de una cafetería cercana, donde usted permanece alrededor de 45 minutos, para regresar al local de la agencia de viajes. A las 12:15 horas, se las observa dentro de la agencia, donde usted se dedica a ordenar cajas y papeles en la trastienda. A las 13:45 usted sale del local, espera durante un minuto a su compañera, y cuando sale, cierran el local, alejándose. Esa misma tarde, a las 16:45 horas, nuevamente usted y su compañera, proceden a la apertura del local, suben la verja y encienden las luces. Permanecen toda la tarde en el local. A las 20:28 horas, usted y su compañera cierran el negocio, abandonando el mismo cargando usted con una caja y un cilindro de plástico transparente y abandonan la zona en el mismo vehículo en el que llegaron por la marrana. El martes 25 de septiembre de 2018, se la observa llegar a las inmediaciones de la agencia de viajes Riveira a las 9:35 horas, donde abre la verja del local, subiéndola usted con elevación de ambos brazos por encima de su cabeza. Permanece usted realizando trabajos en dicho local hasta que al as 13:30 después de permanecer fuera del local fumando un cigarrillo, dado que carga varias bolsas en su brazo izquierdo, cambia las bolsas de brazo para cerrar la verja del local, elevando el brazo derecho, abandonando posteriormente el lugar. El miércoles 26 de septiembre, a las 9:35, su compañera procede a la apertura de la agencia de viajes, llegando usted a la misma a las 10.10 horas. Después de permanecer en el local, a las 12:34 horas, sale usted de la agencia de viajes junto a otra mujer, cargando con una caja de cartón grande con ambos brazos. A las 12:41, usted regresa sola a la agencia de viajes, cargando la misma caja sobre su cadera y brazo izquierdo. A las 13:35, después de fumar un cigarrillo en la puerta del local, usted y su compañera cierran la verja del mismo desde dentro y dejan una pequeña renda, abandonando usted el negocio a las 13.43 mientras su compañera sigue dentro del local. **TERCERO.-** La demandante ha acudido durante los días 20 de septiembre (mañana y tarde) y los días 25 y 26 de septiembre de 2018 a la agencia de viajes Riveira, situada en la localidad coruñesa de Ribeira, propiedad de su hermana y en compañía de ésta, ayudando a abrir y cerrar la verja, permaneciendo en el interior salvo los momentos que salió a tomar café o a fumar un cigarrillo. La agencia de viajes se encuentra en el centro de Ribeira, en una calle peatonal. **CUARTO.-** Consta en su historial médico que se le había recomendado que se fuera con su familia -que está en Ribeira- durante la baja por incapacidad temporal. **QUINTO.-** Presentada



papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación el día 13 de noviembre de 2018, la misma tuvo lugar el día 29 de noviembre de 2018, con el resultado de sin avenencia. SEXTO.- La demandante no es ni ha sido durante el último año representante legal de los trabajadores.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por Doña Marta , debo declarar y declaro procedente el despido de la trabajadora de fecha 16 de octubre de 2018 por parte de la empresa BOSCH SERVICE SOLUTIONS SAU, convalidando la extinción del contrato en tal fecha y absolviendo a la mercantil demandada de todos los pedimentos formulados en su contra.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda, declara procedente el despido litigioso seguido con la mercantil BOSCH SERVICE SOLUTIONS SAU, convalidando la extinción del contrato en la fecha del despido y absolviendo a la mercantil demandada de todos los pedimentos formulados en su contra. Decisión esta contra la que recurre la parte actora articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 193. c) de la LRJS, en el que denuncia infracción, por interpretación errónea del artículo 54.2 apartado d) del ET y del artículo 67.6 del Convenio Colectivo estatal de **Contact Center** y la jurisprudencia aplicable al supuesto de autos. Se alega por la parte recurrente, en síntesis, que en la carta de despido no se detallan ni concretan que labores inherentes a la prestación de servicios realizó en la a agencia de viajes, ya que el seguimiento llevado a cabo por el detective privado desde el exterior, no llega a demostrar que la actora estuviese llevando a cabo una actividad laboral en el interior de la agencia de viajes, añadiendo que según numerosa Jurisprudencia se exigen dos requisitos para que la realización de actividades en situación de incapacidad temporal sea constitutiva de causa de despido: que dichas actividades incidan negativamente en la recuperación del trabajador y que revelen o demuestren su aptitud para realizar el trabajo que tiene encomendado en la empresa, añadiendo que las actividades realizadas no son contrarias al correcto proceso de curación de su enfermedad y tampoco demuestran aptitud para desarrollar su trabajo como **teleoperadora**, que conlleva unas labores de venta telefónica con una gran presión y exigencia diaria al tener que alcanzar objetivos, citando las Sentencias de este Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 7 de febrero de 2018, y 10 de julio de 2012. En definitiva, considera la parte recurrente que en el supuesto de autos no ha quedado evidenciado que estemos ante un incumplimiento grave y culpable, pues el despido por ser la sanción más grave en el Derecho laboral, obliga a una interpretación restrictiva pudiendo pues, y en su caso, imponerse otras sanciones distintas de la del despido, y que en el supuesto de autos no cabe apreciar la pretendida transgresión de la buena fe contractual dotada de suficiente gravedad e intencionalidad, y determinante de un incumplimiento contractual grave y culpable subsumible en el artículo 54.2.d del ET por conducta desleal de la trabajadora , cuyo estado de incapacidad no puede entenderse que hubiera sido puesto en riesgo de recuperación por la actividad realizada ni se ha evidenciado que se encontraba capacitada para el desempeño de las tareas propias de su puesto de trabajo.

