



Roj: **STSJ M 3353/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:3353**

Id Cendoj: **28079340012018100304**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/04/2018**

Nº de Recurso: **1286/2017**

Nº de Resolución: **316/2018**

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

34002650

**NIG** : 28.079.00.4-2016/0048115

**Recurso número: 1286/17**

**Sentencia número: 316/18**

Gi.

**Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS**

**Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ**

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a SEIS DE ABRIL DE DOS MIL DIECIOCHO, 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 la/los Ilma/os. Sra/es. 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

### **SENTENCIA**

En el recurso de suplicación número 1286/17, formalizado por el Sr. Letrado D. MIGUEL ANTON BRAVO, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Emilia contra la sentencia de fecha 9 de mayo de 2.017, dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de MADRID , en sus autos número 1058/16, seguidos a instancia de la citada parte recurrente frente a URBASER SA e IMESAPI SA UTE y UTE ACCIONA PARQUES HISTORICOS DE ESPAÑA, siendo parte también el MINISTERIO FISCAL, en materia de DESPIDO con vulneración de derechos fundamentales, siendo Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ROSARIO GARCÍA ÁLVAREZ, 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 probados:

PRIMERO.- La demandante DOÑA Emilia con NIE nº NUM000 , presta servicios para la empresa UTE ACCIONA PARQUES HISTORICOS (integrada por ACCIONA MEDIOAMBIENTE SAU y ACCIONA AGUA SA), tras subrogación el 16.01.2014 en la contratación indefinida mantenida con la anterior UTE constituida por IMESAPI SA y URBASER SA, teniendo la trabajadora reconocida la antigüedad de 13.03.2009, la categoría de auxiliar de jardinería y salario de 1.613,47 euros mensuales con inclusión de las partes proporcionales de las pagas extraordinarias.

(Folio nº 9 a 11 y 36 de autos).

SEGUNDO.- UTE ACCIONA PARQUES HISTORICOS el día 30-09-2016 comunica a la trabajadora mediante carta de igual fecha y efectos el despido disciplinario, alegando el art 26.3 del convenio colectivo estatal de jardinería y:

"...la continua y progresiva disminución de su rendimiento que venimos observando en su trabajo desde el inicio de su prestación de servicios.....seguidamente le exponemos los hechos.....la Dirección ha venido advirtiendo en las últimas fechas una creciente dejación y falta de motivación en las funciones por usted desarrolladas.....lo que ha provocado que su rendimiento fuera disminuyendo.....sus funciones eran acordes.....con su categoría. Sin embargo, en los últimos tiempos ha estado demostrando una ausencia de voluntad y una pasividad total.....etc."

(Folio nº 12 de autos).

TERCERO.- Desde la subrogación de la demandante en la actual empleadora constan las siguientes situaciones de baja médica:

-de 10.03.2015 a 10.04.2015 por enfermedad común

-de 13.07.2015 a 30.07.2015 por enfermedad común

-28.09.2015 a 11.12.2015 por accidente laboral.

Mutual Prevención emite Informe en fecha 26.08.2015 indicando en referencia a la demandante que es "Apta con limitaciones" y en comentarios: "Recomendamos evitar tareas que impliquen levantar o sostener pesos superiores a 5 Kg. Así como aquellas que supongan movimientos posturales de flexión del tronco de manera continuada y/o repetitiva, por lo que aconsejamos la utilización de pinza para la recogida de residuos y enseres".

En igual sentido consta Informe emitido el 24.08.2015 por la Fundación Jiménez Díaz

(Folios nº 39, 42 a 53 de autos)

CUARTO.- La demandante no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de miembro de comité de empresa ni de delegada sindical.

QUINTO.- La trabajadora presentó papeleta en solicitud de conciliación el día 27.10.2016, celebrándose el intento conciliatorio previo el 16.11.2016.

(Folio nº 13 de autos).

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

"Estimando en parte la demanda interpuesta por DOÑA Emilia frente a la empresa UTE ACCIONA PARQUES HISTORICOS (integrada por ACCIONA MEDIOAMBIENTE SAU y ACCIONA AGUA SA), estando emplazado el Ministerio Fiscal declaro la improcedencia del despido efectuado el día 30.09.2016, y por tanto, condeno a la empresa a optar entre readmitir a la trabajadora con las mismas circunstancias que tenía previas al despido, o bien, a abonar 15.184,41 euros en concepto de indemnización.

Se advierte a la demandada que la opción debe efectuarla, mediante escrito o por comparecencia ante la oficina del juzgado dentro de los CINCO DÍAS siguientes hábiles a la fecha de notificación de sentencia, y que caso de no hacer manifestación alguna, se entenderá realizada a favor de la readmisión.

Absuelvo de la presente demanda de Despido a URBASER SA y a la empresa IMESAPI SA."



**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ACTORA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por UTE ACCIONA PARQUES HISTORICOS.

