

Id Cendoj: 28079340052009100588  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 2837/2009  
Nº de Resolución: 663/2009  
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION  
Ponente: MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

RSU 0002837/2009

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

MADRID

**SENTENCIA: 00663/2009**

Sentencia nº 663

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 5ª

MADRID

Ilma. Sra. D. Begoña Hernani Fernández :

Presidente :

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz :

Ilma. Sra. Dª Concepción Ureste García :

En Madrid, a 21 de julio de 2009.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 663

En el recurso de suplicación 2837/09 interpuesto por don Adriano representado por el Letrado doña TERESA DE JESUS RODRIGUEZ FERNANDEZ, contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 1 DE MADRID en autos núm. 902/08 siendo recurrido MASOLI S.A., representado por el Letrado don FELIX PANCORBO NEGUERUELA. Ha actuado como Ponente el Ilma. Sra. DOÑA Begoña Hernani Fernández.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: En el Juzgado de lo Social de procedencia tuvo entrada demanda suscrita por don Adriano , contra MASOLI S.A., en reclamación sobre despido en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el suplico de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio, se

dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2008 , en los términos que se expresan en el fallo de dicha resolución.

SEGUNDO: En dicha sentencia, y como HECHOS PROBADOS, se declaraban los siguientes:

PRIMERO.- La parte actora prestaba servicios profesionales para la empresa demandada, dedicada a la actividad de instalaciones eléctricas, con la antigüedad de 02.11.05, la categoría profesional de Oficial 2ª y percibiendo un salario anual, con prorrateo de pagas extraordinarias, de 13.740,00 euros.

SEGUNDO.- La parte actora no ha ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

TERCERO.- El actor inició período de incapacidad temporal por enfermedad común el día 14.01.08, con diagnóstico de ansiedad.

CUARTO.- Llegó a oídos de la representante de la empresa que el actor estaba trabajando en un restaurante. Se puso aquella en contacto con la Mutua Egarsat, con quien tiene concertada las contingencias comunes y profesionales, y supo de la Mutua, a raíz del seguimiento del actor efectuado a través de los servicios de un despacho de **detectives privados**, había llegado a la conclusión de que el actor prestaba servicios profesionales en un negocio de hostelería situado en la C/ Pablo Neruda, 15, de Madrid, durante su situación de incapacidad temporal, por lo que había procedido a la suspensión de la prestación correspondiente a esa situación a partir del 01.05.08 (docs. 18, 19 y 20 de la empresa y Doctora de la Mutua que intervino como testigo a instancia de la demandada).

QUINTO.- Obra en autos (doc. 17 de la empresa) y se tiene por reproducido, el informe de **detectives** emitido para la Mutua, que fue ratificado en el acto de juicio por su autora, la detective que efectuó materialmente el seguimiento del actor y que depuso como testigo. Según se desprende del contenido de ese documento y de las manifestaciones de la testigo, ésta averiguó el pasado mes de abril que el actor acudía durante su situación de incapacidad temporal a un negocio de hostelería situado en la Avda. Pablo Neruda, 15, bajos, de Madrid. Acudió allí la testigo el día 22 de abril, entró en el establecimiento y preguntó por el actor, recibiendo respuesta de que no estaba en ese momento porque se encontraba realizando determinadas diligencias personales. Acudió de nuevo el día 24 de abril, volvió a preguntar por el actor y fue atendida por quien dijo ser su esposa, que se refirió al mismo como dueño del establecimiento e informó de que permanecía en él desde las 13 hasta las 16:00 horas y a veces acudía también durante las noches. En esa misma fecha, la testigo quedó a la espera hasta que apareció el actor entrada la tarde. Habló con él y le dijo que era su negocio y que lo llevaba con su esposa.

SEXTO.- Mediante carta fechada el día 13.05.08 y notificada el 22.05.08, que consta en autos y se tiene por reproducida, la empresa demandada comunicó al actor que procedía a su despido con efectos del día 13.05.08, al haber tenido conocimiento de que en el transcurso de su incapacidad temporal y hasta la fecha había estado trabajando en el "Doner Kebab" sito en Vallecas, C/ Pablo Neruda, 15.

SEPTIMO.- A tenor de los documentos 37 a 39 del ramo de prueba del actor, desde el 14.03.08, por transmisión de licencia, figura como titular de la licencia urbanística correspondiente a un bar situado en la Avda. Pablo Neruda, nº 15, de Madrid, un tal Celestino .

OCTAVO.- La parte actora ha intentado la conciliación mediante la presentación de papeleta de conciliación previa a la vía jurisdiccional el día 14.06.08.

TERCERO: En esta sentencia se emitió el siguiente fallo:

"Que, desestimando las pretensiones de la demandada, califico como procedente el despido objeto de este proceso y declaro convalidada la extinción del contrato de trabajo que vincula a Adriano con la empresa Masoll, S.A., producida mediante el despido realizado por ésta con efectos de 13 de mayo de 2008, sin derecho de la parte actora a indemnización ni a salarios de tramitación".

CUARTO: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso el pase de los mismos a Ponente para su examen y resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda formulada por despido declarando este como procedente, recurre en suplicación ante esta Sala la representación legal de la parte

actora, solicitando en un primer motivo, al amparo del *art. 191 a) LPL*, la nulidad de la resolución recurrida, por infracción del *art. 55.1 ET y 24 CE*.

Argumenta la recurrente que la comunicación efectuada mediante dicha carta no proporciona al trabajador un conocimiento concreto sobre los días concretos sobre los que se le atribuye la realización de la actividad laboral, ni las horas u horario en que supuestamente desarrolla la misma, y ello a pesar de conocer la empresa los días concretos a los que dicha imputación se refiere. Igualmente a su juicio omite la citada carta comunicar al actor que trabajos son los que se le atribuyen, así como omite igualmente indicarle la concreción horaria de los mismos, lo que perturba gravemente las garantías de defensa del trabajador, al impedirle sin ese conocimiento preparar los medios de prueba convenientes.

