

TSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sec. 1.ª, 1143/2018, de 11 de septiembre

Recurso 640/2018. Ponente: LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: "FALLO: Primero.- Que estimo parcialmente la demanda de D^ª. Rosalia en reclamación por despido y declaro que el cese de la demandante constituye despido improcedente del que son responsables las empresas SOBERIN SL, LOPIGON SL, PILOGON SL.

Segundo.- Que condeno solidariamente a las empresas SOBERIN SL, LOPIGON SL, PILOGON SL, a pasar por los efectos de esta declaración y a que, a su elección, o a elección de la parte demandante si fuera representante unitario o legal de los trabajadores o delegado sindical, que deberá ejercitarse dentro del plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente, por escrito o por comparecencia ante la Secretario de este Juzgado, readmita al trabajador en el mismo puesto de trabajo y en las mismas condiciones que existían antes de producirse el despido el día 29/06/2017, o a que le abone la cantidad de 18.728 euros y a que le abone los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de esta sentencia, en caso de opción por la readmisión, a razón del salario diario de 43 euros, que incluye la parte proporcional de las pagas extraordinarias; a menos que se haya acreditado en juicio por el empresario que la parte demandante había encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a la sentencia y se hubiese declarado probado en esta sentencia lo percibido, o el importe mínimo del SMI por la jornada de la parte demandante en su nuevo empleo, para su descuento de los salarios de tramitación. En caso de opción en dicho plazo por la indemnización no deberá el empresario cantidad adicional alguna, a menos que el derecho de opción haya correspondido a la parte demandante. Si no se optase por el titular de ese derecho, en el referido plazo, se presume legalmente que la elección ha sido en favor de la readmisión, con las consecuencias ya expresadas.

La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Tercero.- Que absuelvo a la empresa BURGER KING SPAIN SLU , de todas las pretensiones ejercitadas en la demanda.

Cuarto.- Que absuelvo a las empresas SOBERIN SL, LOPIGON SL, PILOGON SL de las demás pretensiones ejercitadas en la demanda."

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos: I.- La demandante D^ª. Rosalia ha prestado servicios para las empresas demandadas con antigüedad de fecha 9/5/2006, con la categoría de ayudante de camarero/ayudante de cocina, percibiendo una retribución de 1.291,06 euros mensuales, inclusive la parte proporcional de pagas extraordinarias.

. Documental obrante en el ramo de prueba de la parte demandante y bloques documentales obrantes en el ramo de prueba de las 3 empresas que han tenido la misma defensa letrada.

II.- Que la relación laboral se iniciaba con la empresa lopigon SL hasta el 8/5/2007 y desde entonces para la empresa pilogon SI, como ayudante de camarera, y desde el 9/5/2008 con la empresa soberin SL, suscribiendo un contrato de trabajo indefinido.

. Documental obrante en el ramo de prueba de la parte demandante.

III.- Las codemandadas SOBERIN SL, LOPIGON SL, PILOGON SL, tienen como administradores solidarios a los hermanos D^ª. Delfina, D^ª. Gema y a D. Virgilio .

Las tres empresas tienen como actividad la explotación de franquicias de la cadena Burger King.

IV.- Que en fecha 1/10/2017 las empresas Lopigon SL y Burguer King Spain SLU, firmaban un contrato por el que la primera transmitía a la segunda la totalidad del negocio de hostelería que bajo la marca Burger King explotaba la empresa Lopigon SL, en el centro comercial sito en la calle Virgen del Amparo número 51 de Guadalajara.

. Documental obrante en el ramo de prueba de la empresa Burguer King.

V.- Que en fecha 1/10/2017 las empresas Soberin SL y Burguer King Spain SLU, firmaban un contrato por el que la primera transmitía a la segunda la totalidad del negocio de hostelería que bajo la marca Burger King explotaba la empresa Lopigon SL, en el centro comercial Ferial Plaza de Guadalajara.

. Documental obrante en el ramo de prueba de la empresa Burguer King.

VI.- La actora ha sido IT desde el 3/01/2017 hasta el 2/5/2017 y desde 15/5/2017 hasta el 22/05/2017 (este segundo periodo se considera recaída del primer periodo), siendo la contingencia común, con diagnóstico de trastorno mixto ansioso depresivo.

La Inspección médica del Sescam ha valorado el estado de salud de la demandante.

El 13/5/2017 la demandante recibió asistencia médica se le prescribía reposo por 72 horas.

Documental de la parte demandante, documental unida a los autos y documental obrante en el ramo de prueba de la parte demandante así como documentos números 4, 5 y 6 del ramo de prueba de las tres codemandadas que han tenido la misma dirección letrada.

VII.- Que el día 13/5/2017 la demandante se marchó de su puesto de trabajo manifestando que se encontraba mal. Que el día 14/5/2017 la actora no fue a trabajar.

