



Roj: **STSJ LR 254/2023 - ECLI:ES:TSJLR:2023:254**

Id Cendoj: **26089340012023100081**

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

Sede: **Logroño**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2023**

Nº de Recurso: **59/2023**

Nº de Resolución: **91/2023**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA JOSE MUÑOZ HURTADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.LA RIOJA SALA SOCIAL**

**LOGROÑO**

**SENTENCIA: 00091/2023**

C/ MARQUES DE MURRIETA 45-47 **Tfno:** 941 296 421 **Fax:** 941 296 597

**Correo electrónico:** saladelosocial.tsj@larioja.org

**NIG:** 26089 44 4 2022 0000608 Equipo/usuario: MRP Modelo: 402250

**RSU RECURSO SUPLICACION 0000059 /2023**

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000200 /2022

Sobre: DESPIDO OBJETIVO

**RECURRENTE:** Dña. Marta

**ABOGADO:** LUIS ANGEL PEREZ BARTOLOME

**PROCURADORA:** MARINA LOPEZ-TARAZONA ARENAS

**RECURRIDOS:** MINISTERIO FISCAL, FONDO DE GARANTIA SALARIAL , Zaira

**ABOGADOS:**, LETRADO DE FOGASA , PEDRO MARIA PRUSEN DE BLAS

**Sent. Nº 91/2023**

Rec. 59/2023

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> José Muñoz Hurtado:

Presidenta.

Ilmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares.

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Mercedes Oliver Albuerne.

En Logroño, a veintiséis de julio de dos mil veintitrés.

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

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de Suplicación nº 59/2023 interpuesto por D<sup>a</sup>. Marta , asistida del Abogado D. Luis Ángel Pérez Bartolomé y representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Marina López-Tarazona Arenas, contra la SENTENCIA nº



56/2023 del Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño, de fecha 22 de marzo de 2023, siendo recurridos la empresa Zaira , asistida de Letrado D. Pedro María Prusén de Blas, con intervención del MINISTERIO FISCAL y del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; actuando como **PONENTE LA ILMA. SRA. DOÑA MARIA JOSE MUÑOZ HURTADO.**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- Según consta en autos, por D<sup>a</sup>. Marta , se presentó demanda ante el Juzgado de lo Social número 2 de Logroño, contra la empresa Zaira , con intervención del MINISTERIO FISCAL y del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en reclamación por DESPIDO con vulneración de derechos fundamentales.

**SEGUNDO** .- Celebrado el correspondiente juicio, con fecha 22 de marzo de 2023 recayó sentencia cuyos hechos probados y fallo son del siguiente tenor literal:

"HECHOS PROBADOS:

**PRIMERO** .- La demandante ha prestado servicios para la empresa demandada con una antigüedad de 24 de agosto de 2009, categoría profesional de esteticien, grupo II, con un salario bruto diario con inclusión de la parte proporcional de pagas extras, en virtud de contrato indefinido a jornada completa, sin ostentar la condición de representante legal de los trabajadores, rigiéndose la relación laboral por el convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios.

**SEGUNDO**.- La trabajadora ha estado afecta inicialmente desde el 14 de marzo de 2020 a un ERTE de suspensión de contrato que posteriormente y posteriormente de reducción de jornada al 50%, pasando a prestar servicios la actora en dicho periodos todos los días que le correspondían por calendario pero a media jornada, concretamente.

Por parte del SEPE se han certificado los siguientes periodos y circunstancias:

- Prestación por desempleo ERTE - COVID con fecha de Inicio 14/03/2020, con una Base reguladora de 36.46€, una Media ponderada de 100% y sin reducción.

Periodo percibido (60 días): Del 14/03/2020 al 13/05/2020 (60 días)

- Prestación por desempleo ERTE - COVID con fecha de inicio 14/05/2020, con una Base reguladora de 36.46€, una Media ponderada de 100% y reducción del 50%.

Periodo percibido (137 días): Del 14/05/2020 al 30/09/2020

- Prestación por desempleo ERTE - COVID con fecha de inicio 01/10/2020, con una Base reguladora de 36.46€, una Media ponderada de 100% y sin reducción.

