



Roj: **STSJ AND 9721/2022 - ECLI:ES:TSJAND:2022:9721**

Id Cendoj: **41091340012022102088**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2022**

Nº de Recurso: **2811/2020**

Nº de Resolución: **1781/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **OSCAR LOPEZ BERMEJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso Nº -2811-20 -H Sent. Núm. 1781/2022

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMAS/O. SRAS/SR.

DOÑA MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ

DOÑA MARIA DEL CARMEN LUCENDO GONZÁLEZ

DON OSCAR LÓPEZ BERMEJO

En Sevilla, a quince de junio de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA N° 1781 /2022

En el recurso de suplicación interpuesto por Violeta contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Huelva, autos nº 773/18.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON OSCAR LÓPEZ BERMEJO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Según consta en autos, se presentó demanda por Violeta contra CASH LEPE SL , sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 13/08/2019 por el Juzgado de referencia, en la que se desestimó la demanda.

SEGUNDO : En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO. Doña Violeta , con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Cash Lepe, S.L., con CIF B 21053848, , en el centro de trabajo supermercado situado en La Palma del Condado (Huelva) , desde el 1 de agosto de 2003, con la categoría de charcutera- vendedora y salario diario, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, de 31,75 €.

SEGUNDO. La actora causó baja médica derivada de enfermedad común el 11 de noviembre de 2017 por el diagnóstico de "ciática", siendo dada de alta el 24 de enero de 2018, por curación/mejoría que permite realizar el trabajo habitual. La trabajadora causó nueva baja médica por enfermedad común el 9 de febrero de 2018



por el diagnóstico "esguince tobillo. Neom", siendo dada de alta el 18 de febrero de 2018. Por último, el 12 de marzo de 2018 causa baja por enfermedad común, por el diagnóstico de "ciática", siendo dado de alta médica el 28 de agosto de 2018 por "inicio de situación de maternidad". En el informe de urgencias del Centro de Salud de La Palma del Condado (Huelva) de 10 de marzo de 2018 consta que la actora presentaba "Dolor con la marcha de puntillas y la movilización de columna", prescribiéndosele "reposo relativo".

TERCERO. La actora acudió a sesiones de fisioterapia, habiéndose emitido informe por el "Centro médico El Valle", el 7 de noviembre de 2018, presentando a finales de febrero de 2018 un test de Lasegue positivo a 45°.

CUARTO. El 12 de mayo de 2018 la actora acudió a la Romería de la Palma del Condado, ataviada con traje de flamenca y calzado de esparto con cuña alta, accediendo al interior de una carroza, permaneciendo sentada, girando el cuello más de 90 grados para conversar con otras personas, bajándose en varias ocasiones, regresando nuevamente a su interior para lo que hubo de caminar. La duración aproximada de su participación en la romería fue desde las 19 horas hasta las 23:15 horas. El 15 de mayo de 2018 la demandante es vista desde las 13:50 a 14:16 horas y desde las 18:10 horas a las 20:20 horas llevando zapato de tacón alto, subiendo y bajado escaleras de inclinación superior a 50° y un elevado escalón de un zaguán, realizando compras, recogiendo a su hijo del colegio o llevarlo a una placita para jugar, sin dificultad para la deambulacion ni rigidez en el tronco.

QUINTO. La participación de la actora en la Romería se considera contraproducente para una adecuada evolución de una lumbociática aguda, al suponer sobrecarga funcional de región lumbar capaz de originar agravación de la sintomatología. Se da por reproducido el Informe Pericial Médico del Dr. Victoriano.

SEXTO. El 26 de junio de 2018 la empleadora entrega a la actora carta de despido disciplinario, del siguiente tenor literal: "Estimada Sra. Violeta: La Dirección de esta empresa ha tenido conocimiento de un conjunto de irregularidades en el desempeño de su prestación de trabajo que, una vez constatadas por esta Dirección de Empresa le han llevado a tomar la decisión, en el uso de sus facultades disciplinarias, de proceder a sancionarle con el DESPIDO DISCIPLINARIO, que se basa en los siguientes hechos: Que Ud. presta servicios como Vendedora en el supermercado j 29 que la empresa regenta en La Palma del Condado, en Calle Avd. de Huelva s/n., encontrándose de baja médica desde el 12 de marzo de 2018, permaneciendo en la actualidad.

