



Roj: **STSJ M 1788/2017** - ECLI: **ES:TSJM:2017:1788**

Id Cendoj: **28079340012017100134**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2017**

Nº de Recurso: **966/2016**

Nº de Resolución: **134/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO GARCIA ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34001360

NIG : 28.079.00.4-2016/0008234

Procedimiento Recurso de Suplicación 966/2016

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid Despidos / Ceses en general 207/2016

Materia : Despido

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 966/2016

Sentencia número: 134/2017

D

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRES

Ilma. Sra. Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZALEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a 10 de febrero de 2017, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos/as. Sres/as. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número **966/2016** formalizado por la Sra. Letrada Dña. EVA RODRIGUEZ QUEJIDO en nombre y representación de la mercantil RESTAURANTE MENTIDERO DE LA VILLA S.L., contra la sentencia de fecha 01/07/2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 30 de MADRID , en sus autos número



207/2016, seguidos a instancia de Dña. Daniela frente a la mercantil recurrente, en reclamación sobre DESPIDO, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ROSARIO GARCIA ALVAREZ, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La trabajadora, Doña Daniela , ha venido prestando sus servicios profesionales para la mercantil Restaurante Mentidero de la Villa, S.L. con una antigüedad de 23 de abril de 2007, con la categoría profesional de camarera y realizando funciones de Mitre. Por los servicios prestados, Doña Daniela , percibía un salario mensual de 2.375,33 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

SEGUNDO.- Con fecha de 25 de septiembre de 2015, Doña Daniela , causó baja por enfermedad común. El motivo de la baja fue: cervicalgia, inestabilidad. Doña Daniela , fue dada de alta el 25 de noviembre de 2015.

El día 27 de noviembre de 2015, Doña Daniela , acudió a las urgencias hospitalarias del Hospital Nuestra Señora de América por sufrir: cervicalgia. Con efecto de 28 de noviembre de 2015, Doña Daniela , fue dada de baja por el mismo diagnóstico que con fecha de 25 de septiembre de 2015, y fue dada de alta de nuevo el 26 de enero de 2016.

TERCERO.- El 22 de enero de 2016, la empresa demandada, Restaurante Mentidero de la Villa, S.L., comunica a Doña Daniela , por medio de burofax su despido, mediante carta fechada el 20 de enero de 2016, y con efectos desde ese mismo día. La carta recoge que: " *por medio de la presente paso a comunicarle que la dirección de esta empresa ha tomado la decisión de imponerle la sanción de DESPIDO DISCIPLINARIO por la comisión de una falta muy grave, y por tanto procede a extinguir su contrato de trabajo con efectos del día de hoy, 20 de enero de 2015, por los siguientes motivos:*

- *Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*

- *La simulación de enfermedad o accidente alegada por la trabajadora para no asistir al trabajo; así como en la situación de incapacidad temporal cuando se realicen trabajos de cualquier tipo por cuenta propia o ajena (...).*

El pasado 25 de septiembre de 2015, presentó parte baja de incapacidad temporal por contingencias comunes, por padecer una lesión en cervicales según nos manifestó oralmente, que al parecer le impide realizar cualquier esfuerzo físico (...)

Sin embargo, en el mes de octubre, un cliente habitual nos comunicó que había sido vista trabajando en el establecimiento ARAHY (...), bajo las órdenes de dicho hostelero, vestida con una camisa blanca y un pantalón vaquero, pasando comandas al ordenador y en horario nocturno.