**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 6 de noviembre de 2.017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 21 de marzo de 2.018, señalándose el día 4 de abril de 2.018 para los actos de votación y fallo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La sentencia de instancia ha desestimado la pretensión de nulidad del despido examinado al considerar que no se ha aportado indicio alguno de lesión de derecho fundamental, que la demandante consideraba producido al alegar que su despido tenía como única causa su estado de salud. Una vez rechazada la petición de nulidad, la juzgadora ha estimado la demanda en su petición subsidiaria (declaración de improcedencia) fundada en las imprecisiones de la carta de despido en relación con la causa alegada (disminución de rendimiento).

2.- Disconforme con el pronunciamiento de instancia, recurre la trabajadora en suplicación que articula de la siguiente forma: 1) los dos primeros motivos, se destinan a solicitar la nulidad de actuaciones; 2) los tres siguientes, a revisar los hechos probados; y 3) el sexto y último, a denunciar las infracciones jurídicas que estima cometidas con el objeto de reiterar la pretensión de nulidad del despido.

### **SEGUNDO.- Petición de nulidad de actuaciones, art. 193.a) LRJS .**

3.- En el **primer motivo** , se alega la infracción de lo establecido en el art. 97 de la LRJS al considerar que la sentencia de instancia no ha reflejado de forma suficiente los hechos objetos de debate. Esta insuficiencia la sustenta en que no se entra a valorar las alegaciones y documentos aportados por dicha parte en relación a las circunstancias invalidantes que sufre la trabajadora que alega han sido probadas. De esta sola afirmación ya se aprecia la incorrección técnica del motivo porque lo que se denuncia no es una infracción procesal determinante de indefensión sino, por el contrario, una pretensión de valoración de prueba de tal forma que se desplace a favor de la parte una tarea, la de valoración de prueba, que es privativa de jueces y tribunales ( art. 117 CE ).

4.- A tal efecto, y desde otro punto de vista, no está de más recordar la STS de 11 de noviembre de 2009, rec. 38/2008 , cuando con cita de las de 30 de octubre y 19 de noviembre de 1991 , recuerda que la nulidad de la sentencia por insuficiencia del relato de hechos probados es un remedio excepcional que solo es posible utilizar cuando no es posible acudir a la vía menos lesiva de revisión de los hechos probados a fin de corregir los errores de valoración y las omisiones en que haya incurrido la resolución impugnada. Por consiguiente, si la recurrente considera que hay omisiones, tiene expedita la vía del apartado b) del art. 193 de la LRJS , que de hecho utiliza.

5.- Tampoco puede prosperar el **motivo segundo** en el que se alega la infracción del art. 96.1 de la LRJS porque de nuevo incide la parte en una cuestión valorativa. En efecto, considera la recurrente que existe un claro indicio de lesión de un derecho fundamental (discriminación por razón de discapacidad) de tal forma que aportado el indicio, debe invertirse la carga de la prueba que, no destruida, determinaría la declaración de nulidad.

6.- La obtención de un indicio o la conclusión de que existe es cuestión que compete al juez de instancia desde el mismo momento en que es el resultado de un proceso de valoración de prueba. Por ello, si la juzgadora de instancia en un extenso fundamento segundo llega a la conclusión de que no hay un principio de prueba del que deducir de forma razonable una potencial lesión de un derecho fundamental (indicio), lo que razona de forma detallada no solo citando la doctrina jurisprudencial sino acudiendo a extremos fácticos concretos (página 5 de su sentencia) y valorando de forma expresa el informe de Mutual Prevención, ni la Sala de Suplicación ni desde luego la parte pueden suplir su criterio pues solo a ella corresponde valorar la prueba y extraer las conclusiones.

7.- Al efecto debemos recordar que la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la suplicación mediante un soporte adecuado, bien por la existencia de un error patente o por arbitrariedad en la valoración de la prueba, bien por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador y, en tales casos, habrá de hacerse al amparo del artículo 193.a) LJS en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba no supera, conforme a la doctrina constitucional,



el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE . En defecto de todo ello, como aquí claramente acontece pues la valoración de la juez en modo alguno puede tildarse de arbitraria o ilógica, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de esta Sala.

#### **TERCERO.- Revisión de los hechos probados, art. 193.b) LRJS .**

8.- En el **motivo tercero** se solicita la modificación del hecho probado segundo para que se incluya en el mismo la totalidad del contenido de la carta de despido o, al menos, las partes que a la recurrente interesan. Obviamente no prospera porque también con la misma obviedad la carta de despido forma parte íntegra del hecho, aunque la juez en la redacción de su sentencia decida que solo transcribe determinados párrafos. Por lo demás la sola petición pone de manifiesto la defectuosa técnica procesal: no hay denuncia de un error, porque ni siquiera se invoca, y sí una petición de cambiar la redacción judicial por la de parte que se considera más acertada y en línea con los propios intereses.