Que pese a su baja médica, que le incapacita para la prestación de sus servicios laborales en esta empresa, la empresa ha tenido conocimiento cierto y constatado de que Usted ha venido realizando actividades ajenas a esta empresa, que ponen en clara evidencia su abuso de confianza y una transgresión de la buena fe contractual con respecto a la empresa que dirijo Cash Lepe, S.L. Tal Transgresión de la buena fe contractual y de su abuso de la confianza está basada en los siguientes hechos: Que Usted, el día 12 de mayo de 2018, participo con absoluta normalidad en la "Romería de la Santa Cruz de la Calle Sevilla como romera, ataviada con ropa de flamenca y calzando zapatos de esparto con cuña (tacón) concretamente se dirigió al lugar de encuentro de donde sale la Romería en compañía de su familia, subiendo en la carroza N9 7 y alternado ratos en la carroza así como caminando por las distintas calles, tramos de más de 500 metros, por calles de adoquín, con suelo irregular, prolongando su asistencia y participación en la romería al menos hasta las 23 horas del mismo día. Durante ese periodo, hemos podido comprobar, que Usted realizaba movimientos con absoluta normalidad, tanto cuando subía y bajaba de la carroza, como cuando caminaba, girando el cuello y espalda 90°, bebiendo, fumando, tocando palmas e instrumentos musicales, etc.

En mayor abundamiento el día 15 de mayo de 2018, Usted salió de su domicilio a las 13:50 al que regreso a las 14:16 acompañada de su familia, y volviendo a salir por la tarde sobre las 18:10 horas, en las que hizo compras, fue a un parque, fumando en un banco, inclinada en el mismo, y siempre, utilizando calzado con tacón, subiendo en vehículos y realizando una vida absolutamente normal en cuanto a movilidad, al subir a su vivienda, que está ubicada en una primera planta a la que se accede por una escalera con una inclinación superior al 50%. Es evidente que su comportamiento, y la actividad por usted realizada en los días indicados, ponen de relieve su aptitud para poder prestar su trabajo de vendedora, con absoluta normalidad, y que en todo caso, pone en riesgo su recuperación, pudiendo retrasar la curación de sus dolencias, en claro perjuicio para esta empresa, que viene soportando los gastos de seguridad social, laborales, y alterando el normal ritmo de trabajo y organización del centro en el que Usted presta sus servicios.

Por todo ello, esta empresa califica los hechos relatados anteriormente como una falta muy grave, de conformidad con lo establecido en el Art. 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. Asimismo, su conducta ha supuesto la quiebra de la confianza que esta Empresa había depositado en Usted, al incurrir en una clara transgresión de la buena fe contractual según el artículo 43 del Convenio Colectivo del Comercio de Alimentación de la provincia de Huelva. Admitir su conducta sería tanto como hacer una dejación total del principio de dirección de la Empresa.



La Dirección de esta empresa ha entendido que tales hechos no pueden ser permitidos en modo alguno, por lo que procede a su DESPIDO DISCIPLINARIO de manera inmediata, que producirá efectos desde el mismo momento en que le sea comunicada la presente Carta de Despido, haciéndole saber, asimismo, que tiene a su disposición en las oficinas de la empresa las cantidades correspondientes a la liquidación de su contrato.

Que Usted no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores.

Todo lo cual se le comunica en Huelva, a 26 de junio de 2018, rogándole se sirva firmar la presente en prueba de haberla recibido".

SÉPTIMO. La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el último año la representación legal de los trabajadores.

OCTAVO. En fecha 13 de julio de 2018 se presentó para ante el CMAC papeleta de conciliación, celebrándose el 5 de noviembre de 2018, sin avenencia."

