

**Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, Sentencia 222/2017 de 11 Abr. 2017, Rec. 60/2017**

**Ponente: Villalba Lava, Mercenario.**

**Nº de Sentencia: 222/2017**

**Nº de Recurso: 60/2017**

**Jurisdicción: SOCIAL**

Despedido por trabajar de discjockey estando de baja por accidente laboral con lesiones en la mano

DESPIDO DISCIPLINARIO. Procedente despido de mecánico que estando de baja por accidente laboral, trabajó como discjockey en varias localidades, dándose publicidad mediante carteles y redes sociales sin dar cuenta a la empresa. El empleado alega que esta segunda actividad no afectaba al proceso curativo de las lesiones sufridas en la mano, y sin embargo el Tribunal entiende que para el desarrollo de la misma, se precisa una capacidad táctil incluso mayor que para la de mecánico.

*El TSJ Extremadura desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador y confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Cáceres que declaró la procedencia del despido disciplinario.*

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

SENTENCIA: 00222/2017

**T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL**

**CACERES**

C/PEÑA S/N

Tfno.: 927 62 02 36-37-42 Fax: 927 62 02 46

**NIG: 10148 44 4 2016 0000408**

**RECURSO DE SUPLICACIÓN Nº 60/17**

Procedimiento de origen: DEMANDA Nº 381/16 del Juzgado de lo Social Nº 3 de CÁCERES, con sede en PLASENCIA

Sobre: Despido Disciplinario

Recurrente/s: D. Cayetano

**Abogado/a: D. VALERIANO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ**

Procurador/a:

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s** : D. Hipolito

**Abogado/a: D<sup>a</sup> NURIA ALAMILLO JIMÉNEZ**

Procurador/a:

**Graduado/a Social:**

**Ilmos. Sres.**

**D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ**

**D<sup>a</sup> ALICIA CANO MURILLO**

**D. MERCENARIO VILLALBA LAVA**

En CÁCERES, a Once de Abril de Dos mil diecisiete

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. de EXTREMADURA, 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 Nº 222/2017**

En el RECURSO SUPPLICACIÓN Nº 60/17, interpuesto por el Sr. Letrado D. VALERIANO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, en nombre y representación de, D. Cayetano , contra la Sentencia número 243 /16, dictada por el Juzgado de lo Social Nº 3 DE CÁCERES, con sede en Plasencia , en el procedimiento DEMANDA nº 381/16, seguido a instancia de la parte Recurrente, frente a D. Hipolito , parte representada por la Sra. Letrada Dª NURIA ALAMILLO JIMÉNEZ, siendo Magistrado- Ponente el ILMO. SR. D. MERCENARIO VILLALBA LAVA

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D. Cayetano presentó demanda contra D. Hipolito siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 243 de fecha 16 de noviembre de 2016 .

