



Roj: **SJSO 105/2022 - ECLI:ES:JSO:2022:105**

Id Cendoj: **06015440032022100002**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Badajoz**

Sección: **3**

Fecha: **04/01/2022**

Nº de Recurso: **492/2021**

Nº de Resolución: **2/2022**

Procedimiento: **Despidos y ceses en general**

Ponente: **MARIA ANGELES VICIOSO RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO SOCIAL NÚMERO TRES DE BADAJOZ

Procedimiento: 492-2021

SENTENCIA 02/22

En la ciudad de Badajoz, a 4 de enero de 2022

D^a. M. Ángeles Vicioso Rodríguez, Juez de refuerzo en el Juzgado de lo Social número TRES de Badajoz, ha visto los autos número **492/2021** instados por D. Edmundo asistido del letrado D. Esteban Corchado López contra CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. asistido del letrado D. Pablo Castilla Liáñez sobre despido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28-06-2021 D. Estaban Corchado López en nombre de D. Edmundo formuló demanda en reclamación de despido contra CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A.

Tras la exposición de los hechos y la invocación de los fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminaba suplicando el dictado de una sentencia "estimando íntegramente la demanda, declarando el despido IMPROCEDENTE y condenando a la demandada a que readmita al actor en el mismo puesto de trabajo y en las mismas condiciones en las que lo venía desempeñando con anterioridad al despido, con abono de los salarios dejados de percibir y con expresa condena en costas e incluso de los honorarios de Letrado, y si optare por la indemnización, condene al abono de la indemnización legalmente establecida, y honorarios de letrado por temeridad y mala fe, y junto con todo lo demás que sea procedente en derecho, por ser de justicia que, respetuosamente".

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda, se señaló el 16-12-2021 para la celebración de los actos de conciliación y juicio.

Abierto el acto, la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda. La parte demandada se opuso por los motivos que expuso detenidamente. Conferido traslado a la parte demandante realizó las consideraciones que estimó oportunas.

Acordado el recibimiento del pleito a prueba, la parte demandada instó la testifical y la documental que aportó. La parte actora se remitió a la documental obrante en las actuaciones y aportó documentación. Toda la prueba fue admitida y practicada haciéndose manifestaciones a efectos de impugnación.

A continuación, las partes concluyeron por su orden quedando, luego, los autos conclusos para sentencia.

TERCERO. Se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. D. Edmundo prestó servicios laborales para la empresa CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S. A como coordinador comercial de bazar.



A estos efectos su antigüedad es de **16-03-2004**, su categoría profesional de coordinador y su salario día de **48,31** euros diarios (incluido prorrateo de pagas extras).

SEGUNDO. El 23-06-2004 CENTROS COMERCIALES CARREFOUR S.A. D. Edmundo celebraron un contrato indefinido por conversión del temporal.

TERCERO. El 28-03-2014 se le impuso una amonestación por escrito

CUARTO. El trabajador rehusó la realización de exámenes de salud para valorar su aptitud ofrecidos por la empresa en los años 2017, 2018, 2019 y 2020.

QUINTO. El 11-09-2020 cursó situación de IT emitiéndose los correspondientes partes de confirmación: 17-09-2020; 01-10-2020; 15-10-2020; 12-11-2020, 17-12-2020; 21-01-2020, 25-02-2021; 01-04-2021 y 06-05-2021 (documental). Padecía: gangliones intra-articulares asociados a ligamentos cruzados, condromalacia grado III y bursitis prerrotuliana (no controvertido).

SEXTO. El trabajador fue despedido mediante carta que se da por reproducida con efectos de 27-05-2021. Se indicaba:

- Que los hechos eran constitutivos de infracciones de carácter muy grave de los artículos 55.3 y 55.13 del Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes y 54.2.d) del ET.

- Que desde el 11-09-2020 estaba en IT.

- Que la empresa había tenido conocimiento que había desarrollado actividades totalmente incompatibles

- Que se inscribió y fue admitido para la realización de las pruebas físicas para optar a una plaza de policía local convocada por el Ayuntamiento de Siruela-Badajoz, Boletín 23-04-2021.