TERCERO : Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, que no ha sido impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación lo interpone la representación de la parte actora, alegando cinco motivos, cuatro al amparo de la b), y uno de la letra c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, contra la sentencia de 13 de agosto de 2019 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva (autos 773/2018), donde desestima la demanda interpuesta por D^a Violeta contra CASH LEPE S.L. declarando la procedencia del despido acordado por ésta el 27 de junio de 2018.

Razona la magistrada de primer grado que, en cuanto a lo que interesa a los efectos del recurso, el despido de la actora es procedente dado que sí concurre transgresión de la buena fe en la relación laboral, pues estando la trabajadora de baja 12 de marzo de 2018, siendo el diagnóstica "ciática" (consta en informe de salud público de 10 de marzo de 2010 que tiene dolor en marcha de puntillas y la movilización de columna, y se prescribe reposo relativo), es sorprendida el 12 de mayo de 2018 con traje de flamenca y calzado de esparto de cuña alta, realizando movimientos y actividades contrarios a su situación médica. Por lo anterior, la Juzgadora de instancia entiende que la actora, o bien, ha simulado la enfermedad o la sintomatología, pudiendo trabajar, o bien, ha realizado una conducta contraproducente para una adecuada evolución de su patología, y por ello, su curación.

SEGUNDO.- I.- En materia de revisión de hechos probados debemos recordar sus premisas básicas, reiteradas por nuestro alto Tribunal Supremo, destacando por reciente, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 22-7-2020, Rec. nº 20/19, recopila la doctrina jurisprudencial de la Sala Cuarta, en los siguientes términos:

<<... Como recuerda la doctrina de esta Sala IV/ TS, entre otras, en sentencia de 16 de septiembre de 2013 (Rc. 75/2012), recordada en la de 26 de marzo de 2014 (rco. 158/2013), 21 de diciembre de 2016 -Pleno- (rco. 131/2016), 19 de diciembre de 2017 (rco. 195/2016) y la más reciente de 21 de mayo de 2020 (rco. 5/2019), el artículo 207.d) de la aplicable Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) establece que "el recurso de casación habrá de fundarse en alguno de los siguientes motivos: ... d) Error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", y en interpretación del apartado d) del artículo 205 de la derogada Ley de Procedimiento Laboral , del mismo tenor literal, que su precedente de la LRJS, reiteradísima jurisprudencia de esta Sala -y valga por todas la sentencia de 1 de julio de 2010 (recurso casación 91/2009)- ha venido exigiendo para que el motivo alcance éxito, la concurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos:

(...) a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico [no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos].

b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas [no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada].

c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos.

d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rco 1959/91 -; [...] SG 03/12/14 -rco 201/13 -; [...] y SG 25/02/15 -rco 145/14 -).

Tan genéricas afirmaciones únicamente se alcanzan a comprender en toda su amplitud teniendo en cuenta ya más concretas precisiones de la Sala en orden a los antedichos requisitos. Cuales son:



a) que el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud - art. 97.2 LRJS - únicamente al juzgador de instancia [en este caso a la Sala "a quo"], por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica, y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error se desprenda de manera evidente de documentos idóneos para tal fin, pero rechazando que ello pueda conducir a negar las facultades de valoración que corresponden al Tribunal de instancia, únicamente fiscalizables si no se han ejercido conforme a las reglas de la sana crítica [recientes, SSTS 02/07/14 -rco 241/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y 15/09/14 -rco 167/13 -];

b) que expresamente ha de rechazarse la formulación del motivo revisorio cuando con ella se pretende que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba [obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida], como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (SSTS 03/05/01 -rco 2080/00 -; [...] 08/07/14 -rco 282/13 -; y SG 22/12/14 -rco 185/14 -);

y c) que los documentos al efecto invocados "deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable", hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (próximas, SSTS 15/09/14 -rco 167/13 -; 16/09/14 -rco 251/13 -; y SG 18/07/14 -rco 11/13 -)."...>>.