. Valoración conjunta de la prueba practicada.

VIII.- Que en la tarde del sábado día 20/5/2017 la demandante acudió con otras personas al establecimiento Valseria sito en la calle Mirador de Trijueque.

Durante el tiempo que la actora estuvo en el local la demandante tomó consumiciones y algún alimento y bailó.

. Valoración conjunta de las pruebas testifical, reproducción de la imagen e interrogatorio judicial.

IX.- El 29/6/2017 la empresa Soberin SL emitía carta de despido disciplinario que era enviada por burofax a la demandante y que se da por reproducida.

. Documental acompañada con la demanda y documento número 7 del ramo de prueba de las tres empresas codemandadas.

X.- Se aplica a la relación laboral el convenio colectivo de Hostelería de Guadalajara.

. Documental extraída de las bases de datos del BOP de la Provincia de Guadalajara.

XI.- Se ha celebrado el acto de conciliación prejudicial con el resultado de intentado sin avenencia.

. Documental acompañada con la demanda consistente en la certificación del acta de conciliación.

XII.- La demandante al tiempo del cese no era delegada de personal, miembro del comité de empresa ni ostentaba ningún cargo sindical en la empresa demandada.

. No controvertido."

TERCERO.- Que, en tiempo y forma, por la parte demandada, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El juzgado de lo social nº 1 de Guadalajara dictó sentencia de 26-12-17 por la que estimando en parte las demandadas acumuladas, declaraba la improcedencia del despido acordado. Contra tal resolución se alza en suplicación la representación de las empresas Soberin SL, Lopigon SL y Pilogon SL, esgrimiendo con correcto amparo procesal, tres motivos orientados a la revisión de los hechos probados al amparo de la letra b/, y un último dedicado a la revisión del derecho aplicado al amparo de la letra c/, en todo caso del art. 193 de la LRJS.

SEGUNDO: En el ámbito de la revisión fáctica, el recurso que ahora resolvemos contiene los siguientes motivos:

A.- En primer lugar, se pretende la modificación del ordinal sexto de la sentencia de instancia, con objeto, en lo sustancial, de hacer constar que la asistencia médica de 13-5-17 a la que alude el mentado hecho probado, se produjo en realidad el día 15-5-17.

La indicada pretensión debe ser rechazada, en cuanto carece de cualquier fundamento. De un lado, el documento que se designa, que es el parte médico en cuestión, consigna la fecha del 13 de mayo, y no la que se quiere hacer valer. Y de otro lado, el motivo se funda en realidad no tanto en dicho documento, sino en la testifical que se valora y comenta, y de la que se quiere derivar conclusiones basadas solo en hipótesis y conjeturas, cuando como es bien sabido, la reforma fáctica en suplicación solo puede fundarse en prueba documental o pericial.

B.- En segundo lugar, se interesa la modificación del ordinal séptimo de la sentencia de instancia, en este caso para hacer constar que cuando la demandante se fue del trabajo el día 13-5-17 diciendo que se encontraba mal, en realidad "no había tenido ningún problema en el trabajo y estaba bien", y el día siguiente que no fue a trabajar tenía fijado turno de trabajo.

También debemos rechazar este intento que no se funda en ningún documento, sino que se centra ya de manera abierta en la valoración de testificales y declaraciones de parte, trufado de valoraciones conjeturales, de manera inasumible en el seno del recurso de suplicación.

C.- Por último, se quiere modificar el ordinal octavo de la sentencia de instancia, con objeto de introducir el detalle de lo que la demandante hizo en el local de ocio en la tarde- noche del día 20-5-17.

También debe rechazarse esta pretensión, no solo por la inutilidad de conocer las consumiciones que tomó la interesada o los temas que bailó, sino porque la misma se basa en el informe de detectives aportado, que como es bien sabido vale en cuanto se ratifique como testifical en el acto del juicio, y por tanto no puede hacerse valer en el recurso de suplicación.

TERCERO: El último motivo del recurso se dedica a la revisión jurídica, con cita de infracción del art. 54.2, a) y d) del ET, así como art. 59.9 del Convenio Colectivo aplicable (de Hostelería de la provincia de Guadalajara publicado en el BOP de 20-11-15), por entender que el despido realizado en su día debió calificarse como procedente.

La correcta decisión del motivo así planteado, hace necesario un breve resumen de los hechos y antecedentes relevantes para el caso. Por lo que ahora interesa, mediante carta de 29-6-17 notificaba a la trabajadora demandante su despido disciplinario, con base en dos posibles infracciones, que había dejado de asistir de manera injustificada al trabajo los días 13 y 14 de mayo de 2017, y por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, ya que durante la tarde-noche del sábado 20-5-17, al beber consumiciones bailar en un local de ocio, contravino la prescripción médica de reposo e incidió en los efectos secundarios de la medicación prescrita.