SEGUNDO.- Partiendo de los hechos declarados probados, la censura jurídica que se denuncia no resulta acogible sobre la base de las siguientes consideraciones:

1ª.- Es doctrina jurisprudencial consolidada (STS de 22 mayo 1986, Ar. 2609 ; 21 julio 1988, Ar. 6221 ; 4 febrero 1991), la que señala que la buena fe contractual a que se refiere el art. 54.2 d) del E.T . es la que deriva de los deberes de conducta y del comportamiento que el art. 5 a), en relación con el art. 20.2, ambos del referido Estatuto, imponen al trabajador; buena fe en su sentido objetivo, que "constituye un modelo de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas conforme al que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza" (SSTS 21 enero 1986, Ar. 1986\312 ; 22 mayo 1986, Ar. 1986\2609 y 26 enero 1987 , Ar. 1987\130), de tal modo que no cualquier transgresión de la buena fe contractual justifica el despido, sino aquella que por ser grave y culpable "suponga la violación trascendente de un deber de conducta del trabajador, esto es, la que tenga calidad bastante para que sea lícita y ajustada a derecho la resolución contractual basada en el incumplimiento del trabajador (art. 1124 del Código Civil, hoy 217 de la LEC 1/2000), quien ha de conocer que su conducta viola la buena fe sin necesidad de dolo, pudiendo deberse la causa a su propia negligencia, imprudencia o descuido sin necesidad de un perjuicio económico para la empresa o, incluso, mediante la realización de la conducta sancionable con abuso de confianza, cuando se aprovecha de una especial situación



(autonomía en el desarrollo del trabajo o dificultades de control y vigilancia por parte del empresario) para la comisión de la falta (SSTS 30 abril 1991, Ar. 1991\3397 ; 4 febrero 1991, Ar. 1991\794 ; 30 junio 1988, Ar. 1988\5495 ; 19 enero 1987, Ar. 1987\66 ; 25 septiembre 1986, Ar. 1986\5168 y 7 julio 1986 , Ar. 1986\3963...)"

2ª.- Ahora bien, (STS 29 de enero 1987 [RJ 1987\177]; 22 septiembre 1988 , RJ 1988\7095 y 24 de julio de 1990 [RJ 1990\6465]), no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad, y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial, la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, aquella que sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 29 de enero 1987 [RJ 1987\177] y 24 de julio de 1990 [RJ 1990 \6465]). Lo esencial, por tanto, 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. Como señala la STS de 22 diciembre 1986 (RJ 1986, 7553), es obligado valorar las circunstancias especiales concurrentes en cada supuesto, llevando a cabo a tal fin un examen individualizador de la conducta del trabajador , lo que con mayor razón es exigible en aquellos supuestos, como el de autos, que se asientan sobre situaciones de incapacidad física o enfermedad, que cobran una configuración casuística y particularizada derivada de la sustancial y diferenciada individualidad del sujeto que en cada caso resulta afectado . En tal contexto, sólo puede señalarse como criterio general relevante la determinación de si la actividad desarrollada en situación de ILT (hoy IT) perturba o demora la curación del trabajador o su futura aptitud laboral - STS de 21 marzo y 21 diciembre 1984 (RJ 1984, 1592 y 6481) y STS 18 julio 1990 (RJ 1990, 6423-".