- Que para la realización de dichas pruebas era necesario aportar un certificado médico que acreditara la aptitud física

- Que el 17-05-2021 se recibió comunicación de Fraternidad Muprespa de fecha 14-05-2021 que acordaba suspender la prestación económica de IT. Se indicaba " *no presenta las limitaciones que justifican el mantenimiento de su situación de incapacidad temporal añadiendo a lo anterior que la preparación de las pruebas para el acceso a la policía local ha comprometido la evolución favorable del proceso curativo*" así como que " *ha realizado actividades que comprometen la evolución favorable del proceso de incapacidad temporal indicado en fecha 11-09-2021*"

SÉPTIMO. El Excmo. Ayuntamiento de Siruela-Badajoz convocó oposición libre para cubrir tres plazas de Agente de Policía Local. Las bases fueron publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz de 05-02-2021. Entre los requisitos exigidos figuraba:

g) Acreditar la aptitud física mediante la presentación de un certificado médico extendido en impreso oficial y firmado por un colegiado en ejercicio, en el que se haga constar expresamente que el aspirante reúne las condiciones físicas y sanitarias necesarias y suficientes para la realización de los ejercicios físicos que figuren especificados en la correspondiente fase oposición y a que se refiere el artículo 29.1.b) de las citadas Normas Marco. En todo caso, este certificado médico no excluirá, en absoluto, las comprobaciones posteriores que integran la prueba de reconocimiento médico descrito en el artículo 29.1.a) de las Normas Marco.

El certificado médico ha de estar expedido dentro los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha de realización de las pruebas físicas. El certificado médico se presentará el mismo día de realización de las pruebas físicas (...)

a) Las pruebas físicas serán calificadas por el Tribunal como apto o no apto. (...)

Anexo I. Pruebas Físicas

La calificación como no apto en una de las pruebas, supondrá la exclusión del opositor, impidiéndole realizar la prueba siguiente:

1. Prueba de potencia de tren superior: lanzamiento de balón medicinal de 3 kilogramos...

2. Prueba de potencia de tren inferior: salto horizontal con pies juntos...

3. Prueba de velocidad: carrera de 50 metros lisos...

4. Prueba de resistencia general: carrera de 1.000 metros lisos...

OCTAVO. Entre los admitidos estaba el Sr. Edmundo (BOP 26-04-2021).



NOVENO. El 05-05-2021 se presentó a la realización de las pruebas físicas correspondientes al proceso selectivo de la oposición de turno libre de tres plazas de Agente de la Policía Local encuadradas en la escala de la Administración Especial, subescala Servicios Especiales, categoría Agente y pertenecientes al Grupo C, subgrupo C1 (convocada en el BOP nº 75, Anuncio 1807/2021, de 23 de abril de 2021) (oficio del Excmo. Ayuntamiento).

DÉCIMO. El Tribunal Calificador publicó a fecha 05-05-2021 relación de aspirantes que no aportaron certificado acreditativo por lo que fueron excluidos de la realización de las pruebas físicas. Entre ellos no estaba el Sr. Edmundo . Tampoco estaba entre los declarados aptos.

UNDÉCIMO. Resultó no apto en la prueba física

DUODÉCIMO. La Mutua FRATENIDAD MUPRESA hizo llegar al a empresa escrito donde se indicaba:

"En este sentido se constató que el trabajador se encontraba preparando las pruebas para el acceso por oposición al puesto de agente de policía local en el Ayuntamiento de Siruela (Badajoz). Se adjunta Boletín Oficial de la Provincial de 26- 04-2021 por el que se aprueba la lista definitiva de admitidos y fecha de inicio de los ejercicios de las pruebas selectivas para la provisión en propiedad de tres plazas de Agente de la Policía Local.

TERCERO: La información obtenida es indiciaria de que el trabajador no presenta las limitaciones que justifican el mantenimiento de su situación de Incapacidad Temporal añadiendo a lo anterior que la preparación de las pruebas para el acceso a policía ha comprometido la evolución favorable del proceso curativo" (...)

ACUERDA

Suspender el derecho a la prestación económica de Incapacidad Temporal que venía percibiendo...con efectos del 26-04-2021 por haberse constatado que desde esa fecha tenía capacidad para trabajar y ha realizado actividades que comprometen la evolución favorable del proceso de incapacidad temporal iniciado con fecha 11-09-2020...

DECIMOTERCERO. El trabajador formuló reclamación previa ante la Mutua por cantidades adeudadas. A fecha 14-12-2021 no le constaba a la Mutua recurso en vía judicial.