Solo cabe a la vista de las pruebas **documentales y las periciales** practicadas, sin permitirse que, genéricamente, se proceda a una nueva valoración de toda la prueba practicada porque esta se atribuye, en toda su amplitud (LRJS art. 97.2) al juzgador de instancia. La revisión de hechos (por adición, rectificación o supresión) sólo puede estimarse, si el documento o pericia tiene una eficacia contundente e incuestionable, de modo que el error denunciado derive de tales pruebas sin conjeturas ni interpretaciones valorativas. Por ello, la revisión no se acoge si el documento contradice el resultado de otras pruebas a las que, razonadamente, se ha otorgado mayor valor y no puede fundarse, salvo error palmario, en el mismo documento tenido en cuenta en la sentencia, al no ser posible sustituir el criterio objetivo del juzgador por el subjetivo de la parte.

La **revisión de hechos probados** solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean trascendentes para la resolución de la cuestión, **debiendo citarse específicamente la prueba documental o pericial que demuestre la equivocación del juzgador, no siendo admisibles referencias genéricas a la prueba documental.**

II.- En cuanto a las revisiones de hecho solicitadas por la actora, para su resolución vamos a seguir el orden de su petición en el recurso, así:

1º Solicita la revisión del hecho probado tercero, con la adición consistente en que se recojan otros párrafos del citado documento (folio 137), como que desde que acude a mediados de abril de 2018 a fisioterapia, debido a su embarazo, haciendo más lento y dificultoso el tratamiento de fisioterapia, por lo que los resultados no son tan fructíferos, habiendo recibido sesiones espaciadas de dos o tres semanas durante los meses de abril, mayo, junio y julio. La recurrente justifica esta adición para poner de manifiesto que la causa de alargar el tratamiento fue su embarazo.

Expuesta la posición de la interesada, no podemos acoger su petición por las siguientes razones: A) No descansa en documental hábil, pues se trata de una testifical documentada, como es un informe de fisioterapia privado, donde recoge el tratamiento recibido por la actora como paciente desde el 14 de julio de 2015, y otros momentos posteriores, pero no adopta la forma de dictamen pericial conforme a los requisitos previstos en el art. 336 LEC para ostentar tal entidad; B) No sirve para destacar ningún error en la fijación de los hechos derivados de la valoración de la prueba que realizó la Juzgadora de instancia, que ha tenido en cuenta el informe médico público de 10 de marzo de 2018, el parte de baja de 12 de marzo de 2018, la prueba de detective privado, y el informe pericial de la demandada. Esto es, existen otros medios de prueba que le permiten llegar a la conclusión ya expuesta, como "ratio decidendi", sin que esta adición sirva para desvirtuar tal motivación.

2º En segundo lugar, se solicita una adición en el hecho probado cuarto, para que del reportaje fotográfico de los folios 114, 116 a 119, 129 y 130, se ponga de manifiesta que durante el mes de mayo de 2018 ya estaba embarazada.

En este punto tal adición debe ser rechazada por esta Sala al estar sustentada en prueba inhábil, pues respecto a las fotografías que puedan incluirse en los informes emitidos por detectives, resulta interesante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de mayo de 2004, RS nº 1003/2004, cuando afirma que las fotografías realizadas por investigador privado y su informe ratificado en juicio "... tiene valor de prueba testifical y, por ende, carece de eficacia revisoria, no pudiendo dotársele de una doble naturaleza (testifical en cuanto a las manifestaciones verbales y documental en cuanto a los medios de reproducción de imagen utilizados), pues el informe de la agencia de detectives conforma, en su integridad, un medio de prueba único, valorable en conjunción con los demás y sujeto a las limitaciones legales impuestas en orden a la eficacia revisoria de la



prueba testifical. En suma, las fotografías y tomas de vídeo podrán ser elementos que refuercen el testimonio de los detectives privados en la valoración que del mismo lleve a cabo el Juez de instancia, pero no documentos, en sí mismos y por sí solos, hábiles a efectos de revisión de hechos probados...".

3º En tercer lugar, solicita un adición al hecho probado quinto para que se haga constar que no resulta acreditado que por ir la trabajadora a la romería le causará una agravación, y ello, alega la suplicante, porque el perito médico designado por la demandada no ha reconocido en ningún momento a la actora, omitiendo que la trabajadora estuviese embarazada. Para ello se apoya en el informe pericial de la demandada y su relación con el folio 137, informe de fisioterapia.