(...) decidimos contratar los servicios de un detective privado (el cual...) ha constatado que sido observada en innumerables ocasiones fuera de su domicilio y que no se aprecian signos externos de padecer lesión o enfermedad alguna, y ello baso en los siguientes hechos:

- *El pasado 21 de noviembre de 2015 sobre las 13:42 horas subió a un autobús de la EMT, donde caminó hasta Virgen de la Paz, entrando en el supermercado Mercadona, donde realizó una compra. (...). Salió de dicho supermercado cargando en bolsas los productos adquiridos (...)*

- *El 6 de diciembre de 2015 a las 13:29 salió con su pareja de, su domicilio, ambos con un casco y una chaqueta de moto (...) entraron en el garaje y salieron del mismo con una moto de gran cilindrada (...). Estacionaron en el parking del Leroy Merlin. En el interior (...) se observó que no tuvo ningún problema en cargar con el casco y levantar infinidad de veces la cabeza para mirar las lámparas del techo. (...). No sólo no se observó que se resintiera su cuello con el viaje en este tipo de vehículo, sino que resulta totalmente desaconsejable para su recuperación.*

- *Los días 2, 4, 10,11, 17, 18 de diciembre de 2015, viajó en autobús de a EMT (...) recogió a su hija (del colegio), a quien levantó en brazos en varias ocasiones, con quien jugó (...), cargando siempre con la mochila de la niña, y ello a pesar de la lesión cervical y la necesidad de reposo.*



- El día 12 de diciembre de 2015, a las 13:31 horas, en compañía de su madre caminó cargando con un carro de compra lleno de objetos, a pesar de su dolencia.

- El día 19 de diciembre de 2015 en el restaurante ARAHY (...), se pudo observar como saludó efusivamente a camareros, Mitre, y finalmente al dueño del restaurante (...)

La realización de estas actividades estando en situación de IT constituye una transgresión de la buena fe contractual, ya que, o realmente no se encuentra mal físicamente y puede trabajar en nuestra empresa, o de estar realmente enferma, sus esfuerzos diarios van a suponer que su recuperación sea mucho más larga (...)

Por otra parte, el abuso de confianza radica en el aprovechamiento en juicio de la empresa de una prescripción de IT dilatándola en el tiempo durante más de 3 meses, sin motivo alguno (...)

Los hechos relatados están contemplados en el artículo 54.2 d) del ET y en el artículo 41.1.c)b del V ALEH, como una falta muy grave sancionable con despido disciplinario.

Ponemos a su disposición en las dependencias de esta empresa los salarios, prestaciones y liquidación generados hasta la fecha del despido (...)"

CUARTO.- Con el objeto de acreditar los hechos relatados en la carta de despido, la mercantil demandada contrató los servicios del detective Don Ezequiel , el cual vino a ratificar al acto del juicio el seguimiento efectuado sobre Doña Daniela .

El detective contratado, carece de estudios y conocimientos médicos.

QUINTO.- La demandante interpuso en el SMAC papeleta de conciliación el 3 de febrero de 2016. El 23 de febrero de 2016, con la asistencia de todas las partes, se celebró sin éxito.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"En virtud de lo expuesto en esta sentencia, decido ESTIMAR la demanda interpuesta por Doña Daniela contra el RESTAURANTE MENTIDERO DE LA VILLA S.L. y en virtud de la estimación:

- Declaro la improcedencia del despido de la demandante de 20 de enero de 2016 y condeno a la empresa demandada a optar, en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente Sentencia, entre su readmisión con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia, o la extinción definitiva del contrato con el abono de la suma de 27.435,39 euros en concepto de indemnización.

En el caso de que la empresa demandada no efectúe opción expresa en los términos antedichos, se entenderá que opta por la readmisión de la trabajadora.

En caso de opción por la readmisión, la empresa deberá proceder al pago de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a razón de 79,1 euros diarios (2,375,33 /30) (a salvo los descuentos legalmente previstos)".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 14/11/2016 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 25/01/2017 señalándose el día 08/02/2017 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia ha estimado la demanda y declarado la improcedencia del despido disciplinario de que fue objeto la demandante con fecha de 22 de enero de 2016 . Disconforme con el pronunciamiento de instancia recurre la empresa en suplicación formulando un total de cinco motivos de los cuales los dos primeros se destinan a solicitar la nulidad de actuaciones, el tercero a revisar los hechos probados, y los dos últimos a denunciar las infracciones jurídicas que se estiman cometidas por la sentencia.

