Roj: **STSJ ICAN 1969/2023 - ECLI:ES:TSJICAN:2023:1969**

Id Cendoj: **38038340012023100470**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**
Sede: **Santa Cruz de Tenerife**
Sección: **1**
Fecha: **06/07/2023**
Nº de Recurso: **1024/2022**
Nº de Resolución: **568/2023**
Procedimiento: **Recurso de suplicación**
Ponente: **CARMEN MARIA RODRIGUEZ CASTRO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

?

Sección: MAG

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 373

Fax.:

Email: socialtsjtf@justiciaencanarias.org

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0001024/2022

NIG: 3803844420210003929

Materia: Despido

Resolución:Sentencia 000568/2023

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000493/2021-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife

Recurrente: Zaida ; Abogado: SILVIA GARCIA RODRIGUEZ

Recurrido: MIGUEL GOMEZ ANALISIS Y GESTION DE SEGUROS S.L.; Abogado: RICARDO SANCHEZ BONACHIA

Recurrido: FOGASA; Abogado: ABOGACÍA DEL ESTADO DE FOGASA SANTA CRUZ DE TNF

?

En Santa Cruz de Tenerife, a 6 de julio de 2023.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Santa Cruz de Tenerife formada por los Iltmos. Sres. Magistrados D./Dña. EDUARDO JESÚS RAMOS REAL, D./Dña. MARÍA CARMEN GARCÍA MARRERO y D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 0001024/2022, interpuesto por D./Dña. Zaida , frente a Sentencia 000247/2022 del Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife los Autos Nº 0000493/2021-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. CARMEN MARÍA RODRÍGUEZ CASTRO.

?

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D./Dña. Zaida , en reclamación de Despido siendo demandado/a D./Dña. MIGUEL GOMEZ ANALISIS Y GESTION DE SEGUROS S.L. y celebrado juicio y dictada Sentencia ?desestimatoria, el día 4 de julio de 2022, por el Juzgado de referencia.

SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes: PRIMERO. - DOÑA Zaida , ha venido prestando servicios para la entidad MIGUEL GÓMEZ ANÁLISIS Y GESTION DE SEGUROS, SL, desde el 16 de marzo de 2009, con la categoría profesional 4500 grupo de cotización 7, desempeñando las funciones propias de la correduría de seguro de personal administrativo con atención telefónica y presencial, mediante contrato indefinido y jornada a tiempo completo, y salario mensual prorrateado de 2.093,08 euros, (hecho conforme? el salario regulador resulta de las nóminas aportadas por ambas partes en sus respectivos ramos de prueba)

SEGUNDO. - La actora ha venido prestando servicios en el centro de trabajo sito en la Plaza José Arozena Paredes, Edificio Parque, Santa Cruz de Tenerife, con horario de 7:00 a 15:00 en la oficina, y de 15:00 a 20:00 horas de guardia telefónica y telemática por lo que percibía la cantidad de 422,28 euros en concepto de "complemento de puesto", (hecho conforme).

