BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
Sentencia 495/2021, de 28 de junio de 2021
Sala de lo Social
Rec. n.º 355/2021

SUMARIO:

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe y abuso de confianza. Redes sociales. Facebook. *Trabajadora de un taller de confección en situación de incapacidad temporal (IT). Aislamiento preventivo por riesgo de contraer COVID-19 debido a sus patologías previas, al no haber sido posible ni la adaptación ni el cambio de puesto de trabajo. Aparición en la cuenta de Facebook del marido de la trabajadora de fotografías y comentarios en las que ella misma aparece sin mascarilla, manifestándose expresamente la convivencia durante dos días con personas no convivientes.* La trabajadora no debía haber acudido a actos sociales, como la presentación del libro de su esposo, aun cuando se cumplieran las medidas de seguridad, pues iba a estar cerca de personas no convivientes, y tampoco debió mantener relaciones sociales, con amigos, en las que consta que incumplió las medidas de seguridad, aunque fuera puntualmente. El aislamiento preventivo que impide desarrollar su actividad laboral es incompatible con estas actividades, que suponen claramente un riesgo de contagio, que era justo lo que se pretendía evitar al cursarle la baja médica por incapacidad temporal. Por consiguiente, concurre causa legal de despido disciplinario consistente en abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual. **Prescripción.** Lo que es incompatible con la causa de la baja médica de IT no es haberse quitado la mascarilla para hacerse la foto con una amiga, sino la conducta continuada de relacionarse con personas no convivientes, como manifiesta el propio esposo de la trabajadora en su Facebook, al señalar que han estado juntos con otros amigos durante dos días. Como conducta continuada ha de aplicarse el plazo de prescripción larga de seis meses, lo que evita en el caso el despliegue de esta institución. Despido procedente.

PRECEPTOS:

RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 5 a), 54.2 d) y 60.2.

PONENTE:

Doña Ana María Orellana Cano.

Ilmos. Sres

Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

-PRESIDENTE-

Dña. MARIA BEGOÑA GARCIA ALVAREZ
Dña. ANA ORELLANA CANO

En Madrid a veintiocho de junio de dos mil veintiuno habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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

S E N T E N C I A

En el Recurso de Suplicación número 355/2021 formalizado por Dª. Sonsoles contra la sentencia nº 78/2021 de fecha dieciséis de marzo de dos mil veintiuno, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Móstoles,

en sus autos número 856/2020, seguidos a instancia de Dª. Flor frente a la recurrente, sobre impugnación de despido, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Doña ANA MARÍA ORELLANA CANO y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero:

Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

Segundo:

En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

"PRIMERO. La actora, Dña. Flor, prestaba servicios para la empresa demandada Dña. Sonsoles, con antigušedad de 04-04-11, ostentando la categoría profesional de Auxiliar D y percibiendo un salario diario bruto prorrateado de 36'43 euros.

SEGUNDO. Por carta de 16-10-20, y con efectos desde esa fecha, la demandada comunicó a la actora su despido disciplinario. El contenido de esta comunicación, adjuntada al entre otros al escrito de demanda, se tiene por reproducido en este apartado.

TERCERO. La actora se encuentra en situación de Incapacidad Temporal desde el 15-04-20, con el diagnóstico de "contacto para otras medidas profilácticas especificadas", siendo la limitación funcional "aislamiento por riesgo".

CUARTO. La demandada suscribió "Concierto de Actividades Preventivas" con Servicio de Prevención, en fecha 14-04-20. Y con fechas 15 de abril y 22 de julio 2020, fueron emitidos respectivos informes del Departamento de Vigilancia de la Salud del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la demandada, en los términos que son de ver al documento 2 del ramo de prueba de la parte actora, que se tiene por reproducido en este apartado.

CUARTO. La demandante es propietaria de una vivienda en Montánchez, Cáceres.

QUINTO. Con fecha 20-07-20 el Sermas prescribió a la hermana de la actora valoración para tratamiento rehabilitador.

SEXTO. Con fecha 07-08-20 fue presentado un libro en El Paseo de Montánchez por el cónyuge de la actora. Dicha presentación fue organizada por la Asociación Cultural "Pueblo de Montánchez" y cumplía todas las medidas de seguridad establecidas por la Junta de Extremadura: uso obligatorio de mascarilla, distancia de seguridad, aforo limitado, gel hidroalcohólico y espacio al aire libre.

