



Roj: **STSJ CLM 278/2022 - ECLI:ES:TSJCLM:2022:278**

Id Cendoj: **02003340012022100112**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Albacete**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2022**

Nº de Recurso: **2057/2021**

Nº de Resolución: **224/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MONTSERRAT CONTENTO ASENSIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00224/2022

-

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 16078 44 4 2021 0000570

Equipo/usuario: 8

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002057 /2021

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000564 /2021

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña DIRECCION003

ABOGADO/A: LUIS FERNANDEZ MARTINEZ-DELGADO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: Petra

ABOGADO/A:

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL: SERGIO JIMENEZ LOPEZ

Magistrada Ponente: D^a. MONSERRAT CONTENTO ASENSIO

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D^a. LUISA MARIA GOMEZ GARRIDO

D^a. PETRA GARCIA MARQUEZ

D. JOSE MANUEL YUSTE MORENO



D^a. MONSERRAT CONTENTO ASENSIO

En Albacete, a cuatro de febrero de dos mil veintidós.

Vistas las presentes actuaciones por la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

- SENTENCIA N^o 224/2022 -

En el **RECURSO DE SUPPLICACION número 2057/2021** sobre despido , formalizado por la representación de Dña. Petra y por la representación de DIRECCION003 , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Cuenca, en los autos número 564/2021 y en el que ha actuado como Magistrada-Ponente D^a. MONSERRAT CONTENTO ASENSIO, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 30/9/2021, se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de Cuenca, en los autos número 564/2021, cuya parte dispositiva establece:

«ESTIMANDO EN PARTE la demanda promovida por Dña. Petra , frente a DIRECCION003 , sobre DESPIDO con alegación de vulneración de Derechos Fundamentales, debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido de la actora producido el 14/4/2021. CONDENANDO a la empresa demandada a optar entre: readmitir a la actora en su puesto de trabajo, con abono de salarios de tramitación desde el despido, salvo el periodo de IT, o bien indemnizarle con la cantidad de 2.942,39 euros, sin que proceda en este caso el abono de salarios de tramitación.

Advirtiendo a la empresa que la opción deberá realizarse en el plazo de 5 días hábiles desde la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza, por escrito o por comparecencia ante el Juzgado. Y que de no optar en tiempo y forma se entenderá que procede la readmisión.»

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

«PRIMERO.- La actora venía prestando sus servicios en la empresa demandada con las siguientes condiciones laborales: antigüedad de 22/11/2016, categoría profesional de Logopeda, salario diario con inclusión de pagas extras de 23,26 euros; con jornada a tiempo parcial de 864,50 horas año y contrato indefinido. En las instalaciones del cliente de la empresa DIRECCION000 - DIRECCION001 - sita en AVENIDA000 NUM000 de Cuenca.

SEGUNDO.- La empresa demandada comunicó a la actora el 14/4/2021 su despido, mediante email certificado, por los motivos que se recogen en el mismo "... abuso de confianza en gestiones confiadas, así como deslealtad y fraude en el trabajo que tenía encomendado y que venía desarrollando en el puesto que ostenta logopeda" al amparo del art. 54.2 del E.T. y del art. 65.g del convenio colectivo de aplicación. Y efectos desde esa fecha.

Dándose traslado a la Representación Legal de los Trabajadores a través de certificado de comunicación electrónica (Email certificado) el 14/4/2021.

TERCERO.- La actora estuvo de baja pro IT derivada de enfermedad común de Mayo a Octubre de 2020.

Desde el 1/12/2020 está de baja por IT, también derivada de enfermedad común, con diagnóstico "estrés postraumático", continuando en dicha situación de baja médica en la fecha de la demanda.

CUARTO.- La empresa tenía sospechas de que la actora realizaba trabajos durante su baja por enfermedad, por lo que contrató a una empresa de detectives privados a fin de que llevara a cabo una investigación para confirmar o rechazar la referida sospecha.

El lunes 22/2/2021 la agencia de detectives, contratada por la empresa, contacta con la actora a través del teléfono publicitado en FB para pedir una cita. No son atendidos, pero la actora les devuelve la llamada y les informa que desarrolla la actividad en su domicilio o acudiendo a los domicilios de los pacientes.

Asimismo, les comenta que el cobro es por sesión, que si va a su domicilio son 20€ y si se desplaza ella son 25. Comentándoles que una vez que se pase la pandemia, tiene la intención de volver al gabinete y entonces el cobro si se hará a través de bonos de 10 sesiones.