TERCERO. - El 4 de mayo de 2021, la demandada comunica a la actora por escrito que, con efectos de la misma fecha, procedía a su despido disciplinario, con el siguiente contenido: "Por la presente, le comunicamos que la dirección de la empresa ha procedido extinguir la relación laboral que mantenía con Usted mediante despido disciplinario, en virtud de lo establecido en el artículo 54.2.d) del Real decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Las razones que motivan el despido son que, ha estado trabajando para la empresa GRUPO BODELEI, SL, NIF nº B-42.893.180, dedicada a la venta online de sombreros, tazas, pareos, bolsos, regalos personalizados bordados, etc., a pesar que desde el día 17 de noviembre de 2020 se encuentra en situación de Incapacidad Temporal (IT) para la prestación de servicios con esta empresa. 2 En tal sentido, ha sido vista los días 24, 26, 29 y 30 de marzo de 2021, los días 7, 8, 9, 16 y 29 de abril de 2021, durante el periodo de IT, acudiendo todos los días a un local situado en la calle Las Bodegas, nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, entrando en él sobre las 09:00 h y saliendo habitualmente sobre las 14:00 h, aunque en alguna ocasión ha sido vista a las 17:00 h y portando bolsas, un maletín de portátil y bultos grandes. También ha sido vista en la puerta del local atendiendo a transportistas de empresas privadas y de Correo Express, así como, ha visitado a un mayorista proveedor del sector de la empresa donde realiza la actividad laboral, una mercería al por mayor en un polígono industrial de los Majuelos. También ha sido vista abandonar la tienda mayorista portando una bolsa en la mano y seguidamente, regresando al local de la calle Las Bodegas, 1, donde ha entrado con la bolsa. Que también ha mantenido una conversación de trabajo con una persona en la puerta de la empresa donde ha venido trabajando, en la que se le preguntó si trabaja en esa empresa y respondió que sí. Se le preguntó si se podía comprar en ese local (cala Las Bodegas, nº 1 de Santa Cruz de Tenerife) y respondió que es un taller y que la compra se realiza online, dando todos los detalles para que se pueda realizar la compra online, tales como dónde ver los productos, cómo hacer el pedido, métodos de pago y formas de envío, dando la opción de recogerlos en el local para ahorrar al comprador los portes y facilitó un número de teléfono donde hacer el pedido. Que también ha sido vista en las redes sociales donde se ha podido establecer su vinculación con la empresa Bodelei, tanto a través de su propia red Pinterest, donde tiene una carpeta ideas Bodelei, como que también hemos podido comprobar que en los anuncios de mil anuncios de esta empresa son editado por una mujer que responde al nombre de Zaida . Por último, el día 29 de abril de 2021, fue vista entregando y gestionando personalmente un pedido de unas pamelas, en el local de la empresa Bodelei, sito en calle Las Bodegas, nº 1 de Santa Cruz de Tenerife. Todos esos hechos, ponen de manifiesto que ha estado trabajando para la citada empresa a pesar de estar en situación de IT, lo que constituye una clara transgresión de la buena fe contractual, pues la persona en situación de incapacidad temporal debe seguir rigurosamente las prescripciones médicas en orden a la recuperación de la salud, 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 a la Seguridad Social y la del sustituto a quien ha de retribuir, y que si el trabajador está impedido para consumar la prestación laboral a la 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 las que perjudica, incurriendo así en una infracción muy grave prevista en el artículo 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, consistente en la transgresión de la buena fe contractual, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido. 3 Los hechos descritos constituyen un incumplimiento contractual muy grave y culpable de sus obligaciones para con la empresa, por lo que no nos queda más remedio que proceder a su despido disciplinario, con efectos a partir del día 4 de mayo de 2021. En la citada fecha tendrá a su disposición la cantidad que le corresponde en concepto de saldo y finquita hasta ese día, quedando definitivamente extinguida la relación laboral que le une con la empresa. De conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se adjunta en el documento anexo la propuesta detallada de saldo y finiquito." (transcripción de la carta de despido que se acompaña con la demanda y que también aporta la parte demandada a los folios 223 y 224 de autos).

CUARTO. - La actora inicio un proceso de incapacidad temporal por contingencia común el 17/11/2020, con diagnóstico de estado de ansiedad no especificado, proceso que concluyo el 25/05/2021 por alta voluntaria solicitada por la demandante, al conocer su despido (folios 88 y de la historia de salud de la demandada al folio 66 de autos).

QUINTO. - El 19/02/2015, la demandante es diagnosticada de ansiedad por problemas familiares, ante el posible diagnóstico de vejez prematura con antecedentes familiares, que tras pruebas neurológicas se confirma el riesgo de transmisión a cada descendiente del 50%. El 17/11/2020, inicia proceso de IT por ansiedad y depresión, pautándosele medicación como Orfinal, Lexatin por la noche y Sertralina de mañana. Durante el periodo de IT, de las pruebas genéticas realizadas a la madre de la demandante, se diagnostica envejecimiento prematuro, con riesgo de transmisión a cada descendiente en un 50%. (resulta del historial de salud, en concreto folios 58 a 66 de autos)

SEXTO. - Desde el inicio del proceso de IT hasta la alta voluntaria, las recomendaciones efectuadas a la demandante son de medicación, a partir del alta voluntaria se le recomienda salir y viajar, estar entretenida, realizar deporte, actividades que le ayuden a desconectar, (folios 355 a 378, 383 y 384 de autos, y declaración de Doña Modesta).