SÉPTIMO. En fecha que no consta fue publicado en la cuenta de Facebook del cónyuge de la actora el siguiente texto: "sólo dos días con muy buenos amigos. Pero muy intensos con ...., y ..... Hay que repetir, esto no puede quedar así". En las fotos figura la actora sentada sin mascarilla y una persona también sentada delante de ella con la mascarilla en la barbilla; en una subida, andando, con la mascarilla en la mano. Y además fotos de la presentación del libro a la que se ha hecho referencia en el hecho anterior, que se llevó a cabo al aire libre, con asistencia de unas ocho personas, todas con mascarilla y separación.

OCTAVO. Respecto de una de las personas referidas en el hecho anterior fue emitido informe por el servicio de Microbiología en fecha 05-03-21, con resultado de detección positiva del nuevo coronarivus 2019. A la segunda de dichas personas le fue realizada prueba de serología de coronavirus en igual fecha, con resultado de no haberse detectado anticuerpos IgG específicos frente a la proteína S del SARS-CoV-2.

NOVENO. Con fecha 13-11-20 la Mutua de Accidentes de Trabajo comunicó a la actora que iba a cursar la propuesta de alta médica.

DÉCIMO. Se agotó el trámite previo conciliatorio".

Tercero:

En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

"Estimo la demanda por despido formulada por Dña. Flor, frente Dña. Sonsoles, y declaro la improcedencia del despido de que fue objeto con efectos de 16-10-20 y en consecuencia condeno a la demandada a que, a su elección, que deberá manifestar ante este juzgado en el plazo máximo de cinco días a contar desde la notificación

de esta sentencia, readmita a la demandante en su puesto de trabajo, con abono de los salarios de tramitación, en cuantía diaria de 36'43 euros brutos prorrateados una vez tenga lugar el alta médica, o le indemnice en la cantidad de 12.021'90 euros, supuesto que determinará la extinción de la relación laboral en la fecha que tuvo lugar el despido, el 16-10-20, y entendiéndose por último que en caso de no efectuar la opción en el plazo indicado, procederá la readmisión".

Cuarto:

Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por la parte demandante.

Quinto:

Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 7 de mayo de 2021 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

Sexto:

Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 26 de mayo de 2021 para los actos de 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:

La actora prestó servicios para la empresa demandada hasta el 16 de octubre de 2020, fecha en la que fue despedida mediante carta. La sentencia recurrida estima la demanda y declara el despido improcedente. La parte recurrente solicita, como primer motivo de recurso, con debido sustento adjetivo, en primer lugar, la revisión del hecho probado tercero de la sentencia recurrida, para que se sustituya por el siguiente tenor: "La actora se encuentra en situación de Incapacidad Temporal desde el 15 de abril de 2020, con el diagnóstico de "contacto para otras medidas profilácticas especificadas, siendo la limitación funcional asilamiento por riesgo, ya que la misma a comienzos de la pandemia manifestó a la demandada su miedo irrefrenable al contagio debido a sus especiales circunstancias en cuanto a sus patologías solicitándole en primer lugar un permiso no retribuido como se puede corroborar con el documento no 1 aportado por la demandada (folio 68) y conforme se modificó la normativa vigente, fue la propia trabajadora la que solicitó a principios del mes de abril de 2020 que fuese examinada por el Médico experto en medicina del Trabajo a fin de que fuese calificada como personal de alto riesgo para que le concedieran la baja por incapacidad Temporal, situación en la que se encuentra la misma con la limitación funcional de aislamiento por riesgo". Esta pretensión no ha de prosperar, por no evidenciarse error del órgano judicial de instancia de la prueba en la que se basa y, por no ser prueba apta para la revisión la prueba de interrogatorio de parte, de conformidad con el artículo 193 b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que le sirve de sustento. En segundo lugar, se solicita la revisión del hecho probado cuarto, para que se le atribuya la siguiente redacción: "La demandada suscribió "Concierto de Actividades Preventivas" con Servicio de Prevención, en fecha 14 de abril de 2020. Y con fechas 15 de abril y 22 de julio, fueron emitidos respectivos informes del Departamento de Vigilancia de la Salud del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la demandada, en los términos que son de ver al documento 2 del ramo de prueba de la parte actora, que se tiene por reproducido en este apartado; cumpliendo la demandada escrupulosamente con todas las medidas de seguridad acordes a la normativa vigente en el desarrollo de su actividad profesional, tal y como consta en los documentos 3 y 4 aportados por esta parte (folios comprendidos entre el 73 y el 110): Es un taller de confección con trece trabajadoras (contando a Doña Flor), en el que no se trabaja de cara al público, se ha dotado a las trabajadoras de EPIS (mascarillas, guantes...) y el trabajador cuenta con medios para limpieza/desinfección de sus manos siempre que es necesario, guardando la distancia de seguridad, en una nave amplia con ventilación y con máquinas de coser colocadas en 6 filas (cinco máquinas en cada fila). Sin embargo, es evidente que por sus funciones dentro de su puesto de trabajo, Doña Flor no podía teletrabajar (puesto que precisa de maquinaria y estar en coordinación con sus compañeras) por lo que aislada al 100% no se podía encontrar la misma por el desempeño de sus funciones". Improsperable destino ha de seguir esta solicitud, ya que se funda en la prueba documental obrante a los folios 73 a 110, sin dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 196.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, que establece que "en el escrito de interposición del recurso, junto con las alegaciones sobre su procedencia y sobre el cumplimiento de los requisitos