Al día siguiente, el detective llama a la actora para concertar una sesión con ella, no logrando contactar. A través de la aplicación de WhatsApp se ponen en contacto con ella con idéntico fin y consiguen concertar cita al día siguiente 24/02/2021 a las 16.30 horas. Cita modificada por la actora a las 15.30 por estar ocupada a las 16.30 h.

La actora les indica que ha estado de baja por la pandemia, y que al ser autónoma no puede estar de baja y que una vez supere la pandemia volverá al centro en el que estaba anteriormente, señalando que la actividad actual es solo una situación temporal.

Durante la sesión, le toma los datos personales y clínicos al detective para hacerle una ficha y le cita para el lunes 1 de marzo a las 15:30 horas para la siguiente sesión, cobrándole 20 euros por la terapia realizada.

El lunes 1/3/2021 el detective recibe un mensaje de WhatsApp de la actora en el que le indica que el médico le ha dado la baja y no van a poder comenzar el tratamiento.

El jueves 18/3/2021 la agencia de detectives realiza llamada de teléfono a la actora para pedir una cita al explicarle la problemática en el habla de un menor y accede a concertar una cita, quedan el martes 23 a las 12:00 horas, que después se cambia al jueves 25 a las 12:00 horas. El referido día a las 10.15 h la actora anula la cita.

(Informe de investigación realizado por DIRECCION002 , núm. de expediente NUM001 , elaborado a petición de la dirección de la empresa y ratificado en el acto de juicio)

QUINTO.- El 01/07/2019 la actora solicitó una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo, con una duración de siete meses y medio, a partir del 16 de julio de 2019. La empresa contestó por escrito de 05/07/2019 confirmando la excedencia, así como el periodo solicitado de la misma. El 14/3/2020 la actora envió escrito comunicando a la empresa la incorporación a su puesto de trabajo; contestando la empresa que "actualmente a esa fecha, no existe ningún puesto de trabajo vacante de categoría igual o similar para ofrecerle, por lo que en estos momentos su incorporación es imposible, quedando usted en derecho expectante".

Por sentencia de 17/12/2020 del Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca (PO 537/2020), se estimó en su integridad la demanda y se declaró el derecho de la actora a la inmediata reincorporación en su puesto de trabajo en idénticas condiciones laborales que tenía reconocidas al momento de producirse la excedencia, con la actualización de las mejoras legales acaecidas, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración. Así mismo, se condena al abono a la actora de una indemnización por los daños y perjuicios producidos desde 1 de marzo de 2.020 hasta que se produjera la reincorporación efectiva. Sentencia que está recurrida.

Con fecha de 26/1/2021 se cursó el alta de la actora en la empresa y en la seguridad social, como reincorporación tras la excedencia; no habiéndose incorporado al estar de baja por IT.

Se le abona la indemnización por daños y perjuicios por el importe salarial desde el 1/3/2020 al 25/1/2021.

SEXTO.- La actora ha derivado a 4 pacientes a otra Logopeda en entre enero y marzo de 2021.

SÉPTIMO.- La actora está afiliada al sindicato CCOO.

CCOO el 24/4/2021 remitió a la empresa lista de rabajadores informándole que esos eran los que iban a ir en la candidatura por orden de colocación. No consta que la actora fuera en la candidatura finalmente presentada ante la Mesa Electoral ni proclamada. La votación se celebró el 4/5/2021 en la empresa; no constando haya sido elegida la actora.

OCTAVO.- La actora no ostenta cargo de representación legal o sindical de los trabajadores en la empresa.

NOVENO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, resultando SIN AVENENCIA.»

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de Dña. Petra , y por la representación de DIRECCION003 , los cuales fueron impugnados de contrario, elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición de la Magistrada Ponente para su examen y resolución.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO: Contra la Sentencia nº 127/21, dictada el 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado de lo Social nº 2 de Cuenca, en autos nº 564/21, por la que estimando la demanda, se declara la IMPROCEDENCIA del despido, en virtud de demanda entablada por D^a. Petra , contra la empresa DIRECCION003 .; se formaliza recurso de suplicación por ambas partes. En el proceso ha sido parte el Ministerio Fiscal, que ha presentado escrito de alegaciones a los recursos, interesando la confirmación de la sentencia de instancia.

La trabajadora argumenta revisión de hechos probados, y examen de infracciones normativas y jurisprudenciales, al amparo del art.193 b) y c) de la LRJS; y la entidad demandada plantea su motivo de recurso al amparo del art.193 c) de la LRJS. Ambas partes presentan escritos de impugnación, y la demandante a su vez escrito de alegaciones a la impugnación de la empresa, desistiendo de la alegación planteada en el recurso de suplicación en cuanto a la ilicitud de la prueba de detectives aportada por vulneración de los arts.10 y 11 CE, al haber renunciado en el juicio a dicha alegación.