SÉPTIMO. - Durante el proceso de IT la demandante acudía a la calle Las Bodegas, nº 1, en Santa Cruz de Tenerife, donde se encuentra el taller donde desarrolla su actividad el Grupo Bodelei, que hasta el 30/04/2021, era administradora única Doña Palmira y a partir de la indicada fecha lo es Don Victorio , al parecer, pareja de la demandante, realizando actividad laboral, consistente en recogida de encargos, tramitación de ventas y entrega de mercancía, recepción de mercancía, trato con proveedores, etc. (resulta de la declaración de los detectives privados, ratificando los informes obrantes en autos, así como de lo declarado por el testigo propuesto por la parte actora Don Jose Antonio).

OCTAVO.- Hasta noviembre de 2020, la demandada abonaba a la actora la cantidad de 422,28 euros en concepto de "complemento de puesto", conocido como plus de guardia, dejando de abonarlo desde diciembre de 2020, lo que es reclamado por la demandante mediante demanda turnada al Juzgado de lo Social nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, procedimiento 478/2021, admitida en autos por Decreto de 14 de septiembre de 2021, no consta fecha de presentación de la demanda, pero consta firmada a 24/05/2021, (folios 347 a 354 de autos).

NOVENO. - La actora no ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación de los trabajadores, (no fue controvertido).

DÉCIMO. - Presentó papeleta de conciliación ante el SEMAC el 25/05/2021, celebrándose la comparecencia sin avenencia el 08/06/2021 (folio 15 de autos).

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice:Que desestimando la demanda de impugnación de despido formulada por DOÑA Zaida contra la empresa MIGUEL GÓMEZ ANÁLISIS Y GESTIÓN DE SEGUROS, SL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo absolver y absuelto a las demandadas de las pretensiones en su contra formuladas.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D./Dña. Zaida , y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo el día 27 de junio de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

PRIMERO.- Por el juzgado de lo social nº 8 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos de despido 493/2021, se dicto sentencia en fecha 4 de julio de 2022, por la que se desestima la demanda de doña Zaida frente a Miguel Gómez Análisis y Gestión de Seguros SL., y se confirma la procedencia de su despido disciplinario.

Doña Zaida formula recurso de suplicación frente a la sentencia de instancia que declara procedente su despido de fecha 4 de mayo de 2021; por los siguientes motivos:

a) al amparo de la letra a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicita la nulidad de la sentencia por infracción de los artículos 90.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, 24.2 de la Constitución Española, 97.2 de la LRJS, 18.1 de la Constitución Española y 18.4 del mismo texto legal.

b) al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicita se revise el hecho probado séptimo.

b) al amparo de la letra C) del artículo 193 del mismo texto legal para que se revoque la sentencia de instancia y se declare el despido nulo, por infracción de los artículos 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, 105.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Infracción del artículo 55.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, 7.1 del Código Civil y 1258 del mismo texto legal.

Solicita se dicte sentencia, estimando el recurso anule la de instancia, con estimación del motivo primero, reponiendo los autos al momento anterior al de dictar sentencia y dice una nueva en la que se declare la nulidad del despido, subsidiariamente improcedencia. Subsidiariamente, con estimación en el resto de motivos del recurso, se acuerde por la Sala la revocación de la sentencia recurrida en base a los motivos expuestos y, por tanto, revoque la sentencia de instancia declarando la improcedencia del disciplinario.

MIGUEL GÓMEZ ANÁLISIS Y GESTIÓN DE SEGUROS SL., impugno el recurso solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- Motivo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Nulidad.- El artículo 202 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social refiere: Efectos de la estimación del recurso

1. Cuando la revocación de la resolución de instancia se funde en la infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 193, la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento.

2. Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal.

3. De estimarse alguno de los restantes motivos comprendidos en el artículo 193, la Sala resolverá lo que corresponda, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

Para el primer motivo planteado, se debe recordar que es criterio reiterado de las diversas salas de suplicación que la declaración de nulidad de actuaciones es un remedio excepcional, que ha de aplicarse con criterio restrictivo, pues una interpretación amplia de la posibilidad de anulación podría incluso vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24 de la Constitución Española , en su vertiente del derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. A este respecto, no solamente es la celeridad uno de los principios orientadores de la interpretación y aplicación de las normas reguladoras del proceso laboral ordinario (artículo 74.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) sino que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social aumenta considerablemente las posibilidades de la sala de suplicación de examinar el fondo del asunto, tanto por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 202.2) como por no haber entrado la resolución de instancia en el fondo al haber apreciado alguna circunstancia obstativa, como puede ser una excepción procesal (artículo 202.3), siempre que el relato de hechos probados de la sentencia y demás antecedentes no cuestionados sean suficientes para realizar tal pronunciamiento sobre el fondo. Por ello, en la actual regulación, del cotejo del artículo 193.a) y 202 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , solamente procederá la nulidad de la sentencia o de las actuaciones cuando concurran los siguientes requisitos:

A) Que se haya producido vulneración de una norma o garantía esencial en la regulación del proceso.

B) Que se haya formulado protesta, si el momento procesal en el que se produjo la irregularidad procesal lo permitía.

C) Que produzca indefensión, que en principio ha de perjudicar a la parte recurrente en suplicación.

D) Que por el tipo de infracción procedimental la sala no pueda entrar a resolver sobre el fondo, por determinar una insuficiencia de los hechos probados de la sentencia o de los antecedentes necesarios para poder realizar ese pronunciamiento de fondo.

Insta la parte actora un motivo de nulidad de la sentencia, al haberse admitido una prueba violentando su derecho a la intimidad. Sostiene que la prueba de detective se encarga sin respetar los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, por no haberse acreditado fundadas sospechas. Que lo único que consta en autos es una referencia en el informe del detective de que las sospechas fueron al verla con un ordenador portátil y una mochila en la Plaza España.

En relación a la materia que nos ocupa, conviene recordar que, conforme a la doctrina constitucional en la materia, procede declarar la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos o libertades fundamentales (STC 114/1984). Del mismo modo, la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo identifica la prueba ilícita o prohibida con aquélla en cuya obtención o práctica se hayan lesionado derechos fundamentales (ATS de 18 de junio de 1992).

"Respecto a la prueba de detectives, como señala entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1989 , el testimonio de detectives contratados para controlar la actividad desarrollada por un trabajador no es, en principio y salvo que se valiera de métodos no legítimos para obtener la información, medio de prueba que vulnere el derecho a la intimidad de dicha persona; señala este Alto Tribunal en el fundamento tercero de dicha sentencia que: A (...) "El derecho a la intimidad personal, en cuanto valor fundamental de la propia dignidad humana, por su naturaleza comporta efectivamente, un reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de toda intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad que acompañe a esta última. En este sentido, no cabe la menor duda de que el ejercicio de la facultad empresarial de exigir, en todo momento, el correcto cumplimiento de los deberes laborales impuestos al trabajador y de instrumentar, al efecto, los mecanismos de vigilancia oportunos que permitan, en su caso, la ulterior y justificada actuación de la actividad sancionadora ha de producirse, lógicamente, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador como así lo imponen, ya de forma específica, los arts. 4, 2 e), 18 y 20, 3 ET , aprobado por Ley 8/80 de 10 marzo , que fue promulgada en virtud de lo dispuesto en el art. 35 CE .