DECIMOCUARTO. El Sr. Edmundo solicitó presupuesto de intervención quirúrgica de artroscopia de rodilla para tratamiento de lesión condral en rótula y quiste adyacente a ligamento cruzado posterior.

DECIMOQUINTO. Es aplicable el Convenio Colectivo del sector de grandes almacenes

DECIMOSEXTO. El trabajador no era en el momento del despido, ni durante el año anterior, representante de los trabajadores.

DECIMOSÉPTIMO. El día 07-06-2021 el trabajador promovió el correspondiente acto de conciliación ante la UMAC (Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación), que se celebró el día 22-06-2021 con el resultado de intentado sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Al objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS), se declara que los hechos probados se han deducido de la documental obrante en autos y de la testifical.

Por lo que respecta a la impugnación de documentos: la parte demandada del presupuesto aportado de contrario y la parte actora del documento número 3 y 8, ninguna relevancia presenta dado que lo fueron a efectos de su valor probatorio.

En cuando al salario hay que tener en cuenta que el salario día para el cálculo de la indemnización prevista en el artículo 56.1 del ET no se determina dividiendo por 30 días el salario mensual, sino que se ha de multiplicar por doce el salario mensual y dividirlo por 365 días según reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sentencia del Alto Tribunal Sentencia de 30 de junio de 2008 rec. 2639/2007, 24 de enero de 2011, Rec. 2018/2010, 9 de mayo de 2011, Rec. 2374/2010 y 17 de diciembre de 2013, Rec. 521/2013).

Siguiendo lo anterior debe ser acogida la precisión de la parte demandada en cuanto al salario, esto es, a partir de un salario mensual no controvertido de 1.469,70 euros el salario diario no es de 48,99, sino de **48,31** euros .

SEGUNDO. La parte actora ejercita acción por despido



El despido disciplinario se contempla en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores que establece un elenco de conductas que, realizadas de forma culpable y grave por el trabajador, posibilitan la extinción del contrato por voluntad del empresario.

"2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo".

Por su parte, el art.105 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, dispone que corresponde al demandado probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo.

La jurisprudencia viene afirmando:

"La realización de trabajos incompatibles con la situación de IT se ha apreciado como transgresión grave de la buena fe contractual, entre otras en : STS de 23 enero 1990 RJ 1990 \198 y de(STS 12 de julio de 1990 (RJ 1990, 6102). Tal doctrina es seguida por esta Sala , entre otras, en SSTJ Catalunya núm. 8178/2010 de 16 diciembre, JUR 2011\88312; núm. 3256/2010 de 5 mayo, JUR 2010\314655;núm. 513/2010 de 26 enero JUR 2010\158885, y en la reciente STSJ Catalunya núm. 4086/2011 de 8 junio JUR 2011\291355, cuando se afirma :

"El Tribunal Supremo entiende que *no toda actividad realizada en situación de incapacidad temporal es sancionable con el despido, sino sólo aquella que, a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, es susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencia la aptitud laboral de éste con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 12 de julio de 1990)*, habiendo señalado asimismo que la realización de actividades laborales por cuenta propia o ajena durante la situación de IT, constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues *el incapacitado temporalmente debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud en el sentido de abstención de toda actividad laboral, de tal modo que en el supuesto de resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo , éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización, pues sobre la misma pesa la carga de la cotización por el enfermo y por el sustituto a quien ha de retribuir (STS de 12 de julio de 1990)*, ya que si el trabajador está impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio, sobre todo si se tiene en cuenta que su forzada inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a la que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutivo del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido (STS de 23 de julio de 1990)"

En el mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco afirmaba que:

"Una de las causas más frecuentes de imputación a los trabajadores de la amplísima falta de transgresión de la buena fe contractual que el artículo 54.2.d) ET recoge como causa de despido disciplinario es la de la realización de trabajos durante la situación de Incapacidad Temporal , siempre que, como los Tribunales vienen exigiendo, *la actividad desempeñada evidencie la aptitud para el trabajo o sea de tal naturaleza que impida o dilate la curación (TS 23-1-90, RJ 198; TSJ Canarias 28-9-93, AS 3782; TSJ País Vasco 3-2-98, AS 766)*. De ahí que no se considere, por tanto, transgresión de la buena fe contractual, la realización de ejercicios físicos (TS 4-5-90, RJ 3960) o de actividades que no sean perjudiciales para el curso de la enfermedad (TS 18-7-90, RJ 6423); ni de actividades lúdicas (TSJ Andalucía 16-5-94, AS 2228; TSJ C. Valenciana 4-3-98, AS 996), salvo que atenten contra el tratamiento (TSJ Madrid 28-4-94, AS 1612); o se trate de la realización de actividades incompatibles con la situación de IT (TSJ C. Valenciana 13-1-98, AS 82).