La actora en el proceso, venía prestando servicios para la empresa demandada con una antigüedad de 22-11-16, como Logopeda, en un DIRECCION000 , en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito entre la empresa y la Consejería de Bienestar.

La actora solicitó excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo, y tras serle denegada la reincorporación por la empresa, se siguió proceso entre las partes, resuelto por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca de 17- 12-20, por la que se declaró el derecho de la actora a la inmediata reincorporación en su puesto de trabajo en idénticas condiciones laborales que tenía reconocidas al momento de producirse la excedencia, con la actualización de las mejoras legales acaecidas, la sentencia no es firme está pendiente de recurso de suplicación. La empresa cursa el alta de la trabajadora en la empresa en Seguridad Social con fecha 26-1-2021, sin que se llegue a reincorporar al estar en situación de incapacidad temporal.

La actora siguió proceso de incapacidad temporal de mayo a octubre de 2020, iniciando nuevo proceso de IT el 1-12-20, por "estrés postraumático", continuando de baja a la fecha de la demanda.

La empleadora comunicó el despido, por haber realizado en situación de baja, actividades que evidenciaban su aptitud para llevar a cabo las funciones inherentes a su puesto de trabajo, y para verificar la actuación de la empleada contrató los servicios de una agencia de investigación privada cuyo informe le sirvió de base para proceder a su cese.

La sentencia de instancia, rechaza la petición de nulidad basada en vulneración de la garantía de indemnidad, y considera el despido improcedente.

SEGUNDO: Comenzando con las peticiones de revisión-adición de hechos probados, argumentados por la parte demandante en su escrito de recurso, se solicita con cita del art. 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, la modificación, adición, y supresión de varios hechos probados.

Hay que tener presente que la revisión de hechos probados está constreñida en nuestro ordenamiento procesal laboral, habida cuenta el carácter extraordinario del recurso de suplicación. Dicho carácter supone que el recurso de suplicación no es una segunda instancia y que la valoración de la prueba es competencia del Juez de lo social, que preside el acto del juicio y la práctica de la misma conforme a los principios de oralidad e inmediación, - artículo 74 LRJS -. Por consiguiente, la modificación del relato de hechos probados únicamente es posible cuando a través de la prueba documental o pericial, - en ningún caso testifical-, se constata un error claro y evidente del juzgador.

Conviene además recordar las reglas básicas que ha venido compendiando la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 16- septiembre-2014, rec. 251/2013, 14-mayo-2013, rec.285/2011 y 5-junio-2011, rec. 158/2010, entre otras) sobre la forma en que se ha de efectuar la revisión fáctica, a saber:

- a).- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis.
- b).- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del Juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara.
- c).- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento.
- d).- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10; 18/01/11 -rco 98/09; y 20/01/11 -rco 93/10).

Insistiendo en la segunda de las exigencias, se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos



probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 - rec. 79/05; y 20/06/06 - rec. 189/04).

En el caso que nos ocupa no resulta admisible la revisión de hechos probados interesada por la empresa recurrente, por los razonamientos siguientes:

1º.- Se solicita la modificación del hecho probado primero para incluir un salario, y una jornada superior a la fijada en instancia, lo que pretende alterar en base al contenido de la sentencia judicial, por la que se indica a la empresa la obligación de reincorporar a la trabajadora a su puesto de trabajo "con la actualización de las mejoras legales acaecidas", y con la lectura que hace del del pliego de prescripciones técnicas particulares del contrato de servicios para la gestión del Centro de Atención, por la que sostiene que la jornada de la logopeda debe ser a tiempo completo en lugar de parcial.