Ahora bien, el respeto de ese valor básico, dentro del que se ha de desenvolver la relación jurídico-laboral, no ha de anular, como es obvio, el derecho de vigilancia que, por preceptiva estatutaria también, incumbe al empresario, integrando la facultad directiva y controladora que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial. De ahí que, cuando dicho derecho y facultad se ejercen de la única forma o manera que permiten las características del trabajo desarrollado que, en este caso, se ejerce como actividad recaudatoria fuera del centro de trabajo, no quepa, en modo alguno, oponer a tal ejercicio la propia dignidad o intimidad personal del trabajador, pues ello se revela manifiestamente inconsistente y fruto de una carencia argumental propiciadora de una adecuada actuación defensiva. Si cuando, como en el caso de autos ocurre, la actividad laboral se desarrolla necesariamente fuera del centro de trabajo y, en consecuencia no existe otro medio de control admisible que el seguimiento extremo del trabajador, ante la sospecha de un incumplimiento, por su parte del cometido laboral que tiene asignado, obvio resulta que tal medida controladora o de vigilancia no puede tildarse de atentatoria a la propia dignidad personal del trabajador y, mucho menos, a su intimidad personal, por cuanto sostener lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa".

Haciendo abstracción del caso concreto que la suscitó, la doctrina transcrita es sin duda aplicable al presente caso. Pues bien, conforme a esta doctrina, es claro, que en principio no pueden tildarse de ilegales ni de vulneradores del derecho a la intimidad y a la propia imagen los informes de los detectives, salvo que el examen del caso concreto revele, precisamente, la no legitimidad de la investigación (...)".

No es cierto, que la doctrina jurisprudencial o de justicia de la Unión Europea exija un juicio de proporcionalidad, necesidad y proporcionalidad, en los términos que señala la recurrente.

El artículo 48.2 de la Ley 5/2014, de 4 de abril de Seguridad Privada estable que la aceptación del encargo de estos servicios por los despachos de detectives privados requerirá, en todo caso, la acreditación, por el solicitante de los mismos, del interés legítimo alegado, de lo que se dejará constancia en el expediente de contratación e investigación que se abra.

Para contratar a un detective privado, debe existir interés legítimo en su contratación, no acreditar sospechas fundadas de la actividad que se quiere comprobar. El interés de un empresario en controlar la actividad de sus empleados, y los supuestos de incompatibilidad con la prestación de it, ya se ha reconocido jurisprudencialmente. De tal manera que el único límite se encuentra en el respecto a la intimidad y dignidad del trabajador.

Así se viene admitiendo jurisprudencialmente la prueba de detective privado como prueba de las Mutuas en relación con procesos de incapacidad temporal y permanente, sin exigir, ninguna prueba sobre sospechas fundadas de la situación clínica del trabajador o de sus actividades.

De tal manera, que el empresario que sospecha que su trabajador esta en una situación de incapacidad temporal fraudulenta, puede recurrir a la prueba de detective privado, sin necesidad de acreditar sus sospechas, ni que las mismas deban ser sometidas a ningún control judicial. Es el resultado de la investigación el que debe ser objeto de control, para comprobar que no se ha vulnerado ningún derecho de intimidad o dignidad del trabajador.

La sentencia que cita el recurrente de nuestra Sala, sentencia de 27 de marzo de 2017, número 232/2017 no es aplicable a autos, por cuanto el juicio de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, que se recoge en el mismo, es para un supuesto de viodeovigilancia y no de prueba de detectives privados, en los que si se reconoce jurisprudencialmente la necesidad de tener sospechas fundadas para vigilar con cámaras a los trabajadores.

No asiste la razón al recurrente cuando afirma que la legitimidad para contratar a un detective privado se deba a la existencia de sospechas fundadas; la legitimidad del artículo 48 de la ley de seguridad privada, viene dada por el interés legítimo, y ese interés se reconoce al empresario en cuanto el derecho que le asiste a controlar la actividad laboral de sus trabajadores, o la extra laboral que resulte incompatible con su recuperación para volver al trabajo en situación de incapacidad temporal.