**SEGUNDO: petición de nulidad de actuaciones, art. 193.a) LJS.**

1.- Se alega en el primer motivo de recurso la infracción de lo establecido en los artículos 77.1 , 90.4 y 90.5 de la LJS en relación con el art. 22 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales . Razona la recurrente que con fecha de 21 de abril de 2016 solicitó al amparo del art. 77.1 de la LJS la aportación por la demandante de su historial médico relativo al proceso de i.t. desde septiembre de 2015 hasta la fecha en que recibió el alta, al considerarlo un elemento decisivo dado que se trata de un despido disciplinario fundado en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza y, en concreto, en la tipificación establecida en el art. 40.9 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería): *simulación de enfermedad o accidente alegada por el trabajador o trabajadora para no asistir al trabajo; así como en la situación de incapacidad temporal cuando se realicen trabajos de cualquier tipo por cuenta propia o ajena, incluida toda manipulación, engaño o conducta personal inconsecuente, como la realización de actividades injustificadas en su situación de incapacidad temporal que provoquen la prolongación de la baja.*

2.- La petición fue denegada por el Juzgado en auto de 27 de abril de 2016 razonando que el despido es disciplinario por quebranto de la buena fe, que el historial médico es privado y que «no desvirtuaría los hechos alegados por la mercantil en su carta de despido para el caso de que quedaran acreditados». Señala la empresa que dicha denegación fue indebida y de imposible recurso (art. 78.2 LJS) siendo prueba necesaria para poder evidenciar y acreditar, en su caso, que las actividades realizadas por la demandante en la situación de i.t. perjudicaban su proceso de curación. Así lo manifiesta la propia sentencia en el fundamento cuarto, último párrafo, cuando señala que en lugar de la prueba de detectives «la empresa podía haber logrado una prueba más contundente sobre cuál es el estado de la cervicgia de la actora, y las exigencias médicas que dicha patología requiere para su recuperación. En concreto, podría haber solicitado informes médicos a la Mutua que asiste a la actora o incluso someter a esta a cualquier otro reconocimiento médico».

3.- Dejando de lado el hecho de que es el INSS el que emite la baja y verifica el seguimiento de la dolencia, la Sala comparte el argumento de la recurrente pues, ciertamente, al tratarse de una información médica de carácter personal (art. 22 LPRL), la empresa solo puede solicitar a través del Juzgado los informes médicos relativos a las prescripciones médicas indicadas para el tratamiento y recuperación de un diagnóstico que, por lo demás, la propia trabajadora comunicó a la empresa. Por otro lado, si la juez de instancia considera que la empresa debió pedir informes médicos a la Mutua que asiste a la actora para probar las exigencias médicas que dicha patología requiere para su recuperación, está reconociendo el carácter potencialmente decisivo de una prueba que ella misma ha denegado y cuyo resultado, además, ha prejuzgado de forma indebida en su auto de 27 de abril de 2016.

4.- Sabido es que el derecho fundamental a la prueba si bien opera en cualquier tipo de proceso no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo cualquier prueba o una prueba ilimitada, sino solo aquellas que se consideren pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el tema a decidir (STCO 27/2000, de 31 de enero). La pertinencia en el presente caso la razona la propia juzgadora en su sentencia en contradicción con su auto de 27 de abril de denegación en una interpretación de la legalidad que, como hemos señalado, prejuzgaba el resultado al anticipar el resultado de la valoración judicial. En definitiva, se ha inadmitido prueba potencialmente relevante (pertinente) porque se ha prejuzgado su valoración.