Debemos rechazar esta alteración fáctica. La juzgadora de instancia, ya analiza tales documentos, concluyendo " *En relación con la jornada de la actora no se discute por las partes que la misma era a tiempo parcial antes de la excedencia y por ello, a la fecha de la reincorporación la empresa le respeta la jornada parcial y el salario correspondiente, ambos se declararon probados en la sentencia que resuelve el derecho de la actora a la reincorporación tras la excedencia. Por consiguiente, no se acredita por la actora que le correspondiera otro salario en función a una jornada a tiempo completo que no tiene ni le corresponde, pues la que tenía por contrato y realizaba, antes y después de la excedencia, era a tiempo parcial*". Esta convicción judicial constituye el resultado de su libre ejercicio de valoración de la prueba, ar *título* 97.2 LRJS, y a ella debe estarse en esta suplicación, sin que pueda sustituirse por la valoración que realiza la parte recurrente de los documentos ya analizados en instancia, al no observarse error alguno en la apreciación de estos. Máxime cuando no consta que haya instado incidente alguno por la reincorporación a jornada parcial, que se verificó en las mismas condiciones en las que venía prestando su servicio a la fecha de solicitud de excedencia, recogiendo igualmente en la sentencia de diciembre de 2021 tal desempeño parcial; sin que tampoco se acredite que la persona que le haya sustituido en las funciones de Logopeda, haya sido contratada a jornada completa, ni que la Administración gestora del servicio haya obstado la contratación a tiempo parcial.

Con carácter subsidiario se solicita, la rectificación del salario diario fijado en el hecho probado primero de la sentencia, de 33,26 euros, en lugar del fijado. Tal rectificación se ha de considerar correcta, admitida por la empresa en su escrito de impugnación, pues se trata del salario recogido en la sentencia por la que se obliga a la reincorporación de la trabajadora, en dichas condiciones retributivas, salario que igualmente resulta de las nóminas aportadas. Se trata de un mero error, que podría haber sido corregido vía aclaración de sentencia.

Así, se rectifica en el hecho probado primero de la sentencia el importe del salario regulador, que asciende a 33,26 euros diarios.

2º.- Se pretende la supresión del hecho probado cuarto de la sentencia, que contiene el relato del resultado de la prueba de detectives, basado en la ilicitud de la prueba de informe de detective, si bien dicho motivo ha sido desistido por la parte en su escrito de alegaciones a la impugnación de la empresa, como ya se indicó al inicio.

No obstante en este apartado se mantiene, la petición de adición en el hecho probado cuarto, de la mención "el informe se inicia en fecha 1-2-2021", con soporte en el informe de detective, incorporado al expediente digital en el que figura en la contraportada dicha mención.

Rechazamos esta ampliación fáctica por estéril. Se trata de un documento incorporado al expediente, que puede ser examinado por la Sala.

Es reiterada la doctrina jurisdiccional que establece que para que una pretensión revisora de un hecho declarado probado pueda ser viable en el Recurso de Suplicación ha de tener trascendencia en la parte dispositiva, es decir en el fallo que se recurre, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos que no conduzcan a nada práctico, así se ha manifestado el TS. en las Sentencias de 12 de marzo y 29 de octubre de 2002, 7 de marzo de 2003, 6 de julio de 2004, 20 de junio de 2006, 10 de diciembre de 2009, 26 de enero y 18 de febrero de 2010 y 18 de enero de 2011, y en las que en ellas se citan.

3º.- Solicita la recurrente la revisión del hecho probado quinto, para introducir la fecha del escrito presentado por la trabajadora solicitando su reincorporación 14-02-2020; y que se corrija el error donde se dice que la empresa ha abonado la indemnización de daños y perjuicios, pues no se ha producido tal abono, solo su consignación a efectos de recurso. Si bien ambas correcciones son ciertas, pues constan en los documentos aportados, y no se niegan por la empresa en su escrito de impugnación, rechazamos la modificación, por cuanto se trata de meros errores de transcripción, que resultan de los documentos aportados, que la Sala puede



examinar, y al igual que se indica en el razonamiento anterior, se trata de una modificación irrelevante, que no conduce a ningún resultado práctico, a la hora de resolver el litigio.

TERCERO: En orden a resolver los motivos de censura jurídica articulados por las partes, por razones expositivas hemos de comenzar por el motivo propuesto por la demandante, tendente a la revocación del fallo de instancia, instando la declaración de nulidad del despido por vulneración del derecho a la garantía de indemnidad, con indemnización de daños y perjuicios que cifra en 10.000 euros, denunciando infracción de los arts. 55.5 del E.T., y 14 de la Constitución, argumentando en esencia que el despido es una represalia ante la acción ejercitada para obtener la reincorporación tras la excedencia voluntaria, que le fue reconocida por sentencia judicial, pendiente de recurso.

Entiende fundamental la conexión temporal entre la readmisión de la trabajadora en cumplimiento de la sentencia, el 26-1-21, y el inicio de la investigación encargada el 1-2-21, según consta en el informe de detectives aportado, cuatro días después de que la empresa cursara el alta de la trabajadora, sin prestación de servicios, pues se encuentra en situación de IT.