exigidos, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos". Como declaró, entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2003, la cita global de documentos carece de valor y operatividad, ya que el recurrente está obligado a determinar con exactitud y precisión el documento o documentos concretos y particularizados en que apoya su pretensión revisora que demuestren el error del órgano judicial, de una manera manifiesta, evidente y clara, sin necesidad de cualquier otra argumentación o conjetura. Suerte desestimatoria ha de seguir la tercera revisión solicitada, que afecta al hecho probado séptimo, al fundarse en prueba de fotografías, que no evidencian error de la juzgadora de instancia. Además, gran parte de lo pretendido adicionar consta, con valor de hecho probado, en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida.

Segundo:

La parte recurrente denuncia, como único motivo de suplicación, con adecuado amparo procesal, la infracción de los artículos 45.2 y 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores. La actora inició un proceso de incapacidad temporal el 15 de abril de 2020, con el diagnóstico de "contacto para otras medidas profilácticas especificadas", siendo la limitación funcional "aislamiento por riesgo". La demandada había suscrito un "Concierto de Actividades Preventivas" con el Servicio de Prevención, el 14 de abril de 2020. El 15 de abril y el 22 de julio de 2020, fueron emitidos respectivos informes del Departamento de Vigilancia de la Salud del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la demandada, declarando que la actora tiene obligación de aislamiento preventivo. El artículo 54.2 b) del Estatuto de los Trabajadores considera causa de despido disciplinario, la indisciplina o desobediencia en el trabajo y, el párrafo d), la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. Hemos de destacar, a los efectos que nos ocupan, que el artículo 5 del citado texto legal, en su apartado a), considera deber laboral básico del trabajador el cumplimiento de "las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia" y el párrafo c), el cumplimiento de "las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas". De acuerdo con el artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores, el trabajador debe "realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue", debiendo al empresario "la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres". En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, a tenor del artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, declara la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina 2643/2009, de 19 de julio de 2010, que la buena fe contractual se configura "por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena". Y, por su parte, el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores proclama el correlativo derecho del empresario, con la exclusiva finalidad de verificar el cumplimiento de tales deberes y obligaciones laborales, de "adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso". La realización de actividades incompatibles con la situación de incapacidad temporal en la que se encuentre la persona trabajadora es un claro supuesto de transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza y, es causa de despido disciplinario. En el caso de autos, han de distinguirse varias conductas imputadas en la carta de despido. En primer lugar, el traslado de la trabajadora a su domicilio de Montánchez que, por sí mismo, en una situación de incapacidad temporal por aislamiento preventivo COVID, no constituye la realización de un actividad que perjudique o retrase la extinción del proceso de incapacidad temporal. Por otro lado, consta acreditado que el 7 de agosto de 2020, fue presentado un libro en El Paseo de Montánchez por el cónyuge de la actora. Esta presentación fue organizada por la Asociación Cultural "Pueblo de Montánchez" y cumplía todas las medidas de seguridad establecidas por la Junta de Extremadura. Sion embargo, en fecha que no consta, fue publicado en la cuenta de Facebook del cónyuge de la actora el siguiente texto: "sólo dos días con muy buenos amigos. Pero muy intensos con ...., y ..... Hay que repetir, esto no puede quedar así". En las fotos figura la actora sentada sin mascarilla y una persona también sentada delante de ella con la mascarilla en la barbilla y, en una subida, andando, con la mascarilla en la mano. Y además aparecen fotos de la presentación del libro, que se llevó a cabo al aire libre, con asistencia de unas ocho personas, todas con mascarilla y separación. Efectivamente, la actora que se encontraba en situación de incapacidad temporal, por aislamiento preventivo, dada su edad y sus patologías, para evitar el contagio por COVID 19, al no haber sido posible ni la adaptación de su puesto de trabajo, ni el cambio de puesto, no debía haber acudido a actos sociales, como la presentación del libro de su esposo, aún cuando se cumplieran las normas de seguridad, pues iba a estar cerca de personas no convivientes y, tampoco debió mantener relaciones sociales con amigos, en las que, consta que incumplió las medidas de seguridad, aunque fuera puntualmente. El aislamiento preventivo que impide desarrollar su actividad laboral es incompatible con estas actividades, que suponen claramente un riesgo de