Periodo percibido (163 días):

Del 1/10/2020 al 15/10/2020 (15 días)

Del 1/11/2020 al 15/11/2020 (15 días)

Del 1/12/2020 al 15/12/2020 (15 días)

Del 12/01/2021 al 30/01/2021 (19 días)

Del 01/02/2021 al 24/02/2021 (24 días)

Del 01/03/2021 al 15/03/2021(15 días)

Del 01/04/2021 al 15/04/2021(15 días)

Del 01/05/2021 al 15/05/2021(15 días)

Del 01/06/2021 al 15/06/2021(15 días)

Del 01/07/2021 al 15/07/2021(15 días)

Del 01/08/2021 al 15/08/2021(15 días)

Del 01/09/2021 al 15/09/2021(15 días)

Del 01/10/2021 al 16/10/2021(16 días)

- Prestación por desempleo ERTE - COVID con fecha de inicio 01/11/2021, con una Base reguladora de 36.46€, una Media ponderada de 100% y sin reducción.

Periodo percibido (56 días):



Del 1/11/2021 al 15/11/2021 (15 días)

Del 1/12/2021 al 16/12/2021 (16 días)

Del 1/01/2022 al 11/01/2022 (11 días)

Del 1/02/2022 al 14/02/2022 (14 días)

**TERCERO.**- Con fecha 28 de febrero de 2022 la empresa comunicó a la trabajadora su despido disciplinario con efectos del mismo día en los siguientes términos:

*Por medio de la presente, la Dirección le notifica la decisión de proceder a su despido disciplinario por la comisión de una falta laboral de carácter muy graves.*

*Los hechos que motivan tal decisión sancionadora son los siguientes:*

*Finalizadas, con fecha 31 de enero de 2022, las actuaciones investigadoras que esta empleadora encargó a una Agencia especializada, se ha constatado que Usted ha estado trabajando para otra empresa del ámbito funcional de nuestro sector, todo ello sin autorización escrita de esta parte, tal y como procedemos a detallar a continuación.*

*El pasado 20 de diciembre de 2021, a las 19 horas, se encontraba prestando labores en el centro de trabajo perteneciente a doña Elisenda, con nombre comercial "Macoe Beauty", situado en Lardero, en avenida de San Pedro, 3; siendo la única empleada ejerciendo todo tipo de tareas y cometidos.*

*A la vez, a las 21:13 horas, se le observó cerrando el establecimiento.*

*El día 21 de diciembre de 2021, sobre las 19 horas, de nuevo estaba prestando funciones laborales en el lugar de trabajo anteriormente señalado, y, al igual que en día previo, era la única trabajadora existente en el local.*

*Asimismo, Usted era la encargada de atender a los clientes y usuarios del establecimiento, siendo al parecer la responsable de ello. Es más, a las 19:38 horas, se encontraba atendiendo una cliente, y, posteriormente, a un nuevo usuario, dándoles los oportunos servicios, además recoger los datos para posterior reserva de las oportunas citas.*

*Finalmente, en torno a las 20:55 horas, procedió a cerrar el local, dando por terminada su jornada de trabajo.*

*Al día siguiente, 22 de diciembre de 2021, Usted permaneció ejerciendo funciones de trabajo en el local de "Macoe Beauty", de Lardero, desde las 14:02 horas hasta las 19:45 horas; e igual que en días previos se encontraba sola al frente del negocio.*

*También, era la encargada de atender las llamadas telefónicas. De hecho, se efectuó la debida comunicación, alrededor de las 19:37 horas, atendiendo Usted directamente y de forma personal el teléfono de "Macoe Beauty".*

*El día 23 de diciembre de 2021, sobre las 16 horas de la tarde, de nuevo se le observó el ejercicio de desempeños en el mismo centro de la empresaria doña Elisenda, situado en Lardero (La Rioja), encontrándose Usted en el interior desarrollando los tratamientos correspondientes, sumado a la atención al público en el mostrador del local, así como de las llamadas telefónicas.*

*A las 20:56 horas de la referida jornada, se marchó la última cliente del centro de empleo, y, seguidamente, en torno a las 21:13 horas, procedió al cierre del establecimiento, disponiendo de llaves para ello.*

*De lo indicado, se desprende que Usted ha estado ejerciendo labores en otro centro de empleo sin autorización escrita de su empleadora ( Zaira ) a la que pertenece, desarrollando de tal manera trabajos por cuenta propia o ajena en otra empresa del ámbito funcional del Convenio de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, transgrediéndose la buena fe que ha de regir las relaciones de trabajo entre partes.*