Si bien es cierto, como puntualiza la empresa en su escrito de impugnación, que la cita debió ser del art.24 de la CE, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de infracción de la garantía de indemnidad, tal error, no puede invalidar atender a la cuestión que se plantea, pues resulta clara en términos fácticos su petición, aunque con cita de norma errónea.

En contra del criterio expuesto en la sentencia de instancia, sí que cabe entender que la parte demandante ha aportado indicios de una posible vulneración de su garantía de indemnidad, - artículo 24 CE -. Resulta acreditado que la actora litigó para obtener la reincorporación laboral negada por la empresa, tras la excedencia voluntaria reconocida, y que obtuvo pronunciamiento judicial favorable, que obligó a la empresa a cursar el alta de la trabajadora en Seguridad Social, aun sin prestación de servicios puesto que se encontraba en situación de incapacidad temporal, lo que se verificó el 26-1-21; también es cierto que la empresa según se puede inferir del informe de detective aportado, tras cursar el alta encargó la investigación de una posible actividad privada de la actora, como Logopeda, que coincide con los servicios que presta para la empresa, con independencia de que fuera el 14 o el 22 de febrero cuando se iniciara por los detectives la labor investigadora, pues ambas fechas se recogen en el informe presentado. Tales datos si pueden erigirse en un indicio de discriminación, suficiente como para invertir la carga de la prueba, en el sentido de que es la empresa quien tiene que acreditar que el despido de la trabajadora está totalmente desconectado de una posible vulneración de derechos fundamentales.

Como asevera la STS 20 de febrero de 2019, recurso 3941/2016 , reiterando doctrina en materia de garantía de indemnidad:

Respecto a la garantía de indemnidad, como señala esta Sala IV/ TS, entre otras, en la sentencia de 13 de julio de 2015 (rcud. 2405/2014):

" (...) **1.-** Acerca de la garantía de indemnidad.- Es doctrina reiterada que en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [artículo 41.1 de la Constitución Española y artículo 4.2.g) del Estatuto de los Trabajadores (SSTC 5/2003, de 20/Enero FJ 7; [...] 75/2010, de 19/Octubre, FJ 4; y 76/2010, de 19/Octubre, FJ 4. Reproduciendo tal doctrina, SSTS 25/02/08 -rcud 3000/06 -; [...] 13/11/12 -rcud 3781/11-; y 29/01/13 -rcud 349/12 -).

2.- La inversión probatoria en materia de derechos fundamentales.- No es menos usual criterio -desde la STC 38/1981, de 23/Noviembre que cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate [SSTC 168/2006, de 5/Junio,FJ 10; 17/2007, de 12/Febrero FJ 3; 257/2007, de 17/Diciembre, FJ 4]. Porque la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, dificultad de prueba en la que se fundó nuestra jurisprudencia desde sus primeros pronunciamientos, que ha tenido concreciones en nuestra legislación procesal" (SSTC 75/2010, de 19/Octubre



FJ 4; 76/2010, de 19/Octubre, FJ 4. En la doctrina ordinaria, SSTs 26/02/08 -rcud 723/07- [...] SG 18/07/14 - rco 11/13 -; 24/07/14 -rco 135/13 -; y 22/12/14 -rcud 3059/1).

3.- El presupuesto indiciario.- Pero -conforme unánime doctrina que parte de la referida STC 38/1981, de 23 Noviembre - para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que "debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de discriminación" [SSTC 16/2006, de 19/Enero, FJ ; 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5; 168/2006, de 5/Junio FJ 4] o de "represalia empresarial" [STC 125/2008, de 20/Octubre, FJ 3], ha de acreditar la existencia de indicio que "debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla -la vulneración constitucional- se haya producido" que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación [SSTC 44/2006, de 13/Febrero, FJ 3; [...] 257/2007, de 17/Diciembre; FJ 4.

Como afirma la sentencia del TC, de 10 de septiembre de 2015, recurso 155/2013:

Como hemos reiterado en numerosas ocasiones, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que, asimismo, tal derecho puede verse también lesionado cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produzca como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. En suma, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva (STC 16/2006 , de 19 de enero)- o de los actos preparatorios o previos al mismo - incluso de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso (STC 55/2004 , de 19 de abril)- no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (por todas, SSTC 14/1993 , de 18 de enero , FJ 2 ;125/2008 , de 20 de octubre, FJ 3 o 6/2011 , de 14 de febrero , FJ 2).