**SEGUNDO:** En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados : "**PRIMERO** .- Don Cayetano ha venido prestando servicios para la empresa Cristian González Alfonso, desde el día 28 de abril de 2014, con categoría profesional de Peón, y retribuciones mensuales brutas de 1.184,65 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, en el centro de trabajo de la empresa sito en la localidad de Moraleja. **SEGUNDO** .- Las relaciones entre las partes se rigen por el Convenio Colectivo de la Siderometalurgia para Cáceres y su provincia, publicado en el DOE de 19 de noviembre de 2014. **TERCERO** .- El día 15 de junio de 2016 el trabajador sufrió un percance calificado de accidente de trabajo cuando al cambiar la distribución a un vehículo, el gato que sujetaba el motor se resbaló, lo que provocó que la mano izquierda y más concretamente, un dedo, quedara atrapado entre el chasis del coche y el soporte del motor, a causa del cual inició un periodo de incapacidad temporal ese mismo día 15 de junio de 2016 (documentos 3 a 5 del ramo de prueba de la parte demandada). **CUARTO** .- La empresa entregó al trabajador carta de despido disciplinario fechada el día 23 de agosto de 2016, con fecha de efectos de 24 de agosto de 2016, cuyo contenido se da por reproducido, en la que le participa el despido disciplinario por la comisión una falta muy grave, prevista en el artículo 54.2.d) del ET en relación con el artículo 37, apartado d) relativo a las faltas muy graves, del Convenio Colectivo , por simulación de enfermedad o accidente (folios 10 a 12). *En la misma se imputa al trabajador los siguientes hechos: "Desde el pasado día 15 de junio de 2016 se encuentra Usted en situación de baja por contingencia profesional como consecuencia de un accidente laboral. Debido a esta circunstancia no se encuentra en condiciones de poder realizar su trabajo. Sin embargo la dirección de la empresa tiene constancia que Usted está realizando trabajos por cuenta propia o ajena durante la situación de baja. Podemos acreditar que: El día 5 de agosto de 2016 actuó Usted como DJ Cayetano en el Pub Casa Raúl, en la localidad de Moraleja. El día 6 de agosto de 2016 actuó Usted como DJ Cayetano en la localidad de Termas de Monfortinho (Portugal). El día 15 de agosto de 2016 actuó Usted como DJ Cayetano en bar Las Piscinas, en la localidad de Moheda de Gata (Cáceres). De todas estas actuaciones disponemos de carteles publicitarios en el que figura su fotografía, con la fecha y hora de actuación. Igualmente, la empresa dispone de conversaciones descargadas en las redes sociales en la que se alaba su actuación durante los mencionados días. Este comportamiento evidencia una absoluta falta de responsabilidad y de deslealtad hacia la confianza que en Usted se había depositado, manifestándose na evidente transgresión de la buena fe contractual que debe presidir toda relación laboral, pues encontrándose de baja por contingencia profesional está realizando trabajos para otra empresa o bien los está realizando por cuenta propia".* **QUINTO** .- El día 5 de agosto de 2016 el trabajador actuó como discjockey (DJ) en el pub Casa Raúl de la localidad de Moraleja (Cáceres). El día 15 de agosto de 2016 actuó disc-jockey en el bar Las Piscinas, en la localidad de Moheda de Gata (Cáceres). **SEXTO** .- En el cartel publicitario de las fiestas de la localidad de Monfortinho (Portugal) figuraba la actuación del trabajador como disc-jockey para el día 6 de agosto de 2016. **SÉPTIMO** .- Disconforme con la decisión extintiva, el trabajador presentó papeleta de conciliación el día 30 de AGOSTO de 2016, y el día 13 de septiembre de 2016 se celebró acto de conciliación, con resultado "sin avenencia". **OCTAVO** .- El trabajador no ostenta, ni ha ostentado en el último año, la representación legal ni sindical de los trabajadores".

**TERCERO:** En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " **Se desestima** la demanda presentada por Don Cayetano , **se absuelve** a la empresa Cristian González Alfonso de los pedimentos formulados en su contra y **se declara procedente** el despido disciplinario con la consecuente convalidación de la extinción laboral que aquél produjo".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Cayetano , interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha 27 de enero de 2017.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Es objeto de suplicación, la sentencia 243/2016 de 16 de noviembre del Juzgado de lo Social número 3 de Plasencia que desestimando la demanda interpuesta por Cayetano considera el despido procedente.

Frente a tal sentencia por el citado Cayetano se presenta recurso de suplicación al amparo del apartado C del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990 , señalando que lo que hizo estando en IT se trataba de una actividad que no exige un esfuerzo relevante físico ni obviamente emocional ni tenía por tanto entidad suficiente para estimarla inadecuada al padecimiento sufrido por el actor, hasta el punto de poder ser determinante de demora en su proceso curativo, máxime en su puesto es como el de autos, sin prescripción de reposo en absoluto ,debiéndose valorar, según la citada sentencia del T: Supremo, las circunstancias especiales concurrentes en cada supuesto llevando a cabo un examen individualizado de la conducta del trabajador, de manera que reiterando la sentencia de 22 de diciembre de 1986 destaca que la determinación de si la actividad desarrollada en situación de I.L.T. perturbó o demoró la curación del trabajador o su futura aptitud laboral, lo que no se producía en el supuesto contemplado en el caso que se recogía en la citada sentencia ,de ahí que considere que lo relevante es determinar si la actividad excepcional llevada a cabo por el ahora trabajador supone una dificultad añadida en el proceso de recuperación del demandante, teniendo en cuenta que su trabajo es el de peón de taller que tiene unas exigencias físicas muy

importante frente a las de un pinchadiscos, toda vez que nada tienen que ver, ya que mientras que en la primera sí que se precisa de un esfuerzo físico importante, en la segunda no, de manera que resulta inocua en el proceso curativo del trabajador.