La prueba de detective, por el hecho de no probar el empresario, sospechas fundadas, que le llevan a su contratación, no incurre en infracción alguna, ni de la ley de seguridad privada ni de ningún derecho fundamental de la trabajadora. Cuestión distinta es que en su práctica se incurra en infracción, pero no es su contratación, en cuanto el empresario puede recurrir a este recurso amparado legalmente, para controlar la compatibilidad de la baja de su trabajador con una actividad durante la misma para su recuperación, e incluso, para defenderse ante una reclamación judicial, por cuanto es un medio de prueba lícito y admitido en derecho.

Se trata de una prueba en la que se permite acreditar hechos con la declaración objetiva de un testigo cualificado, prueba alejada de la prueba de videovigilancia en la que es el empresario el que visiona la actividad del trabajador para comprobar posibles incumplimientos, y en los que se puede ver afectada su intimidad, a no discriminar las actividades que son objeto de grabación.

La vulneración de un derecho fundamental en la prueba del detective, en cuanto testigo cualificado, puede venir de la actividad que haya sido objeto de investigación y si la misma atenta a la intimidad o dignidad del trabajador, sin que el recurso por el empresario a tal medio de prueba, deba ser sometido a ningún juicio de oportunidad. Su legitimidad viene dada por su condición de empresario o por ser el demandado en un pleito, al concurrir en tales casos el interés legítimo que exige la ley de seguridad privada.

El motivo de nulidad invocado debe ser desestimado.

TERCERO.- En lo que parece un segundo motivo de nulidad, la parte intenta la nulidad de la sentencia por entender que la juez de instancia erra en la valoración de su prueba testifical. La prueba testifical es una prueba que no puede ser revisada en suplicación, ni por la vía del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ni por la vía indirecta que pretende la actora de nulidad. Invocando la infracción de los artículos 24 CE, 6.3 Código Civil, 225.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo que expresa en su recurso la parte actora, es disconformidad con la valoración que hace la juez de la declaración de su testigo. Y no se trata de un error manifiesto, esto es, que respondiera si, cuando en realidad respondió no, sino que la juez atendiendo a sus manifestaciones extrae hechos y conclusiones que no puede revisar esta Sala. Así, aunque el testigo diga que la actora no tenía relación laboral con la empresa en la que prestaba servicios, en respuesta a una pregunta con un componente y calificación evidentemente jurídica, si puede la juez extraer de sus contestaciones que lo que realiza era una auténtica actividad laboral, en cuanto no se trata de un hecho sino una calificación, a la vista de los hechos que refiere el testigo.

La sentencia no incurre en ninguna infracción ni causa indefensión a la parte. La juez efectúa una valoración de la prueba testifical (detectives y testigo de la parte actora) y fija el hecho probado, sin incurrir en infracción procedimental alguna causante de indefensión.

CUARTO.- Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Como con reiteración viene señalando esta Sala, los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren los siguientes requisitos:

- A) De carácter sustantivo:

1º) La revisión de hechos no faculta al tribunal de suplicación (pues este recurso no es una segunda instancia, sino un recurso extraordinario) a efectuar una nueva valoración global y conjunta de la prueba practicada e incorporada al proceso, sino que la misma debe operar sobre prueba documental o pericial que demuestre patentemente el error de hecho.

2º) No es posible admitir la revisión fáctica de la sentencia impugnada con base en las mismas pruebas que la sirvieron de fundamento, en cuanto no es aceptable sustituir la percepción que de ellas hizo el Juzgador, por un juicio valorativo personal y subjetivo de la parte interesada (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1967 , 18 y 27 de marzo de 1968 , 8 y 30 de junio de 1978 , y 2 de mayo de 1985).

3º) En el supuesto de documentos o pericias contradictorias y en la medida que de ellos puedan extraerse conclusiones contrarias e incompatibles, debe prevaler la solución fáctica realizada por el Juez o Tribunal de Instancia, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (sentencias del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990 de 15 de febrero), con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1980 , 10 de octubre de 1991 , 10 de mayo , 16 de diciembre de 1993 , o 10 de marzo de 1994). De igual manera, los documentos privados que hayan sido impugnados en su autenticidad por la contraparte y no hayan sido adverados no pueden fundamentar una revisión de los hechos probados.