En nuestro caso, pese a reconocer la concurrencia de un indicio de represalia, pues resulta cuanto menos llamativo, que la investigación empresarial se produzca a pocos días de incorporar a la trabajadora, lo cierto es que como razona la juzgadora de instancia, con independencia de la procedencia o no del despido, este descansa en una causa real, como es la constatación de que la trabajadora desarrolla por cuenta propia, en situación de incapacidad temporal cotizada por la demandada, su actividad como Logopeda, cuanto menos en la sesión clínica que se recoge en el informe pericial, por la que percibió sus honorarios. Ello es así pues no cuestionada por la trabajadora la licitud de la prueba de informe de detectives, como expresamente se reconoce en el escrito de alegaciones a la impugnación del recurso de la empleadora, se ha de concluir que la empresa sostiene el cese operado en una causa real de despido disciplinario, con independencia de su calificación final.

Con todo ello, no se puede considerar errónea la conclusión de la juzgadora de instancia, para rechazar la concurrencia de nulidad de despido por vulneración de la garantía de indemnidad, al razonar que " *la empresa ha acreditado que los motivos del despido tienen entidad suficiente para justificar el despido con independencia de que se puedan probar o no. Por lo que se descarta que la causa del despido sea la referida demanda de derechos, como se mantuvo por el Ministerio Fiscal que compareció al juicio*". Lo que nos lleva a rechazar el motivo de recurso planteado por la trabajadora.

CUARTO: Rechazada la nulidad del despido, corresponde resolver sobre la calificación de improcedencia del despido efectuada por la juzgadora, cuestionada por la empresa, que en su único motivo de recurso argumenta infracción de los artículos 54.2.d, 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). de los artículos 65 y 66 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (código número 99000985011981), y de los artículos los artículos 169 y 175 de la Ley General de la Seguridad Social, y el artículo 25 de la LISOS, en relación con la Sentencia del TSJ Madrid (Social), sec. 1ª, S 05-07-2013, nº 603/2013, rec. 823/2013, y la Sentencia del TSJ Galicia (Social), sec. 1ª, S 21-11-2016, nº 6511/2016, rec. 2533/2016. Todo ello, al considerar que se ha acreditada la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido, consistentes en que la trabajadora ha realizado una actividad incompatible con su situación de baja por incapacidad temporal, por contingencias comunes, y simular una enfermedad con manifiesta mala fe.

La sentencia recurrida estima la improcedencia del despido por entender que " *... de la prueba practicada se llega a la conclusión de que no hubo simulación de enfermedad durante la baja por IT, falta Muy Grave del artículo 65.g del Convenio Colectivo , pues se deduce de la anulación por la actora de algunas citas, concretamente dos de las tres que se habían concertado con los detectives (los días 1 y 25 de marzo), de la extensión de la baja por IT iniciada en diciembre de 2020 y de la que le precede de mayo a octubre de 2020 y, de la derivación de pacientes a otra logopeda entre los meses de enero a marzo de 2021 por no poder atenderlos por su enfermedad*.



Por todo ello, se llega a la conclusión que la actora no ha desarrollado durante la I.T actividad laboral con la asiduidad y la gravedad suficiente para ser justificativas de la máxima sanción que es el despido, pues si bien hubo una consulta del detective en la que se abonó 20 euros, después se anuló por la actora al no poder tratarlo por estar enferma según le comunicó cuando anuló la segunda cita y, lo mismo con la consulta por un menor que hace otra detective de la agencia, que no llegó a celebrarse habiéndola anulado también la actora por no encontrarse bien. Por tanto, aquella única consulta con el detective el día 24 de febrero no puede incidir en absoluto de forma negativa en el proceso de IT de la actora, ni es posible que por aquella actividad se alargue el mismo o se agrave la patología. Asimismo, es de tener en cuenta que en el caso de la actora no concurre mala fe ni gravedad pues aquella que se le imputa es una actividad que venía realizando como autónoma durante su excedencia en la empresa y que tenía pendiente la reincorporación en su puesto tras el pleito de la excedencia que se produjo el 26/1/2021. Y del propio informe de los detectives se deduce que en la mayor parte del seguimiento se hace constar que no pueden confirmar que esté atendiendo a pacientes.

Por todo lo anteriormente expuesto, se ha de declarar, atendiendo a las circunstancias concurrentes, que en el caso de la actora no se acredita la falta muy grave de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza ni simulación de enfermedad, merecedora del despido".