La empresa impugna el recurso de suplicación señalando que en dos ocasiones se ha reconocido que realizaba las funciones de discjockey y por los carteles se acredita que aparecía también que iba a realizar otra actividad en Monfortinho (Portugal), considerando que en este caso debía ser el trabajador, una vez presentado este principio de prueba, el que acreditara que no llevó a cabo tal actividad, destacando que el recurso no puede admitirse, toda vez que no se pide una revisión de hechos probados y que la valoración de la prueba corresponde al juez de instancia, existiendo una opción legítima a favor de la empresa en aquellos casos en los que son factibles varias opciones, entre ellas, una, el despido, señalando en este sentido varias sentencias del Tribunal Supremo, como la de 22 de diciembre 1986 ó 30 de mayo de 1998, que permiten el despido del trabajador en situación de baja laboral que simula su enfermedad o retarda su curación con la realización de actividades de todo tipo que sin constituir trabajo resulten contraindicadas médicamente, en cuanto que con ellas se puede inferir en el proceso normal de curación, de manera que se está perjudicando a la empresa que corre con la carga del abono de las correspondientes prestaciones económicas sin obtener nada a cambio, de manera que el trabajador ha de tener una actividad encaminada a conseguir su pronta recuperación y reingreso al trabajo, de conformidad con las exigencias de la buena fe.

La sentencia de instancia razona en el fundamento jurídico tercero, que *la actividad que ha llevado a cabo el trabajador no puede ser considerada como meramente accidental y asimismo es incompatible con el estado de salud del trabajador pues la de pinchadiscos, al igual que la actividad laboral habitual de peón en un taller mecánico, comporta la necesidad de empleo y uso de las manos y de los dedos, por lo que hay que entender que si el actor podía realizar tal actividad también podía acometer las tareas de su trabajo, por lo que entiende que la actora ha incurrido en causa de despido* de acuerdo con el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores y 37 del convenio colectivo.

**SEGUNDO:** A juicio de la Sala debe tenerse en cuenta que el artículo 37 letra D del convenio colectivo aplicable al caso establece que se considera una falta muy grave la simulación de enfermedad o accidente, entendiéndose que existe infracción laboral, cuando encontrándose de baja el trabajador por cualquiera de las causas señaladas, realiza trabajo de cualquier índole por cuenta propia o ajena. Consideramos que en el presente caso, efectivamente, de acuerdo con lo establecido en el Convenio Colectivo *el trabajador ha realizado tales trabajos de discjockey por cuenta propia o ajena en dos ocasiones, al menos, de manera que, tal y como se señala en la sentencia de instancia, no se trataba de una cuestión meramente accidental sino que había sido objeto de publicidad y que el recurrente había obtenido una correspondencia a través de las redes sociales de su actuación, motivo por el cual el recurrente estaba incurriendo en el supuesto claramente previsto en el artículo 37 apartado d) del convenio colectivo y vulnerando la buena fe que le exigía el Estatuto de los Trabajadores e incurriendo también en lo previsto en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores por transgresión de la buena fe contractual, toda vez que como decimos, mientras que la empresa que ahora le despide estaba realizando las correspondientes cotizaciones, el trabajador estaba realizando un trabajo por cuenta propia o ajena, y ello sin dar cuenta a esta empresa de todo lo que estaba haciendo y sin que sea necesario abordar las diferencias entre una y otra actividad, si bien diremos que mientras que en una, los requerimientos físicos son mayores, en otra es necesaria una mejor capacidad táctil*, lo que nos conduce, conforme a lo establecido en el artículo 37 letra D del convenio colectivo de la siderometalurgia para Cáceres y su provincia publicado en el Diario Oficial de Extremadura de 19 de noviembre de 2014 en relación con el apartado c de las sanciones en el precepto citado, a considerar que tal conducta empresarial es conforme a Derecho, lo que nos obliga a la desestimación del recurso de suplicación y a la ratificación y a la confirmación de la sentencia del Juzgado de lo Social.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

**FALLO:** Que en atención a lo expuesto debemos de desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por don Cayetano contra la sentencia citada en el primer fundamento jurídico de ésta, y en su virtud la debemos de confirmar y confirmamos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 006017 debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

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

### **PUBLICACIÓN**

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.