contagio, que era justo lo que se pretendía evitar al cursarle la baja médica por incapacidad temporal. Por consiguiente, concurre causa legal de despido disciplinario consistente en abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual. Resta por analizar, si la falta muy grave está prescrita, habida cuenta de que no constan las fechas en las que se reunió con amigos y, que la presentación del libro tuvo lugar el 7 de agosto de 2020, habiéndose producido el despido disciplinario el 16 de octubre de 2020. De conformidad con el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores "respecto a los trabajadores, las faltas leves prescribirán a los diez días; las graves, a los veinte días, y las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido". El plazo de prescripción corta de las faltas muy graves comienza a computarse desde que la empresa tuvo conocimiento. Debe resaltarse que la demandada no es "amiga" de Facebook de la trabajadora, sino su hija y que tuvo conocimiento a través de ésta. Ciertamente, pudo proponer la prueba de interrogatorio de testigos de su hija para acreditar la fecha. Pero, ha de tenerse en cuenta que la conducta imputada no consiste en haberse quitado la mascarilla la actora, para hacerse una foto con una amiga, sino que se trata de una conducta continuada, pues lo que es incompatible con la causa de la baja médica de incapacidad temporal, es relacionarse con personas no convivientes y, el propio esposo de la actora, en su Facebook, manifiesta que han estado juntos con otros amigos durante dos días. Como conducta continuada, ha de aplicarse el plazo de prescripción larga de seis meses, lo que permite concluir que no había desplegado efectos la prescripción. Por lo tanto, la actora incurrió en causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Y, de conformidad con el artículo 55.4 del citado texto legal, esta conducta merece ser calificada como despido procedente, lo que supone la extinción del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Procede, en consecuencia, con estimación del recurso de suplicación, la revocación de la sentencia recurrida, que se deja sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, desestimando la demanda, debemos declarar y declaramos la procedencia del despido de la actora, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra. Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir y, una vez firme la presente sentencia dése a la consignación el destino legal. No ha lugar a la condena en costas.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

F A L L A M O S

Que estimando el recurso de suplicación formulado por Dª. Sonsoles debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, que dejamos sin efecto. En consecuencia y, en sustitución de la misma, desestimando la demanda, debemos declarar y declaramos la procedencia del despido de la actora, absolviendo a la demandada de los pedimentos deducidos en su contra. Devuélvase a la empresa recurrente el depósito efectuado para recurrir y, una vez firme la presente sentencia dése a la consignación el destino legal. No ha lugar a la condena en costas. Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

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.

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. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2876- 0000-00-0355-21 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el

ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2876- 0000- 00-0355-21.

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

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

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.