Es doctrina jurisprudencial pacífica la que mantiene que la sanción de despido, al ser la última en trascendencia y gravedad de entre las que pueden imponerse, ha de ser reservada para los supuestos de incumplimiento contractual del trabajador dotado de gravedad y culpabilidad en términos de violación trascendente de un deber de conducta, tal y como expresa el artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores (SSTS 4-marzo- 91 [RJ 1991, 1823] y 28-junio-88 [RJ 1988, 5486]). Dicho precepto recoge, además, un elenco de conductas que se consideran susceptibles de sanción, y que suelen ser objeto de concreción y graduación por los convenios colectivos, de modo que los trabajadores podrán ser objeto de sanción conforme a las faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o convenios colectivos de aplicación (Art. 58 Estatuto de los Trabajadores), si bien dicha regulación no puede contradecir o desvirtuar los tipos legales - en este sentido hay que citar las SSTS de 2-4-87 (RJ 1987, 2325) ; 4-12-87 (RJ 1987, 8828) ; 5-7-88 (RJ 1988, 5763). En cualquier caso, la mera comisión de un hecho descrito como falta en las referidas normas no es suficiente para que pueda imponerse la sanción que la norma le anude, sino que los «más elementales principios de justicia exigen una perfecta adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, con pleno y especial conocimiento del factor humano» (STS de 21-marzo-88 [RJ 1988, 2333]), lo que exige un examen de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Aplicado lo expuesto al supuesto que nos ocupa, y partiendo de los inalterados hechos probados de la sentencia, y de la situación objeto de análisis, que ya dejamos sintetizada en el fundamento de derecho primero, hemos de insistir, como ya ha señalado la Sala en otras ocasiones, que una cosa es la realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante la baja por incapacidad temporal, y otra distinta la realización de actividades que aún no constituyendo propiamente un trabajo por cuenta propia o ajena en sentido estricto, puedan implicar algún tipo de interferencia con el proceso curativo, deparen o no algún tipo de beneficio particular al interesado.

En cuanto a lo primero, ya hemos indicado en situaciones similares a la presente que, la regla general es la de incompatibilidad de la baja por enfermedad con el trabajo sea por cuenta propia o ajena, tal como se deriva del vigente art. 175.1 b/ de la LGSS al contemplar como causa de suspensión del derecho al subsidio por IT " cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena ". Tal previsión es clásica en la normativa de seguridad social y ha sido validada de manera reiterada, entre otras, en la SSTJS de Cantabria de 7-12-00, Cataluña 29-1-01, Valencia 11-1-01, Aragón 6-3-01, o Asturias 21-6-16.

Sin embargo, tal previsión inicial merece una matización para el caso de pluriactividad, ya que como señaló la STS de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4364) (rec. 2127/2001):

" Como afirma la parte recurrente, ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes, -una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria-, es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal (art. 128.1 LGSS), que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional, objeto del otro. Bajo esta perspectiva, negar al doblemente afiliado el derecho a compatibilizar el percibo de la prestación de IT en el RETA con el trabajo por cuenta ajena significaría situar a un trabajador, que ejerce una pluriactividad, por la que está en alta y cotiza, en estado de clara desprotección. Y, además, semejante conclusión sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al "efecto útil" de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la seguridad social.



... Aplicar estrictamente el artículo 132 LGSS pudiera conducir a la picaresca de que el trabajador en activo aproveche la situación de baja en una actividad que no puede realizar por la dolencia que le aqueja de carácter temporal, y que le impide por ejemplo realizar un trabajo de esfuerzo, para, igualmente, "provocar la baja" en otra actividad que le permite su capacidad residual. Igualmente conduciría al absurdo admitir la compatibilidad entre la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual y la realización de otros trabajos que permitan la capacidad residual del trabajador ya incapacitado y negar esta compatibilidad en la situación hoy controvertida; situación que no se refiere a un trabajador afiliado al régimen de Seguridad Social, que, encontrándose en la situación de incapacidad temporal protegida por este régimen, comienza un nuevo trabajo, que da lugar a una segunda afiliación, sino a un trabajador, que, previamente, a suceder el hecho causante, está afiliado al Régimen General de la Seguridad Social y al Régimen de Autónomos, en virtud de realizar simultáneamente dos trabajos diferentes -uno por cuenta propia y otro bajo dependencia ajena- y que causa baja por enfermedad, que le inhabilita realizar la actividad propia del trabajador por cuenta propia, pero que no le impide desarrollar el trabajo por cuenta ajena, que, consecuentemente, sigue realizando".

De dicha doctrina concluimos que la baja por incapacidad temporal en el trabajo que motiva el alta en el régimen general, no puede llevar aparejada automáticamente la baja en la actividad que motiva el alta en el RETA, si no consta que los requerimientos de una y otra actividad sean idénticos o similares.

