

## TSJ MURCIA SALA SOCIAL MURCIA

SENTENCIA: 0645/2013

UNIDAD PROCESAL AYUDA DIRECTA

PASEO GARAY, 7. PLANTA 2  
Tfno: 968229216-18  
Fax: 968229213  
NIG:  
402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RSU 0010/2013

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** JZDO. DE LO SOCIAL NÚMERO 2 DE  
CARTAGENA; DEM. 0465/2011

**Recurrente/s:** [REDACTED]

**Abogado/a:**

**Procurador/a:**

**Graduado Social:** [REDACTED]

**Recurrido/s:** [REDACTED] SL

**Abogado/a:**

**Procurador/a:**

**Graduado Social:** [REDACTED]

En MURCIA, a veinticuatro de junio de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos Sres D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA, D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, ha dictado la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED], contra la sentencia número 0203/2012 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 24 de mayo, dictada en proceso número 0465/2011, sobre DESPIDO, y entablado por [REDACTED] frente a [REDACTED] SL.

Actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y en el que consta sentencia, en la que figuran declarados los siguientes hechos probados: "1º.- La parte actora, Da. [REDACTED], con NIF nº

Y ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de hostelería, desde el 15-6-2009, categoría profesional de Jefa Comercial, con contrato de trabajo indefinido. 2º.- El tema del salario regulador de la presente acción es controvertido entre las partes pues la parte actora defiende salario a jornada completa por importe de 1.375,06 euros con prorrata de pagas extraordinarias mientras que la demandada defiende el correspondiente a media jornada y por importe de 719,34 euros con la misma inclusión de prorrata de pagas extras. 3º.- La demandante obtiene sentencia favorable en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo del Juzgado de lo Social nº 1 de Cartagena de fecha 20 de enero de 2011 y contra la decisión empresarial de 1 de junio de 2010 que le pasó de jornada completa a veinte horas semanales y dicha sentencia que no da recurso de suplicación tras auto de 16 de septiembre de 2011 está recurrida en queja según se dice, aunque no se acredita, ante la sala de lo Social del TSJ. 4º.- La empresa demandada procede al despido disciplinario de la trabajadora en fecha 27 de junio de 2011 y notificado el 28 de junio de 2011, mediante carta de despido, con la alegación de que la demandante ha transgredido la buena fe contractual por la realización de trabajos en situación de incapacidad temporal (en concreto maternidad) en relación con el art. 54. 2 d) del Estatuto de los Trabajadores y precepto convencional indicado y en todo caso según los términos de la carta de despido que aportada en autos se da aquí por reproducida. 5º.- interrogada de oficio la demandante reconoce la conducta imputada que ha realizado con habitualidad y fuera incluso de las fechas que se dicen en la carta de despido y de ahí que sin perjuicio de la documental ya ratificada y que en ningún momento ha sido objeto de impugnación y donde se acompaña amplio reportaje fotográfico de los trabajos que se le achacan a la demandante y soportes videográficos correspondientes ante la contundencia de la actora no se practica la testifical interesada por la empresa incluida la de detective privado. 6º.- La trabajadora había estado en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del 8 de noviembre al 22 de marzo de 2011 y en fecha 23 de marzo de 2011 y tras dar a luz a su hijo ese mismo día y hasta 12 de julio de 2011 disfruta prestación por maternidad sobre base reguladora diaria de 34,25 euros diarios y habiendo percibido la cantidad total de 3.836,00 euros. 7º.- Es de aplicación a la actividad de la empresa el Convenio Colectivo de Trabajo para Hostelería (BORM 15-03-2008) y IV Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería (BOE 30-09-2010). 8º.- La demandante ha formulado reclamación de daños y perjuicios ante los Juzgados de lo Social de Cartagena en fecha 26 de julio de 2011 por diferencias de salarios de junio a 7 de noviembre de 2011. 9º.- La trabajadora despedida no ostenta cargo de representante unitario o sindical del personal en la empresa. 10º.- En fecha 7 de julio de 2011 la parte actora presentó papeleta de conciliación contra la empresa e intentó la misma que se celebró con el resultado de INTENTADO SIN EFECTO el 28 de julio de 2011"; y el fallo fue del tenor siguiente: "Que Desestimando la demanda formulada en materia de DESPIDO por Da, [REDACTED] frente a la Empresa [REDACTED] S. L, y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL -FOGASA-, debo Declarar y Declaro la PROCEDENCIA del DESPIDO llevado a cabo, convalidando el acto extintivo con absolución de la demandada de las peticiones formuladas en su contra".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Graduado Social D. [REDACTED], en representación de la parte demandante, sin impugnación de la parte demandada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO.- Por el Juzgado de lo social nº dos de Cartagena se dictó sentencia el 24-5-12, en los autos nº 465/11 sobre Despido seguidos a instancia de doña [REDACTED] contra [REDACTED] SL y el Fogasa, desestimando la demanda, declarando la procedencia del despido y convalidando la extinción de la relación laboral, con absolución de los demandados. Por lo que la parte demandante interpuso recurso de suplicación en solicitud de una sentencia de esta Sala que revoque la de instancia y declare la nulidad del despido o su improcedencia, con sus consecuencias legales y la condena de la demandada.