5.- Sentado lo anterior, es preciso determinar si esta inadmisión de prueba es contraria al derecho fundamental en el sentido de producir una efectiva indefensión, porque no todo defecto procesal, incluso grave, es susceptible de determinar la nulidad de actuaciones pues para ello la parte debe argumentar que el resultado del pleito en la instancia pudo ser otro y que, además, no hay otro medio menos lesivo de subsanar la irregularidad, es decir, que esta Sala sin la práctica de dicha prueba y sin su valoración en la instancia no podría nunca llegar a conclusión distinta que la establecida por la juzgadora a quo. Ello es así porque la solicitud de nulidad en todo caso ha de tener un efecto útil en el proceso y, si no lo tiene porque existen otros medios posibles de subsanar la irregularidad, esto es, de defenderse adecuadamente, no es posible acceder a un remedio extremo como es la nulidad de la actuaciones que siempre se debe conjugar con el deber de su preservación acorde con el principio de celeridad.

6.- En el presente supuesto la Sala aprecia que, por un lado, la prueba se solicitó de forma anticipada, por lo que contra la decisión judicial no cabía recurso alguno (art. 78.2 LJS). Pese a ello, la empresa pudo reiterar su petición en el acto del juicio incidiendo en el carácter decisivo de la prueba para, en su caso, poder ser interesada como diligencia final (art. 88 LJS). En relación con este extremo, es cierto que la prueba ya había sido prejuzgada en el auto de denegación y que, de haber sido propuesta, no podía ser practicada en ese acto porque requería el auxilio del requerimiento judicial sobre el que ya existía un pronunciamiento desestimatorio. Por ello, no cabría imputar a la empresa las consecuencias que se derivan de la falta de protesta previstas en el art. 87.2 LJS.



7.- Sin embargo, no podemos dejar de advertir que la revisión de los hechos probado con independencia de la corrección técnica con que se formula se sustenta en informes de salud aportados por la propia demandante (informe de 10 de mayo de 2016 de facultativo médico y del centro de rehabilitación) lo que evidencia que, de una u otra manera, los informes médicos de las exigencias de recuperación de la patología están unidos a autos. Por tanto, si la empresa puede sustentar la revisión de los hechos probados en informes médicos, aunque reconocemos la irregularidad judicial generadora de una potencial indefensión, no apreciamos que finalmente concorra esta de forma real y efectiva máxime cuando no se justifica de manera motivada que esos documentos médicos en los que ahora se apoya sean insuficientes a los efectos pretendidos y que los no aportados (de existir alguno adicional) podrían determinar un resultado completamente distinto porque la Sala carece de elementos acreditados que le permitan llegar a conclusión diferente. Tampoco esta circunstancia (insuficiencia fáctica) concurre porque, como decimos, potencialmente con los informes médicos que cita y con los propios hechos probados de la sentencia en los que se recogen tanto la patología como las actividades realizadas en la situación de i.t., la empresa puede defenderse y la Sala está en condiciones de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, esto es, sobre la correcta interpretación y aplicación de las normas verificada por la juez a quo a la hora de enjuiciar el despido. La nulidad, por tanto, ningún efecto útil produciría sino una indebida dilación

8.- Tampoco la Sala aprecia la vulneración del art. 24 CE por infracción del art. 218 de la LEC (incongruencia) que se denuncia en el segundo motivo de recurso al no ser correcto que la sentencia solo se sustente en la simulación de enfermedad como causa del despido. A tal efecto, basta leer la página 8 para comprobar que la juez analiza las conductas desde el punto de vista de su posible incidencia negativa en la recuperación de la salud, no como simulación de enfermedad.

TERCERO: revisión de los hechos probados, art. 193.b) LJS.