Es cierto que en el caso que nos ocupa, ambas actividades derivan del ejercicio de su profesión como Logopeda, sin embargo pese a desconocer de forma cierta cuales son los requerimientos que implica su desempeño en un DIRECCION000, no es aventurado suponer que se desarrollan en una amplia jornada como la pactada, con un horario diario concreto, una organización del trabajo coordinada, que sin duda tiene unas más altas exigencias psíquicas, que su trabajo como Logopeda autónoma, en el que es la trabajadora quien modula la carga de trabajo, como así se desprende del informe de detectives aportado, ello teniendo como premisa fundamental que la baja es por una situación de "estrés postraumático", siendo supervisada por un Equipo de atención a víctimas de delitos, tal y como se recoge en los documentos aportados, que no consta fueran cuestionados. Tal diferencia entre uno y otro desempeño, aunque sean dentro de una misma profesión, no nos pone de manifiesto de manera evidente o al menos con una cierta seguridad y verosimilitud, que la baja que nos ocupa lleve aparejada de manera automática la baja también en el RETA.

Quedaría pues por examinar la segunda cuestión, esto es, si a pesar de no existir una incompatibilidad de la baja por incapacidad por temporal en un régimen y el trabajo en el otro, el desarrollo de la actividad por cuenta propia podría llevar aparejado un retraso o entorpecimiento de la recuperación en aquella baja. Tal cuestión ha sido examinada correctamente por la juzgadora de instancia. Así de forma acertada se razona, que la actividad se redujo a una consulta del detective en la que se abonó 20 euros, una segunda cita que después se anuló por la actora, al no poder tratarlo por estar enferma según le comunicó cuando anuló la segunda cita, y otra cita, relativa a la consulta por un menor que hace otra detective de la agencia, que no llegó a celebrarse habiéndola anulado también la actora por no encontrarse bien. " Por tanto, aquella única consulta con el detective el día 24 de febrero no puede incidir en absoluto de forma negativa en el proceso de IT de la actora, ni es posible que por aquella actividad se alargue el mismo o se agrave la patología". Y segundo, que la manera en que se realizó dicha actividad, de forma puntual, esporádica, adaptada por la actora a sus necesidades dada la existencia de una enfermedad que no oculta a los detectives, al cancelar citas, por no encontrarse bien, no se puede calificar como susceptible de interferir en el proceso curativo, pues se ha de recordar que ha sido dada de baja para un desempeño concreto en un centro de atención sometida a un horario, y una disciplina de organización del trabajo, y no para atender consultas seleccionadas por la actora, adaptadas a su horario, y estado psíquico.

En tales condiciones, debemos concluir que no consta que la actividad descrita por la empresa para justificar el despido operado, fuera incompatible con la baja por IT en atención a la pluriactividad desarrollada por la trabajadora, ni que fuera susceptible de interferir en su curación. De modo que en las condiciones indicadas y sin otras circunstancias concurrentes, la empresa no puede atribuir a la trabajadora una actuación vulneradora de la buena fe contractual, ni arrogarse facultades de tutela del sistema de seguridad social que solo corresponden a la entidad gestora.

El despido debe por ello ser calificado como improcedente, y al entenderlo así la juzgadora de instancia, corresponde la confirmación de su resolución, previa desestimación del recurso presentado.

QUINTO: Sin imposición en cuanto a las costas causadas por la trabajadora recurrente; y al no gozar la empresa también recurrente del beneficio de justicia gratuita, ha de disponerse la pérdida de la consignación y del depósito que constituyó para recurrir, y condenarla a abonar a la impugnante de su recurso la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 204.1 y 4, y 235.1 de la LRJS.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS los recursos de suplicación interpuestos por las representaciones letradas de los litigantes D^a Petra , y DIRECCION003 , frente a la Sentencia dictada en fecha 30-9-21 por el Juzgado de lo Social n^o 2 de Cuenca, en el proceso n^o 564/21 , seguido en reclamación por DESPIDO, CONFIRMANDO LA SENTENCIA de instancia en su integridad, y condenando a la recurrente DIRECCION003 ., a abonar a representación letrada de la parte impugnante de su recurso la cantidad de 500 euros en concepto de honorarios, con la pérdida de la consignación y del depósito que constituyó para recurrir a los que se les dará el destino que legal o reglamentariamente corresponda una vez sea firme la sentencia. Sin costas respecto a la trabajadora.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los DIEZ DIAS siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social . La consignación del importe de la condena, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns n^o 13, indicando: 1) *Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF;* 2) *Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL;* y 3) *Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 2057 21;* pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de SEISCIENTOS EUROS (600,00 €), conforme al artículo 229 de la citada Ley , que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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