Sin embargo el *art. 55.1 ET* recoge literalmente: "1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos".

De la lectura de la carta de despido que recoge: "...por trasgresión de la buena fe contractual, *Art. 54, apartado d), del Estatuto de los Trabajadores*, ya que hemos tenido conocimiento que en el transcurso de su baja por Incapacidad Laboral Transitoria desde el 14/01/2008 hasta hoy ha estado trabajando en el Doner Kebab sito en Vallecas, c/ Pablo Neruda...", así como la fecha en que tendrá efectos: "...pone en su conocimiento que con fecha 13 del presente año queda extinguido su contrato de trabajo..", quedando, a la vista de lo expuesto, acreditado que la misma cumple con todos los requisitos exigidos por el *art. citado*, no exigiéndose en aquel que se precisen los días concretos sobre los que se le atribuye al trabajador la realización de la actividad laboral, ni la concreción horaria de la misma, no habiéndose producido vulneración del *art. citado*, ni por tanto indefensión alguna.

En cuanto a la vulneración del *art. 24 CE*, hemos de precisar que la sanción de nulidad es la sanción mas grave impuesta por la ley cuando se ha producido un defecto procesal insubsanable o se haya dejado a una de las partes en absoluta indefensión, cuestión que aquí no se ha acreditado.

Es doctrina constitucional pacífica y asentada que la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y en su manifestación más trascendente es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa privándola de ejercitar su potestad de alegar y en su caso de justificar los derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (*STC, entre otras, 145/1990 de 11 Oct.*).

No toda vulneración de una norma procesal acarrea indefensión y quebrantamiento de la tutela judicial efectiva, pero en cambio es necesaria una infracción de las normas procesales para que a partir de la misma pueda afirmarse que una de las partes ha quedado desarmada en el uso de sus medios de prueba o exposición de sus argumentos, al resultar afectado, por inacción del órgano jurisdiccional o arbitraria alteración en la práctica de los trámites, no pudiendo alegarse de forma genérica (*art. 24CE*) la indefensión, sino que hay que concretar cual es exactamente la indefensión causada.

En el caso examinado la recurrente en su recurso ni siquiera solicita la nulidad de la sentencia dictada en la instancia. En definitiva ninguna razón asiste para requerir la declaración de nulidad, cuando, la presunta indefensión que alega la recurrente, no ha sido de forma alguna acreditada.

No procede, por lo expuesto, la nulidad solicitada.

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 191b) LPL*, se interesa la revisión de los ordinales quinto y séptimo con el siguiente tenor literal:

Hecho probado quinto: "Obra en autos (doc. 17 de la empresa) y se tiene por reproducido, el informe de **detectives** emitido para la Mutua; que fue ratificado en el acto de juicio por su autora, la detective que efectuó materialmente el seguimiento del actor y que depuso como testigo según se desprende del contenido de este documento y de las manifestaciones de los testigos esta averiguó el pasado mes de abril que el actor acudía durante su situación de incapacidad temporal a un negocio de hostelería situado en la Abad. Pablo Neruda nº 15, bajos, de Madrid. Acudió allí la testigo el día 22 de abril, entró en el establecimiento y preguntó por el actor, recibiendo respuesta de que no estaba en ese momento porque se encontraba realizando determinadas diligencias personales. Acudió de nuevo el día 24 de abril, volvió a preguntar por el actor y fue atendida por quien dijo ser su esposa, que se refirió al mismo como dueño del establecimiento e informó que permanecía en él desde las 13 hasta las 16 horas y a veces acudía también por la noche. En esa misma fecha, la testigo quedó a la espera hasta que apareció el actor entrada la tarde.

Habló con é y le dijo que era su negocio y que lo llevaba con su esposa".

Hecho probado séptimo: "A tenor de los doc. 37 a 39 del ramo de prueba del actor desde el 14 de marzo del 2008 figura como titular de licencia urbanística correspondiente a un Bar sito el la Av Pablo Neruda, nº 15 de Madrid un tal Celestino ".

Conviene recordar que respecto a las modificaciones revisorias, la jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente en esta instancia pudiera resultar en otras superiores.

Sentado lo anterior, las adiciones solicitadas han de prosperar pues así se desprende de los documentos en que se apoyan. El relato fáctico queda modificado en la forma expuesta.

Dicho lo anterior, no procediendo la declaración de nulidad de la sentencia, la cual, por otra parte, ni siquiera se ha solicitado por la recurrente, y no denunciándose infracción jurídica, alguna debemos con desestimación del recurso confirmar la sentencia de instancia, sin expreso pronunciamiento en costas.

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de don Adriano contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NUM. 1 DE Madrid de fecha 22 de diciembre de 2008 , en virtud de demanda formulada por don Adriano contra MASOLL S.A., en reclamación sobre DESPIDO confirmando la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma solo cabe RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DIAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 219, 227 y 228 de la Ley Procesal Laboral, advirtiéndose en relación con los dos últimos preceptos citados* que el depósito de los 300,51 euros (50.000 pesetas) deberá efectuarse ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella en su cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, Oficina 1006 de la calle Barquillo nº 49, 28004-Madrid, por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, mientras que la consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el 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 c/c nº 287600000028372009 que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Oficina 1026 de la Calle Miguel Angel nº 17, 28010-Madrid, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencias de este Tribunal, habiéndose me hecho entrega de la misma por el Ilmo. Magistrado Ponente, firmada por los tres Magistrados en esta misma fecha para su notificación. Doy fe.