1.- El correlativo motivo de seguro se centra en la revisión de los hechos probados segundo y cuarto, proponiendo para ambos un texto alternativo. Ya hemos señalado que parte de la revisión se sustenta en el informe médico de 10 de mayo de 2016 y en el informe del centro de rehabilitación (documentos 7 y 8 del ramo de prueba de la parte actora) de los que se desprende que tras el alta el 25 de noviembre y haber acabado el tratamiento rehabilitador, la demandante acude a urgencias el día 27 de noviembre con el mismo juicio clínico de cervicgia contractura muscular, con baja por recaída del día 28, persistiendo la contractura el día 30 y sensación de inestabilidad, no precisando durante la baja reposo absoluto salvo en episodios de mayor inestabilidad y con recomendación de evitar cargar pesos, realizar posturas que desencadenaran dolor etc. y continuar con el tratamiento rehabilitador, el cual inicia el día 23 de diciembre. En el razonamiento del motivo se exponen todas estas circunstancias pero, aun siendo ciertas, el texto propuesto no puede admitirse porque entraña una valoración de todas ellas que incluye conclusiones jurídicas como que prolongó la baja injustificadamente o de otro tipo, pero siempre resultado de valorar la prueba (no evitó cargar pesos, no evitó posturas desencadenantes del dolor, no guardó reposo), cuando lo correcto hubiese sido limitarse a recoger lo que los informes reflejan al ser la tarea de valoración de prueba privativa de jueces y tribunales.

2.- Lo mismo cabe predicar de la revisión del hecho probado cuarto al responder a una incorrecta técnica procesal tratar de recoger el informe de los detectives a modo de conclusión valorativa, afirmando que la vida que la demandante llevaba era completamente normal ya que realizaba actividades compatibles con sus funciones de maitre al no haber aportado prueba alguna de su imposibilidad de trabajar. Mayor valoración y desplazamiento de la labor de enjuiciar no es posible. Si a ello se añade que se trata de una conclusión impropia de un hecho y que, además, se basa en prueba inhábil como es la testifical pues la de detectives ostenta este carácter, por mucho que el informe se documente, el rechazo de la pretensión resulta ineludible.

CUARTO: infracciones de derecho, art. 193.c) LJS.

1.- En sede de infracción jurídica se alegan los artículos 54.2.d) del ET y 40.9 del Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería y de la jurisprudencia contenida en las SSTS de 14 de mayo y 18 de diciembre de 1990 , 22 de marzo de 1983 y 11 de julio de 2002 . Finalmente, para el caso de confirmar la improcedencia del despido, se impugna el cálculo de la indemnización por erróneo, con cita del art. 56.1 ET .

2.- Los hechos probados de la sentencia tanto los contenidos en el relato fáctico propiamente dicho como los ubicados inadecuadamente a lo largo de la fundamentación jurídica que conservan pese a ello su valor, ponen de manifiesto una serie de datos relevantes y que evidencian a criterio de la Sala que la actora, al menos desde el 6 de diciembre, llevaba una vida normal que la permitía montar en moto, desplazarse a centros comerciales, verificar compras variadas y asistir a encuentros sociales. Ciertamente, la cervicgia no es una dolencia que impida, salvo marcada inestabilidad, comprar el pan, recoger a un menor a la puerta del colegio, llevar su pequeña mochila o tener algún encuentro social. Sin embargo, sí es completamente incompatible con el hecho de montar en moto máxime cuando este acontecimiento se produce el 6 de diciembre y la baja



por recaída había tenido lugar una semana antes (el 28 de noviembre). En este sentido la Sala discrepa con la sentencia de instancia cuando afirma que no está contraindicado porque es de público conocimiento que los cascos se caracterizan por su escaso peso y que el de la foto no llegaría a los 300 gramos. Tal afirmación no es de recibo porque pese a ser hipotética si la aceptamos en la misma dialéctica como cierta, obvia que la cervicalgia es una dolencia común en ciclistas y motoristas siendo muchas veces su causa el uso de un casco de excesivo peso para la musculatura concreta del cuello del sujeto que lo porta. Por otro lado, por ligero que sea el casco el cuello se debe contraer para soportar su peso, añadiendo a esa contractura la propia de soportar la presión del viento, del frío y de la misma postura en la moto. Por ello, es evidente que una persona con cervicalgia y contractura muscular que es dada de baja el día 28 de noviembre si monta en moto el día 6 de diciembre está verificando, cuando menos, una actividad inconsecuente e injustificada para su proceso de curación y que prolonga indebidamente su baja, porque se trata de una actividad que por sí misma obliga a tensionar y contraer el cuello y la musculatura paracervical, lo que está completamente contraindicado por la más elemental lógica para la dolencia causa de su baja.