9.- Se solicita en el **cuarto motivo** de recurso la revisión del hecho tercero, para que se adicione que en el folio 43 de autos obra un informe de 28 de abril de 2016 emitido por MC Previsión en el que se recogen las siguiente apreciaciones: *Apta con limitaciones, y en comentarios "recomendamos evitar tareas que impliquen levantar o sostener pesos superiores a 5 kg. Así como aquellas que supongan movimientos posturales de flexión del tronco de manera continuada y/o repetitiva, por lo que aconsejamos la utilización de pinza para la recogida de residuos y enseres.*

10.- El hecho probado tercero reseña los folios 39 y 42 a 53 de las actuaciones, dentro de los cuales se encuentra el que se cita por la recurrente como soporte de su solicitud. En consecuencia, su íntegro contenido forma parte del hecho por la vía de la remisión y, también como consecuencia, si no hay denuncia de un error incluso por omisión de dato relevante con potencial trascendencia al Fallo, una solicitud centrada en cambiar la redacción judicial por la de parte porque se considera más armónica con los personales intereses, no puede ser aceptada. En cualquier caso, el hecho de que la situación médica de la demandante persista en el momento del despido y de que exista una recomendación de utilizar pinza para la recogida de residuos y enseres no trasciende al Fallo en la forma que pretende la parte si, como se aprecia, la sentencia valora esta circunstancia en el primer párrafo de su página 5.

11.- El **quinto motivo** de recurso, último de los destinados a la revisión fáctica, se centra en el ordinal quinto. Su objeto no es otro que especificar que la empresa no compareció al acto de conciliación ante el SMAC. No hay denuncia de un error judicial, el acto pre procesal obra en las actuaciones con reseña en el ordinal del folio concreto. El dato, aún siendo cierto, es de todo punto irrelevante a los efectos de la suplicación.

#### **CUARTO.- Infracciones de derecho, art. 193.c) LRJS .**

12.- El **sexto motivo** se centra en la censura jurídica por infracción del art. 55.5 del ET en relación con los arts. 14 y 15 CE . Reitera aquí la demandante su argumentación esencial: el despido tiene como causa su estado de enfermedad asimilable por sus características a una discapacidad en la forma y requisitos definidos por la STJUE de 1 de diciembre de 2016.

13.- Los datos fácticos de la sentencia constituyen la premisa de la que ineludiblemente debe partir la Sala al realizar la actividad de suplicación encomendada. En este sentido es dato esencial la importante separación cronológica que existe entre la finalización del último período de i.t. (11 de diciembre de 2015) y la fecha del despido (30 de septiembre de 2016), sin solicitud de cambio de puesto de trabajo ni prueba alguna de cómo desempeñaba la demandante sus tareas, de qué tipo le eran encomendadas o de las limitaciones que al efecto pudiera presentar. Desde esta premisa no puede afirmarse que en la fecha del despido (STJUE **Daouidi** 1 diciembre 2016) existieran indicios probados de una "incapacidad duradera" en el estado de la trabajadora al tiempo en que el empresario toma la decisión de despedir pues, como afirma la sentencia, ni siquiera estaba en situación de baja médica. A ello debe añadirse otro elemento: las dos bajas del 2015 por enfermedad común no son largas (un mes y diecisiete días respectivamente), y la tercera lo es por accidente laboral que no guarda relación con la enfermedad que ahora se alega. En consecuencia, y a la vista de los elementos fácticos de la resolución de instancia, no se aprecian datos que hagan ver el carácter duradero de la limitación de la capacidad de la demandante por aquellas bajas ni cabe inferir que fuese previsible la limitación.

14.- Por otro lado, debe recordarse que es preciso valorar la situación justo al tiempo del despido según la TJUE **Daouidi** y tal como nos las describe la juez de instancia. Desde esta estricta perspectiva, el razonamiento y la conclusión a que llega la juzgadora en su fundamento segundo son correctos: no existe indicio alguno que permita concluir la realidad de la lesión del derecho fundamental invocado a lo que ahora añadimos que tampoco puede deducirse de la mención que en la carta se hace a los "constantes problemas e impedimentos a sus superiores jerárquicos para la ejecución de cualquier tarea" planteados por la trabajadora al no existir



dato alguno en los hechos que acredite esos problemas e impedimentos y su relación con su estado físico o enfermedad.

15.- En resumen, la corta duración de las bajas médicas por enfermedad común e incluso de la derivada de accidente laboral y su notable separación del acto de despido (casi diez meses) junto a la ausencia de cualesquiera otros elementos que pudieran jugar como indicio a la fecha de la decisión empresarial, nos lleva a compartir el criterio de la sentencia de instancia y a mantener la decisión de improcedencia acordada por la juez.

16.- No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el artículo 235.1 LRJS es sólo la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.

17.- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina en los términos previstos en el artículo 218 LRJS

## FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado contra la sentencia de instancia, que se confirma en su integridad. 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 2826000000128617 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, 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 número 2826000000128617.

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, devuélvanse 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.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los



finés propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