3ª.- En el presente caso, consta probado que la actora ostenta la categoría profesional de **teleoperadora**, y que está diagnosticada de *ansiedad, trastorno adaptativo*, permaneció en situación de incapacidad temporal durante el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2018, hasta el 16 de febrero de 2019, por enfermedad común, y por la enfermedad psíquica ya referida. La demandante ha acudido durante los días 20 de septiembre (mañana y tarde) y los días 25 y 26 de septiembre de 2018 a la agencia de viajes Riveira, situada en la localidad coruñesa de Ribeira, propiedad de su hermana y en compañía de ésta, ayudando a abrir y cerrar la verja, permaneciendo en el interior salvo los momentos que salió a tomar café o a fumar un cigarrillo. La agencia de viajes se encuentra en el centro de Ribeira, en una calle peatonal. Consta en su historial médico que se le había recomendado a la paciente que se fuera a vivir con su familia -que está en Ribeira- durante la baja por incapacidad temporal., para que estuviera más tranquila y acompañada en su proceso, pues en Vigo vivía sola.

No hay duda de que los trabajos realizados en la Agencia de Viajes, efectuados en los días señalados, comportaron la realización de una actividad que son incompatibles con su enfermedad, porque lo decisivo es que la actividad del trabajador perturbe o retrase la curación, como ocurre en este caso. Y si se entendiente que no se produce un retraso en la curación, cabe señalar que por las características del trabajo, si la trabajadora cuenta con capacidad funcional para asumir una jornada completa en una agencia de viajes, desde el horario de apertura hasta su cierre, siendo incluso ella en una ocasión la que sube la verja del local par iniciar la actividad, pues igualmente estaría capacidad para asumir las funciones propias que tiene encomendadas en su empresa, quedando demostrado que la actora cuenta con aptitud para realizar el trabajo que tiene encomendado como **teleoperadora**. En tales circunstancias, el deber de buena fe que debe presidir la actuación del trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones - artículo 5, a) del ET -, ha de entenderse transgredido cuando, con olvido de la prescripción médica, se realizan actividades que perjudican la curación, o sino la perjudican evidencian una manifiesta aptitud para el trabajo de **teleoperadora**, pues con tal conducta, además del perjuicio que se irroga a la Seguridad Social, también se lesionan los intereses de la empresa que no recibe el débito laboral de quien trabaja en otras actividades y, no obstante, debe seguir cotizando en tal supuesto de suspensión del contrato de trabajo. Por ello, la línea jurisprudencial señala de manera reiterada que se incurre en la falta que tipifica el artículo 54 2. d) del ET , cuando, en baja por enfermedad, se realizan trabajos incompatibles con la situación de incapacidad temporal y que ponen en riesgo y/o retrasan la curación del trabajador; o que demuestren su aptitud para realizar el trabajo que tiene encomendado en la empresa (STS de 11 octubre 1980 (RJ 1980 , 3985), 7 octubre 1981 , 10 mayo y 30 junio 1983 (RJ 1983, 2365 y 3068), 27 octubre 1984 (RJ 1984, 5340), 16 julio 1985 (RJ 1985, 3780), 31 mayo 1986 (RJ 1986, 2763) y 7 julio 1988 (RJ 1988, 57741), sin que en este caso el informe de detectives en el que se apoya el Magistrado de instancia (folio 84 y siguiente) permita apreciar una valoración errónea. En consecuencia, el recurso debe ser desestimado con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia, que de forma correcta y ajustada a derecho apreció la procedencia del despido y convalidó la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (art. 55.7 ET). Por lo expuesto,



FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de la actora DOÑA Marta contra la sentencia de fecha 21 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado de lo Social nº DOS de los de VIGO, en los presentes autos 1043/2018 sobre despido, tramitados a instancia de la referida recurrente, frente a la empresa demandada BOSCH SERVICE SOLUTIONS SAU, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.