- B) De carácter formal:

1º) Ha de señalarse con precisión cual sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entienda equivocado, contrario a los acreditados o que consten con evidencia y no se hayan incorporado al relato fáctico.

2º) El recurrente ha de ofrecer un texto alternativo concreto a figurar en la narración tildada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien suprimiéndolos, bien complementándolos (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). En cualquier caso, y al igual que es exigible a los hechos probados de la sentencia, el texto alternativo propuesto no puede incluir conceptos o valoraciones jurídicas que sean predeterminantes del fallo.

3º) El recurso ha de citar pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador (artículo 196 párrafo 3º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social), sin que sea dable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso. La cita global y genérica de documentos carece de valor y operatividad a efectos del recurso (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1995), estando el recurrente obligado a determinar con exactitud y precisión el documento concreto y particularizado en que se apoya su pretensión revisora, exponiendo de forma adecuada las razones por las que el documento o documentos acreditan o evidencian la existencia del error que se denuncia (sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1995), así como la correspondencia entre la declaración contenida en el documento y la rectificación que propone (Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001).

4º) Los documentos o pericias en los que se fundamente la revisión han de poner de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, y superando la valoración global de la prueba que haya podido hacer la sentencia de instancia.

5º) La revisión pretendida ha de ser trascendente a la parte dispositiva de la sentencia con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico.

Insta la actora la revisión del hecho probado séptimo con la siguiente redacción:

Durante el proceso de IT la demandante acudía a la calle Las Bodegas nº 1, en Santa Cruz de Tenerife, donde se encuentra el taller donde desarrolla su actividad el Grupo Bodelei, que hasta el 30/04/2021, era administradora única Doña Palmira , y a partir de la indicada fecha lo es Don Victorio , al parecer, pareja de la demandante.

La revisión, como indicamos en el fundamento anterior, no puede tener favorable acogida, en cuanto la prueba testifical no es apta para ser revisada en suplicación.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

QUINTO.- El primer motivo que articula la parte actora es de insuficiencia de la carta de despido en cuanto adolece de vaguedad e imprecisión, causantes de indefensión, e infracción de los artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores y 105.2 de la Ley.

La exigencia formal de descripción de la causa de despido, es decir, de los hechos motivadores del despido, que se contempla en el artículo 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores exige una comunicación individual al trabajador del despido, en términos compatibles con el derecho de defensa del interesado, proporcionando detalles que permitan al trabajador tener un conocimiento claro e inequívoco de los hechos generadores de su despido.

No es cierto que la carta de despido no sea suficientemente clara y especifica sobre los hechos que imputa a la actora. Señala el lugar en que se entendía prestaba actividad, los días y el horario en que permanecía en el mismo, y las actividades que supuestamente realizó. No existe ninguna oscuridad en la carta que impidiera a la actora desplegar su defensa en relación a los hechos que se le imputan. .

SEXTO.- En un último motivo de censura jurídica, se invoca la infracción del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, 7.1 del Código civil y 1258 del mismo testo legal. En definitiva, considera que su actuación no es contraria a la buena fe e incompatible con su situación de incapacidad temporal.

En cuanto al tema de fondo, la realidad y gravedad del incumplimiento que se imputaba a la demandante, la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:9422) señala que "una reiterada doctrina de esta Sala, de la que se cita como ejemplo la Sentencia de 28 de mayo de 1983, declara que si el trabajador está impedido para consumar la prestación laboral a que contractualmente viene obligado, tiene vedado cualquier tipo de quehacer, sea de interés ajeno o propio, máxime cuando su forzosa inactividad le es compensada económicamente por la empresa y por la Seguridad Social a las que perjudica, incurriendo así en la causa de transgresión de la buena fe en el desarrollo del contrato, constitutiva del incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, que justifica su extinción por decisión del empresario mediante despido".