Todo ello en el marco de una comprensión de la buena fe, no desde un punto de vista subjetivo del sujeto, sino derivada de una consideración objetiva - SSTS de 22 de mayo de 1986, A. 2609, de 25 de junio de 1990, A. 5515, y de 4 de marzo de 1991, A. 1822 -

Esta Sala ha dictado ya varias sentencias en las que ha analizado la cuestión referida a esta causa de despido en la concreta manifestación que ahora se aborda, de prestar trabajo la persona trabajadora para sí o para terceras personas mientras se halla en situación de IT. No en todos los supuestos se ha entendido que se haya vulnerado ese deber de buena fe, sino sólo en aquellos casos en los que se da la doble nota de gravedad y culpabilidad que exige el artículo 54 ET , lo que supone, en línea con lo más arriba señalado, que nos hallamos ante supuestos graves y culpables cuando quien, estando en situación de IT, realiza actividad perjudicial para su curación o reveladora de haber simulado su situación de incapacidad laboral (STSJ del País Vasco, 13-09-2013, rec. 1490/2013; 04-04-2017, rec. 577/2017).

TERCERO. En el presente caso si cotejamos carta de despido y prueba resulta:



- Que no es controvertido que el actor estaba de baja desde el 11-09-2020
- Que con la documental aportada consta que efectivamente el actor fue admitido a la oposición libre de plazas de Agentes de Policía Local convocadas por el Excmo. Ayuntamiento de Siruela.
- Que el 05-05-2021 se presentó a la realización de las pruebas físicas
- Que la Mutua FRATERNIDAD MUPRESPA efectuó la comunicación indicada en la carta a la empresa según la documental acompañada como prueba de la parte demandada.

Por lo tanto, en esencia los hechos imputados en la carta de despido de ser admitido en la oposición y de presentarse a las pruebas físicas está acreditado y no es controvertido.

A partir de aquí la empresa argumenta:

- Que si se presentó es porque se había preparado
- Que esa preparación implicaba unos requerimientos físicos muy elevados atendiendo a las bases de la oposición que exigía una prueba de potencia de tren inferior, de velocidad y de resistencia general incompatible con su lesión de rodilla
- Que si el día 05-05-2021 se presentó y estaba entre los no aptos, tuvo que hacer las pruebas
- Que, si no estaba entre los excluidos para la realización de las pruebas físicas, es porque tuvo que presentar el certificado médico de aptitud física
- Que si presentó el certificado médico de aptitud física el 05-05-2021, la confirmación de IT del día siguiente de 06-05-2021 respondía a una simulación.

Aun pudiéndose compartir esas inferencias lógicas expuestas de forma muy verosímil por el Sr. Letrado, lo cierto es que no son más que sospechas que podrían incluso elevarse a la categoría de indicios. Ahora bien, para el despido de un trabajador se precisa una prueba plena (ex. sentencias del Tribunal Supremo de 27-02-1987, 18-07-1988 y 31-10-1988, 17-11-1988, 30-01-1989, 28-02-1990, 06-04-1990, 16-05-1991, 10-11-1998 y reiterado en STS de 12-06-2012, rec. 3638/2011). Y lo cierto es que prueba de realización de actividad incompatible con la situación de IT que perturbara la curación no hay. No consta preparación física alguna, no consta realización de ejercicios físicos, no consta el certificado médico de aptitud y no consta la valoración del Tribunal. Pero es más el efecto negativo en la recuperación del actor parece descansar en la afirmación de la Mutua que considera que se ha comprometido la evolución favorable del proceso curativo por estar el actor en la lista de admitidos. Elemento indiciario insuficiente cuando no se ha presentado informe médico al respecto que determinara la entidad de la lesión y las actividades incompatibles. A mayor abundamiento, se confronta un certificado médico de aptitud física con un parte de confirmación de una baja expedido por un médico que está siguiendo la situación de incapacidad temporal del actor cuando el primero no se aporta.