FUNDAMENTO SEGUNDO.- Se ampara la parte recurrente en el apartado b) del art. 193 de la LJS, para que se adicione este nuevo hecho probado: " El local denominado Heladería [REDACTED], sita [REDACTED] de Torre Pacheco, en el cual se le imputan a la demandante la realización de trabajos durante su situación de suspensión del contrato por maternidad es propiedad y titularidad del cónyuge de la misma, D. [REDACTED]".

Adición que es aceptada por ser un hecho admitido por las partes, en relación con los documentos de la parte demandante, nº 13 (alta en la actividad profesional en la AET del Sr. [REDACTED], en helados), en relación con los documentos 62 y 63 (libro de familia).

FUNDAMENTO TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LJS se argumenta infracción del art. 39.9 del IV acuerdo laboral estatal para el sector de la hostelería y 545.2 del ET. Y ello porque el contrato de la actora quedó suspendido el 23-3-11, por maternidad (art.45.1 d ET) y no por IT (art.45.1.c). Y el art. 39.9 del mencionado acuerdo dispone: "...la simulación de enfermedad o accidente alegada por el trabajador o trabajadora para no asistir al trabajo; así como, en la situación de incapacidad temporal, cuando se realicen trabajos de cualquier tipo por cuenta propia o ajena, incluida toda manipulación, engaño o conducta personal inconsecuente, como la realización de actividades injustificadas con su situación de incapacidad que provoquen la prolongación de la baja".

Motivo que debe ser estimado y declarar nulo el despido de la actora, puesto que no puede equipararse la baja por IT con la baja por maternidad, ya que ésta no es una enfermedad como la que da lugar a esa incapacidad temporal, donde el empresario tiene el derecho a que el trabajador no ejerza ninguna actividad que perjudique su recuperación para el trabajo, esto es que motive el alargamiento de la situación de IT. En tanto que la maternidad no se alarga más por ayudar al cónyuge en una actividad como es la de una heladería donde ni consta cobrase por ello, ni que estuviese sometida a ningún control horario y no exige esfuerzos físicos incompatibles con la maternidad.

La recurrente está obligada en cualquier caso a guardar reposo durante las seis semanas siguientes al parto por maternidad, sucediendo en el supuesto de autos que cuando se produjo la ayuda a su cónyuge en el negocio familiar ya habían pasado esas seis semanas de baja por maternidad, pues la carta de despido se refiere a los meses de mayo y junio de 2011 (folio 115 de autos) y el 23 de marzo de 2011 dio a luz (hecho probado sexto).

De ahí que no pueda aplicarse el mencionado art. 39.9 del IV Acuerdo laboral estatal para el sector de la hostelería, y por ende no puede considerarse como falta

muy grave merecedora de un despido procedente la actividad desempeñada esporádicamente por la recurrente. Lo que motiva en aplicación de ese precepto en relación con el ET, art. 48.4, 54 y 45.1 d, la estimación del recurso en su petición principal pues al ser improcedente el despido se convierte en nulo dada las circunstancias matinales de la trabajadora.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia número 0203/2012 del Juzgado de lo Social número 2 de Cartagena, de fecha 24 de mayo, dictada en proceso número 0465/2011, sobre DESPIDO, y entablado por [REDACTED] frente a [REDACTED] SL. revocamos la sentencia de instancia y en su lugar declaramos nulo el despido de la actora y en consecuencia condenamos a la demandada a que readmita a la actora en las mismas condiciones anteriores al despido. Con abono de los salarios de trámite desde la fecha del despido hasta la de esta sentencia.

Dése a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banesto, cuenta número: 3104000066001013, a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banesto, cuenta corriente número 3104000066001013, Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, haciendo constar como concepto el de Recursos y como dígito el 35.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad

Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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