Y al respecto ha dicho esta Sala: A la vista de este criterio del Tribunal Supremo, puede concluirse que para que concurra gravedad suficiente en la conducta, y quede justificado el despido, es preciso que el hecho de realizar la parte trabajadora una determinada actividad durante su situación de incapacidad temporal implique una de estas dos cosas: o un perjuicio para su curación, prolongando indebidamente la situación de incapacidad; o que las actividades realizadas evidencien la existencia de aptitud para el trabajo, por requerir los mismos esfuerzos físicos y psíquicos que las tareas propias del puesto de trabajo del empleado en situación de incapacidad temporal (debiendo tenerse en cuenta que una simulación de enfermedad se puede dar tanto cuando se finge padecer una patología inexistente, como cuando, habiendo una enfermedad objetivamente constatada, se pretende atribuir a la misma sintomatología invalidante de la que carece). Por el contrario, la realización de actividades que fueran compatibles con los requerimientos terapéuticos de la enfermedad por la que se estuviera en incapacidad temporal, y que no indicaran aptitud para el trabajo no podría justificar la extinción del vínculo laboral como medida disciplinaria. Es irrelevante, sin embargo, que la conducta incompatible con la situación de incapacidad temporal sea o no lucrativa, pues el perjuicio para la empresa deriva del hecho de tener que estar cotizando y abonando (en pago delegado) prestaciones de incapacidad temporal a quien podría estar prestando servicios efectivos y no los realiza de forma voluntaria e indebida.

La actora en este motivo sostiene, que no estaba desarrollando actividad laboral y que lo que realizaba era compatible con su curación, de tal manera que no trasgredió la buena fe contractual.

No asiste la razón a la recurrente en sus manifestaciones. La actora era personal administrativo de correduría de seguros con funciones de atención telefónica y presencial, y según el inalterado hecho probado séptimo, durante su período de incapacidad temporal por estado de ansiedad, se dedico, en un taller, a recoger encargos, tramitación de ventas y entrega de mercancía, recepción de mercancía y trato con proveedores.

Se trata de una actividad que se aleja, ciertamente de la de correduría de seguros, pero en la que le exige igualmente el trato con clientes.

Si la actora no podía desarrollar en el estado de ansiedad en que se encontraba su actividad de correduría de seguros, con atención a los clientes, misma incompatibilidad tiene para efectuar un trato con clientes, para la venta, no de seguros, pero si de los productos que vendía al público el grupo bodelei, del que era administrador su pareja.

Se trata también de una actividad de cara al público de venta, y no una actividad relajante o lúdica y de ocio que contribuyese a su mejoría.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Pudiera ser que la venta de estos productos, no fuera tan estresante para la actora, como la venta de seguros, y más gratificante al ser una actividad económicamente favorable a su pareja, pero lo cierto es que la actora de incapacidad temporal por depresión, tiene que realizar actividades que contribuyan a una pronta y favorable recuperación. Y no una actividad ciertamente con los carácter propios de una relación laboral, por más que no recibiera una retribución o no estuviera sujeta a un horario, como es la venta de mercancía, en la que también existe un componente de estrés de atención al público.

La actora no se dedica, por ejemplo, a confeccionar los sombreros, como actividad que le relaja y la ayuda a recuperarse de su depresión, sino que se dedica a una actividad comercial, de venta, similar a la que desarrollaba por cuenta ajena.

Una actividad como esa no contribuye a una pronta mejoría para volver a su trabajo por cuenta ajena, y resulta, como concluye la instancia, totalmente incompatible con su situación de incapacidad laboral retribuida.

El recurso debe ser íntegramente desestimado.

SÉPTIMO.- Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no procede hacer los pronunciamientos pertinentes respecto a las costas del presente recurso.

FALLAMOS

?Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D./Dña. Zaida contra la Sentencia 000247/2022 de 4 de julio de 2022 dictada por el Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife sobre Despido, la cual confirmamos íntegramente.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 8 de Santa Cruz de Tenerife, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c ?Tenerife nº 3777/0000/66/ el nº de expediente compuesto por cuatro dígitos, y los dos últimos dígitos del año al que corresponde el expediente pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. Si la condena consistiere 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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

Ignorar palabra Ignorar todas

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