*A la vez, teniendo presente la reiteración de los acontecimientos descritos, al haber sido desarrollados durante varios días y sin permiso alguno, hacen que la decisión que se adopta sea proporcionada a la gravedad de los hechos averiguados, no siendo de recibo conductas como la suya, lo que nos obliga a adoptar de presente decisión.*

*Los indicados hechos son constitutivos de una falta laboral de carácter muy grave consistente en "el trabajo por cuenta propia o para otra empresa del ámbito funcional del Convenio, sin autorización escrita de aquella a que pertenece", prevista y tipificada en el artículo 35.4 del Convenio Colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios (B.O.E. núm.- 167, de 11 de julio de 2018), merecedores de la sanción de despido que se le impone.*

*La fecha de efectos del presente despido es la de la recepción de esta comunicación, es decir 28 de febrero de 2022, teniendo a su disposición la correspondiente liquidación de su contrato.*



*Debe firmar el recibí de esta carta, que no supone por su parte conformidad con su contenido. En caso contrario, se le remitirá a su domicilio mediante burofax y aviso de recibo. Previamente la firmarán dos testigos como prueba de que se intenta efectuar su entrega"*

**CUARTO.-** La empresa demandada encargó a la empresa de detectives Alcas IC, la elaboración de un seguimiento de la trabajadora demandante, al tener la empresaria, por indicación de una clienta, de que la demandante estaba desarrollando actividad profesional como esteticien en otra empresa en la localidad de Lardero.

El seguimiento de la trabajadora se desarrolló los días 20, 21, 22 y 23 de diciembre de 2021 y 3, 21 y 31 de enero de 2022. El informe es emitido el 31 de enero de 2022.

El detective constato los siguientes hechos:

El 20 de diciembre de 2021, a las 19 horas, la demandante estuvo prestando labores en el centro de trabajo perteneciente a doña Elisenda , con nombre comercial "Maoe Beauty", situado en Lardero, en avenida de San Pedro, 3; siendo la única empleada ejerciendo todo tipo de tareas y cometidos, estuvo cobrando a clientas y utilizando productos de la empresa con ella. La demandante cerró el establecimiento a las 21.13 horas de ese día.

El día 21 de diciembre de 2021, sobre las 19 horas, la trabajadora estaba nuevamente en el mismo local presentado servicios de esteticien, atendiendo a los clientes que acudían al centro cerrando el local a las 20.55 horas.

Al día siguiente, 22 de diciembre de 2021, la trabajadora demandante ejerciendo funciones de trabajo en el local de "Maoe Beauty", de Lardero, desde las 14:02 horas hasta las 19:45 horas; e igual que en días previos se encontraba sola al frente del negocio.

El día 23 de diciembre de 2021, sobre las 16 horas de la tarde, de nuevo estuvo trabajado en el mismo centro de la empresaria doña Elisenda , situado en Lardero (La Rioja), desarrollando los tratamientos correspondientes, sumado a la atención al público en el mostrador del local, así como de las llamadas telefónicas, cerrando el establecimiento a las 21.13 horas.

El resto de días del seguimiento 3, 21 y 31 de enero de 2022 la demandante no acudió a ese centro de trabajo.

**QUINTO.-** La titular del establecimiento "Maoe Beauty", de Lardero, doña Elisenda estuvo en situación de incapacidad temporal en fecha 14 de diciembre de 2021 por infección por coronavirus.

**SEXTO.-** La demandante no consta de alta en Seguridad Social para la empresa doña Elisenda en los días 20 a 23 de diciembre de 2022.

Si consta de alta en Seguridad Social para dicha empresaria del 22 de junio al 31 de octubre de 2021 con contrato temporal a tiempo parcial porcentaje de jornada de 10,3%, actividad no comunicada a la empresa demandada sin que esta tuviera conocimiento de la misma.