Visto lo anterior, este Tribunal puede concluir que no pueden integrar el factum, lo que la doctrina denomina hechos negativos, cuando equivalen a no constatados o probados, que es lo pretendido por la suplicante. En este punto, podemos destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de septiembre de 2016, RS nº 567/2016, cuando afirma que " *...Siempre que exista un mínimo de actividad probatoria, que haya permitido la valoración judicial, resulta inadmisibile la llamada prueba negativa, es decir, la revisión fundada en la simple alegación de la carencia de pruebas referidas al hecho de que se trate... inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial...".*

4º Finalmente, solicita que se haga constar que la empresa sabe que la trabajadora estaba embarazada desde el 12 de mayo de 2018, para lo que se basa de nuevo en el reportaje fotográfico del detective privado.

Esta Sala entiende, al igual que ha sucedido antes, concluye que no estamos ante una prueba hábil, por lo que no se puede admitir la revisión. Además, en el relato de hecho alternativo propuesto por la suplicante recoge conceptos predeterminantes del fallo que no se derivan de prueba alguna, como que cuando la empresa decide despedir a la trabajadora conocía perfectamente que ésta estaba embarazada, lo que no puede tener cabida en el "factum".

TERCERO.- I.- La actora denuncia la infracción genérica del art. 55 ET, y sostiene que a pesar de que la empresa demandada negase que conociera el estado de embarazo de la trabajadora, con la revisión de hechos instada se pone de manifiesto que sí lo conocía, y por ello, el despido debe ser calificado nulo, y no procedente.

II.- Expuesto lo anterior, son varias las razones para no admitir este motivo de censura jurídica, así:

1º Todo su razonamiento parte de que se hubiera permitido incorporar la revisión propuesta, de tal manera, que el fracaso en la modificación de hechos probados, produce el mismo efecto sobre esta petición, por cuanto se incurre en lo que el Tribunal Supremo denomina vicio de la "petición de principio" o "hacer supuesto de la cuestión", esto es, se parte de premisas fácticas distintas a las que constan en la sentencia (STS 3.2.2016, Recurso número 31/2015).

2º Que con los términos del recurso no se ha conseguido enervar la "ratio decidendi" del pronunciamiento de instancia, como es que estando de baja por los motivos indicados en los hechos probados (en concreto, último párrafo del HP 4º), y donde se le aconseja reposo, en cambio la trabajadora ha realizado actividades contraproducentes a su situación incapacitante, visión de la instancia que esta Sala comparte, pues resulta del todo contradictorio e injustificado tener un proceso doloroso procedente de la ciática padecida por la actora, con el hecho de participar con normalidad en una romería durante más de cuatro horas, ataviada con cuñas altas, moviendo de forma natural su cuello a pesar de los dolores en la columna. Por lo tanto, lo anterior impide considerar el despido nulo, por cuanto el propio art. 55 en su apartado 5º último párrafo del ET señala que la declaración de procedencia impedirá aplicar la causas de nulidad objetiva de despido previstas en ese mismo apartado, lo que acaece en este caso.

CUARTO.- Atendiendo a lo prevenido en el art. 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la desestimación del recurso no comporta la imposición de las costas causadas en este trámite.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora, contra la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Huelva, en fecha 13 de agosto de 2019 (autos 2811/2020), confirmando lo resuelto en la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con



tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del *apartado 2 del artículo 53 LRJS*.

Adviértase al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-66-2811-20, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".

Si se efectúa mediante transferencia, la cuenta es: 0049-3569-92-0005001274. (IBAN: ES55 0049 3569 9200 0500 1274). Debiendo hacer constar en "Beneficiario", el órgano judicial y en "Observaciones o concepto", los 16 dígitos de la cuenta-expediente en un solo bloque. [4052.0000.66.2811-20].

Una vez firme esta sentencia, devuélvase los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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