



Roj: **SJSO 6383/2019** - ECLI: **ES:JSO:2019:6383**

Id Cendoj: **33037440012019100073**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Mieres**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2019**

Nº de Recurso: **393/2019**

Nº de Resolución: **428/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MANUEL GONZALEZ-PORTAL DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **JDO. DE LO SOCIAL N. 1**

**MIERES00428/2019**

**JUZGADO DE LO SOCIAL ÚNICO**

**M I E R E S**

**(Asturias)**

**JARDINES DEL AYUNTAMIENTO S/N**

**Tfno: 985464981**

**Fax: 985453627**

**NIG: 33037 44 4 2019 0000392**

**DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000393 /2019**

**Autos: 393/19**

**Despido**

**Sentencia: 428**

**D**

**m**

En la villa de Mieres del Camino, a dieciséis de octubre de dos mil diecinueve.

El Ilmo. Sr . **DON MANUEL GONZÁLEZ-PORTAL DÍAZ**, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social de MIERES; tras haber visto los presentes autos sobre DESPIDO; instruidos entre partes, de una y como demandante María Luisa que comparece representado por el Letrado MIGUEL ANGEL SUAREZ GONZALEZ y de otra como demandados CENTRO GERONTOLOGICO ABLAÑA S.A. que comparece representado por el Letrado IGNACIO DUGNOL SIMO y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL quien no comparece pese a estar citado en legal forma,

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** La actora, una vez celebrada la preceptiva conciliación con el resultado de intentada sin avenencia, presentó escrito de demanda en fecha 14 de junio de 2019, en el que solicita por sentencia estimatoria se declare la improcedencia del despido de que ha sido objeto; se dio traslado a los demandados y citando a las partes para la celebración del correspondiente juicio oral, y en su caso previo acto de conciliación judicial



en fecha 9 de octubre de 2019 en que tuvieron lugar las actuaciones, compareciendo las partes, solicitando sentencia de acuerdo a sus intereses, practicándose las pruebas que fueron declaradas pertinentes y elevando finalmente a definitivas sus conclusiones.

## HECHOS PROBADOS

1º.- La actora, María Luisa, ha venido prestando servicios por cuenta y orden del CENTRO GERONTOLÓGICO ABLAÑA S.A., con la categoría de Gerocultora, en el centro de trabajo sito en el Berrón, con antigüedad referida al 7 de diciembre de 2016, percibiendo un salario diario de 40,17 €.

2º.- Causó la actora baja de incapacidad temporal el 14 de junio de 2018 derivada de enfermedad común, con diagnóstico de dolor en codo derecho.

El 25 de febrero de 2019 el INSS resolvió emitir alta médica.

Obtuvo licencia retribuida los días 26, 27 y 28 de febrero.

La empresa fijó vacaciones, disfrutándolas la actora del 1 al 15 de marzo.

Se reincorpora al trabajo los días 16, 17, 18 y 19 de marzo.

Causa nueva situación de incapacidad temporal el 20 de marzo de 2019; el 17 de abril se emite alta.

El 22 de abril de 2019 se emite parte de baja de incapacidad temporal por enfermedad común.

En fecha 22 de abril de 2019 el facultativo de la Seguridad Social extiende parte de baja por contingencia común.

3º.- En sentencia de 24 de abril de 2019, del Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo, se dejó sin efecto el alta médica de 25 de febrero anterior, reponiendo a la actora en situación de IT.

4º.- En comunicación datada el 17 de mayo de 2019 la empresa notifica a la actora su despido disciplinario, con efectos del día 20 siguiente, atribuyéndole falta consistente en la realización de trabajo incompatible con la situación de IT, en los términos que obran a los folios 21 a 25 de autos, los que se dan por reproducidos.

5º.- El día 23 de abril de 2019 la actora se encontraba atendiendo uno de los puestos de venta de los huevos pintos en Pola de Siero. Permaneció en dicho puesto desde las 12:20 hasta las 14:00 h. Regresó a las 15:07 h, ausentándose a las 16:00 y regresando a las 16:20 h; a las 17:56 la actora abandona el recinto dirigiéndose a una cafetería próxima; salió de la misma a las 18:05, deteniéndose para hablar con un señor, regresando al stand pasando un lapso no determinado; a las 21:16 salió nuevamente del puesto, regresando al mismo pasando un lapso no determinado. A las 21:50 se procede a desmontar el puesto de venta; se depositan objetos en una especie de arcón, que es introducido en un vehículo del modo que se observa a los folios 23 a 25 de autos.

En el tiempo en que la actora permaneció en el stand se dedicó a pintar huevos, a despachar su venta y cobrar el producto de la misma, del modo que se observan en las fotografías 191 y siguientes de autos.

6º.- No ostenta ni ha ostentado cargo sindical o representativo alguno de los trabajadores.

7º.- Presentó papeleta de conciliación ante la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación el 28 de mayo de 2019, celebrándose el preceptivo acto conciliatorio el siguiente día 6 de junio con el resultado de intentado sin avenencia; tuvo entrada escrito de demanda el 14 de junio de 2019.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La única imputación que se contiene en la comunicación sancionadora causa de litis es la que atribuye a la actora realización de trabajos incompatibles con su situación de incapacidad temporal el día 23 de abril de 2019, fecha en la que desarrolló una actividad al frente de un puesto de venta de huevos pintos en la fiesta de este nombre en Pola de Siero.