3.- Precisamente es este dato junto a los restantes que han quedado probados de realizar compras el mismo día del desplazamiento en moto de gran cilindrada, llevar el carrito correspondiente en otras compras domésticas, coger con normalidad el transporte público, recoger a su hija del colegio y acudir a reuniones sociales lo que evidencia que la demandante entre el 2 y el 19 de diciembre de 2015 llevaba una vida normal y que, en apariencia, refleja su capacidad laboral para sus funciones de maitre o jefe de sala, que solo conllevan dirección, planificación, organización y control del restaurante, sin carga de pesos o posturas contraindicadas. En cualquier caso, llevó a cabo una vida y *conducta personal inconsecuente, como la realización de actividades injustificadas en su situación de incapacidad temporal que provoquen la prolongación de la baja*, en términos del convenio, como se pone además de manifiesto por el hecho de que durante todo ese tiempo (desde el 28 de noviembre hasta el 19 de diciembre) y pese a haber tenido una baja previa de dos meses no realizó tratamiento rehabilitador alguno y sí, por el contrario, se permitió en el segundo y consecutivo período de baja y a los pocos días de iniciarla llevar a cabo actividades que podían provocar la prolongación de una baja que se extendió por una cervicalgia (sin prueba de hernia) hasta cuatro meses.

4.- En fin, la Sala considera que las actividades llevadas a cabo revelaban un estado de salud compatible con la aptitud laboral para el desempeño de los cometidos de maitre y siendo así su comportamiento no se acomoda a la buena fe contractual porque, no puede olvidarse, si está impedido para consumir la prestación laboral tiene vedado el desarrollo de actividades que retrasen su curación porque su inactividad le es compensada por la empresa y por el sistema público de prestaciones. Finalmente, debemos indicar que la cuestión no es, como parece señalar la sentencia, la de determinar si las actividades no laborales descritas son o no compatibles con la baja sino la de determinar si la conducta de la trabajadora muestra en su conjunto una aptitud laboral de hecho pues los padecimientos le permiten actuar de forma tal que podría desempeñar su tarea laboral ordinaria. Esta aptitud a nuestro juicio concurre.

5.- Es jurisprudencia consolidada que la apreciación de la gravedad de los incumplimientos causa de despido debe realizarse conforme a un criterio gradualista e individualizado, teniendo en cuenta en cada caso la totalidad de circunstancias concurrentes ponderando en casos como el presente la gravedad y la naturaleza de las lesiones, las actividades realizadas en la situación de baja y la incidencia de estas sobre aquellas. En aplicación de esta doctrina, apreciamos la transgresión de la buena fe contractual por realizar en la recaída actividades con incidencia posible en la normal evolución curativa de las dolencias y por faltar al trabajo en tiempo en que podía continuar desempeñando su actividad laboral porque quien por su conducta evidencia que se encuentra en situación de normalidad, debe pedir el alta y reincorporarse al trabajo y si no lo hace, transgrede la buena fe no solo respecto de su empresario sino del sistema público que sufraga una incapacidad temporal que el trabajador transforma en un lucro individual (STS 26-7-1988 y 13-2-1991 entre otras muchas).

6.- Cuanto antecede determina la estimación del recurso, la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda confirmando la procedencia del despido operado por la empresa.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la mercantil RESTAURANTE MENTIDERO DE LA VILLA S.L. debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y desestimando la demanda, declaramos la procedencia del despido de la trabajadora D^a Beatriz . Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir, dándose a la consignación el destino legal. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.



Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 n° recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos n° 35, 28010 de Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF / CIF de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento: 2826000000(n° recurso).

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el ,por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.