Pues bien, como relata la sentencia de instancia, la trabajadora demandante permaneció de baja por incapacidad temporal del 3-1 al 2-5-17, y por recaída del 15-5 al 22-5-17, por contingencia común y diagnóstico de trastorno mixto ansioso depresivo. En concreto, el día 13 de mayo la interesada abandonó el puesto de trabajo aduciendo que se encontraba mal, y no fue a trabajar

al día siguiente, recibiendo atención médica el mismo día 13 con prescripción de 72 horas de reposo.

De este primer relato, no puede derivarse la existencia de un abandono injustificado del puesto de trabajo, en cuanto queda acreditado que el mismo día en que tuvo que marcharse, recibió asistencia médica con indicación de 72 horas de reposo. Lo anterior, unido a los antecedentes médicos de la interesada, y que de hecho iniciara el día 15 un segundo periodo de baja por recaída del anterior proceso de incapacidad temporal, pone de manifiesto la ausencia de un ánimo de dejación de sus obligaciones, desvinculado de cualquier justificación razonable. No existe constancia de que la interesada procediera a informar convenientemente a la empresa de su estado y los extremos referidos, pero es claro que tal situación no puede hacerse equivalente a la conducta que se imputa a la trabajadora en cuanto al juicio de reproche posible, que por su menor intensidad podría fundar la adopción de otras medidas, pero no puede servir de justificación para un despido disciplinario.

Por otro lado, el hecho de que estando de baja por incapacidad temporal, la interesada acudiese a un local de ocio a tomar consumiciones y bailar, no pone de manifiesto ni que existiese una simulación de enfermedad, ni que se interfiriese el tratamiento. En cuanto a lo primero, las dolencias psíquicas son compatibles con el desarrollo de actividades de distracción, que están incluso recomendadas, sin que pueda deducirse de la actividad en cuestión, que la trabajadora no esté aquejada del trastorno depresivo diagnosticado. En cuanto a lo segundo, que la tan citada actividad, incluyendo la ingesta de alcohol, pueda interferir el tratamiento, constituye una suposición o conjetura de la parte, no fundada en ningún juicio de valor científico, y que de hecho se contradice por los hechos, en cuanto la interesada fue alta médica dos días después.

Debemos recordar aquí que la jurisprudencia ha calificado como adecuadas las actividades que pueda realizar un trabajador en situación de IT por padecer diversos tipos de procesos depresivos, (SSTS de 21-3-84, 04-10-85 o 15-07-86), considerando incluso los efectos beneficios que pueden tener para el enfermo (STS 07-07-87). Y que en aplicación de tales criterios, se considera generalmente que es compatible con la IT, siempre que no implique la simulación o la interferencia con el proceso curativo que ya hemos negado, el desarrollo de actividades lúdicas, recreativas o de ocio adecuadas al estado del paciente, tal como han señalado, por citar solo algunas de las más recientes, las sentencias de los TTSJ de Canarias/Las Palmas de 22-1-16 (rec. 1167/2015), La Rioja 10-3-16 (rec. 56/2016), Galicia de 20-10-16 (rec. 2280/2016), o Valencia de 10-1-17 (rec. 3088/2016).

En fin, de los hechos descritos no se deriva la existencia de conducta alguna susceptible de sanción por parte de la trabajadora, resultando la decisión empresarial claramente injustificada, en atención a los principios de culpabilidad y proporcionalidad que rigen en la materia, de manera que la calificación de improcedencia del despido realizada en la instancia, se muestra plenamente ajustada a derecho. Dado que el recurso no discute ninguna otra de las cuestiones que han sido debatidas y decididas en la instancia, procede en definitiva su desestimación con confirmación de la decisión recurrida.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de las mercantiles "Soberin SL", "Lopigon SL" y "Pilogon SL" contra la sentencia dictada el 26-12-17 por el juzgado de lo social nº 1 de Guadalajara, en virtud de demanda presentada por Dña. Rosalía contra las indicadas, "Burger King Spain SLU" y el FOGASA y en consecuencia confirmamos la reseñada resolución. Ordenamos la pérdida del depósito y de la consignación, o la realización de los avales, constituidos para recurrir, a los que deberá darse el destino legalmente previsto en cada caso, e imponemos a la parte recurrente las costas, que incluyen los honorarios del letrado, y que fijamos prudencialmente en 600 €;

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación, durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La consignación del importe de la condena, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Albacete, tiene abierta en el BANCO SANTANDER, sita en Albacete, C/ Marqués de Molíns nº 13, indicando el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso, y si es posible, el NIF/CIF, así como el beneficiario (Sala de lo Social) y el concepto (cuenta expediente) 0044 0000 66 0640 18, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600,00 €;), conforme al artículo 229 de citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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