Es sabido que la realización de actividades en IT incompatibles con el trabajo puede constituir causa de despido, dado que la incidencia negativa de estas sobre la curación de la enfermedad, retrasa la incorporación al trabajo y transgrede en consecuencia la buena fe contractual. La STS de 4-5-1990 indica al respecto que "La doctrina de la Sala ha declarado que constituye una transgresión de buena fe contractual sancionable con el despido la realización de trabajos durante la situación de incapacidad temporal cuando a través de la actividad realizada se dificulta seriamente el proceso de curación o se evidencia la aptitud laboral del trabajador - Sentencias de 3 de abril y 7 de julio de 1987 ( RJ 1987\2333 y RJ 1987 \5103) y 26 de enero



de 1988 ( RJ 1988\55)- y también es criterio de la Sala que las causas de despido disciplinario son las que determina el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1980\607 y ApNDL 1975-85, 3006) y si bien las regulaciones sectoriales contenidas en las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo, en la medida en que éstas mantengan su vigencia de conformidad con la disposición transitoria segunda del Estatuto citado, matizan y precisan los supuestos legales no pueden desnaturalizarlos excluyendo su aplicación - Sentencias de 14 de julio de 1983 ( RJ 1983\3788 ) y 5 de julio de 1988 (RJ 1988\5763)-", debiendo añadirse que no se requiere que en IT se desempeñen trabajos necesariamente remunerados, sino cualquier actividad contraindicada para la situación clínica incapacitante, debiéndose de individualizar cada supuesto con el fin de averiguar la relevancia de la imputada fraudulenta apariencia.

Recordadas sintéticamente estas premisas doctrinales, y enfrentadas las mismas al resultado probatorio adquirido en la litis, debe significarse primeramente que el reportaje fotográfico que obra unido a los autos no revela en absoluto una actividad incompatible con el diagnóstico de dolor en codo derecha determinante de la situación de baja de la incapacidad temporal. En aquél documento gráfico se observa a la actora decorando huevos, procediendo a su despacho con la entrega de lo vendido, de muy escaso peso, y recepción del dinero en el que se constata casi exclusivamente el manejo del hombro izquierdo no afectado por la lesión (folios 193, 194, 195, 197, 199, infra, 200, 202 y 205). La testifical practicada en juicio, ratificando el informe del **detective**, no ha aclarado suficientemente la razón por la que no se da cuenta de la instalación del stand de venta, y sólo el de su desmontaje. En esta última operación, el reportaje fotográfico obliga a concluir que el manejo de la caja que se introduce en el coche se efectúa por un tercero, procediendo la actora a realizar únicamente alguna actividad tendente a la colocación y acomodo de la misma en el interior del vehículo, sin que pueda inferirse compromiso relevante del miembro superior derecho. En resolución, además de ser la probada actividad rigurosamente episódica circunscrita a una sola jornada, ya no es sólo que se halle desprovista de la gravedad precisa para justificar un despido respecto de quien carece de antecedentes desfavorables, sino que, antes de ello, no es capaz de poner de manifiesto el desarrollo de actividad y esfuerzos físicos incompatibles con la situación de baja, bien por entrañar retardo de la curación o por revelar simulación de la sanidad; en consecuencia la decisión disciplinaria de la empresa cuyos efectos se posponen casi un mes después de su cabal conocimiento, en el marco de plurales procesos de incapacidad temporal, ha de ser calificada como improcedente.

**SEGUNDO.-** El Fondo de Garantía Salarial responde en los términos prevenidos en el art. 33 ET.

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

## FALLO

Que **estimando** la demanda deducida por María Luisa contra **CENTRO GERONTOLOGICO ABLAÑA S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL**, debo declarar y declaro la **IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO** de que fue objeto la actora, condenando a la demandada a pasar por esta declaración, y a que a su elección en el término legal de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social entre readmitir al demandante en el mismo puesto de trabajo e iguales condiciones que disfrutaba antes de producirse el despido, en cuyo caso deberá abonar a la parte actora los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución o hasta que aquél hubiera encontrado otro empleo, o a la indemnización legalmente señalada para el despido improcedente en cuantía de **3.314,03 €**; sin perjuicio de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiendo que contra ella podrán interponer **Recurso de Suplicación** ante el Tribunal Superior de Justicia que deberá ser anunciado por comparecencia, o mediante escrito en este Juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta Sentencia, o por simple manifestación en el momento en que se le practique la notificación. Adviértase igualmente al recurrente que no fuera trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, o causahabiente suyos, o no tenga reconocido el beneficio de justicia gratuita, que deberá depositar la cantidad de 300 €, en la cuenta abierta en el Banco de **SANTANDER de MIERES** a nombre de este Juzgado con el núm. 3339000065 (**nº procedimiento 393/19**) acreditando mediante la presentación del justificante al momento de anunciar el recurso así como, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, consignar en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el mismo número de cuenta y banco a **nombre** de este Juzgado, la cantidad objeto de condena, o formalizar aval bancario por dicha cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, incorporándolos a este Juzgado con el anuncio de recurso. En todo caso, el recurrente deberá designar Letrado para la tramitación del recurso, al momento de su presentación.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.