Por lo tanto, lo que consta es que el actor se inscribió en unas oposiciones para Policía Local y se presentó el día de las pruebas físicas teniendo una lesión de rodilla.

CUARTO. En la carta de despido se invoca el art. 54.2.d) del ET y los artículos 55.3 y 55.13 del Convenio.

Art. 54.2.d) ET:

1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.
2. Se considerarán incumplimientos contractuales:
 - d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Art. 55 del Convenio:

3. La simulación de enfermedad o accidente.
13. Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

El Tribunal Supremo en sentencia de 19-07-2020, rec. 2463/2009 sintetizó las características de la transgresión de la buena fe contractual en la relación laboral a la que nos remitimos.

Atendiendo, pues, a lo expuesto anteriormente ninguna simulación de enfermedad consta acreditada y la mera inscripción y presentación a una oposición en la que no consta la preparación ni la realización de pruebas físicas se torna insuficiente y desproporcionado para entender que el actor ha incurrido en una conducta grave merecedora de la máxima sanción y vulneradora de la buena fe contractual.



La parte demandada citó una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 27-10-2009, rec. 2257/2009, donde consta que el actor "realizó una serie de pruebas para acceso a un cuerpo policial...con buenos resultados, de exigencia física importante e incluso superior a los requerimientos de su profesión", supuesto distinto, pues, al presente donde no constan realizadas dichas pruebas. Pero es más podría citarse la sentencia de 18-02-2020, rec. 5586/2019 de Galicia en un supuesto de ocultación a la empresa la aptitud o mejoría contenida en un certificado médico oficial acreditativo de su aptitud física plena para realización de las existencias de pruebas de aptitud física para el acceso al CNP en el que la Sala declaró improcedente el despido.

En consecuencia, y por lo expuesto la demanda ha de ser estimada.

QUINTO. Ha de desestimarse la petición de la parte demandante de que se condenase a la parte demandada al pago de las costas del procedimiento, dado que como ha señalado la jurisprudencia (por todas, TS Sala 4ª, S 4-4-2007, rec. 588/2006), la defensa por abogado tiene carácter facultativo en la instancia por lo que, si se utiliza, el pago de los honorarios o derechos respectivos será por cuenta de los litigantes, y, de otra parte, no concurren los requisitos que, según dispone el artículo 66.3 y el artículo 97.3 de la LJS, determinarían su imposición. Ninguna temeridad o mala fe se puso de manifiesto.

SEXTO. En virtud de lo dispuesto en el artículo 191.3 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, contra la presente resolución cabe recurso de suplicación.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLO

Estimo sustancialmente la demanda presentada por D. Edmundo contra CENTRO COMERCIALES CARREFOUR S.L.

Por ello, previa declaración de improcedencia del despido practicado, condeno a la empresa demandada a que, a su opción, readmita al trabajador despedido en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido y abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido (27-05-2021) hasta la fecha de notificación de la sentencia a razón de **48,31 €** o le indemnice con **32.089,92 euros**.

La expresada opción deberá efectuarse, por escrito o comparecencia en el juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia. Caso de no efectuarse en tiempo y forma se entenderá que opta por readmitir al trabajador demandante.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la advertencia de que no es firme y contra ella cabe formular recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, el cual deberá anunciarse ante este juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado o su representante al hacerle la notificación de aquella, de su propósito de entablarlo o bien por comparecencia o por escrito de las partes, de su abogado, o de su representante dentro del plazo indicado.

Si el recurrente no goza del beneficio de justicia gratuita deberá al tiempo de anunciar el recurso haber consignado la cantidad objeto de condena en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que tiene abierta este juzgado en el Banco Santander-Banesto con el número 0365 0000 65 0649 20. Así mismo deberá en el momento de interponer el recurso acreditar haber consignado la suma de 300 euros en concepto de depósito en dicha cuenta, haciendo constar en el ingreso el número de procedimiento.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sra. Juez que la dictó, estando constituida en audiencia pública en el mismo día de su fecha, de todo lo cual como LAJ certifico.