**SÉPTIMO.-** La trabajadora constante la relación laboral con la empresaria doña Zaira recibió formación con cargo a la empresa, en concreto los siguientes cursos:

- masaje balnés, técnicas tradicionales de Indonesia 100 horas de formación a distancia.
- auditoria y protección de datos en la empresa 100 horas de formación a distancia.
- tratamientos corporales orientales masaje envolturas y exfoliantes 100 horas a distancia.
- lipomassage y endermolift presencial 1 día de formación.
- curso teórico práctico de Laser de Diodo con el equipo Flaxh x press.
- Diagnóstico, evaluación y protocolización de las lipodistrofias a nivel corporal y facial, curso teórico práctico en Zaragoza.
- curso teórico práctico Endermologie rostro, presencial.
- curso Endermologie cuerpo curso teórico práctico, presencial.

**OCTAVO.-** En fecha indeterminada de febrero del año 2022, previa al despido, la trabajadora demandante se reunió con el esposo de la empresaria don Florentino , que colabora con su mujer en la gestión del negocio. En esa reunión la trabajadora solicitó aclaración respecto del cómputo de horas, reclamó la entrega de calendario y mostró su disconformidad con las vacaciones entendiendo la actora que le debían vacaciones. El Sr. Florentino le manifestó que iba a consultar el tema de las vacaciones con su asesor y que si se las tenía que reconocer se lo reconocía y le indicó que acudiera a su propia asesora a informarse.



**NOVENO.-** En fecha 13 de marzo de 2022 se instó expediente de conciliación previo a la vía judicial celebrándose el acto el 22 de marzo de 2022 con el resultado de sin avenencia.

**F A L L O:** DESESTIMO la demanda presentada por doña Marta contra la empresa Zaira , con intervención del MINISTERIO FISCAL y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, en consecuencia declaro procedente el despido de la actora ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra."

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por D<sup>a</sup>. Marta , siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente para su examen y resolución.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social nº 2 dictó sentencia desestimatoria de la demanda de despido interpuesta por la Sra. Marta , impugnando la extinción contractual por razones disciplinarias de que fue objeto, con efectos al 28/02/22, interesando su calificación como nula, por lesiva de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la garantía de indemnidad, acumulando a dicha acción la de tutela resarcitoria en cuantía de 20.200 €, y, subsidiariamente como improcedente, por la que la medida extintiva se calificó como procedente.

Disintiendo del pronunciamiento de la anterior resolución, la trabajadora recurre en suplicación, formalizando tres motivos de revisión fáctica, canalizados a través del apartado b del Art. 193 LRJS, con objeto de modificar los hechos probados primero, octavo, y cuarto, y, otros tres destinados al examen del derecho aplicado, en los que, por la vía del apartado c del mismo precepto de la ley de trámites, acusa las siguientes infracciones normativas:

- Contravención del Art. 53 CE, en relación con los Arts. 5. d, 21 y 54.2.d ET, así como con los Arts. 35.4 y 36 CCo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, y con el Art. 105.2 LRJS.
- Conculcación del Art. 60 ET y jurisprudencia que lo interpreta, en relación con los Arts. 35.4 y 37 de la norma colectiva sectorial.
- Vulneración del Art. 24 CE, en conexión con el Art. 54.2.d ET, y con los Arts. 22, 23 y 24 del orden convencional de aplicación.

La empresa demandada se ha opuesto al recurso.

**SEGUNDO.-A)** En cuanto a los motivos de revisión fáctica con fundamento en el apartado b) del artículo 193 LRJS (Ley 36/11), que constituye reproducción literal del Art. 191.b LPL, la Jurisprudencia relativa a los requisitos que han de darse para la procedencia de la reforma de los hechos probados en el recurso de casación ( SSTS 23/04/12, Rec. 52/11 y 26/09/11, Rec. 217/10), cuya doctrina resulta aplicable al de suplicación, dado su carácter extraordinario y casi casacional ( STC 105/08, 218/06, 230/00), subordina su prosperabilidad al cumplimiento de los siguientes requisitos:

**a)** Indicar el hecho expresado u omitido que el recurrente estime equivocado, siendo posible atacar la convicción judicial alcanzada mediante presunciones, si bien para ello resulta obligado impugnar no solo el hecho indiciario de la presunción judicial sino también el razonamiento de inferencia o enlace lógico entre el mismo y el hecho presunto ( STS 16/04/04, RJ 2004\3694 y 23/12/10, Rec. 4.380/09).

Debe tratarse de hechos probados en cuanto tales no teniendo tal consideración las simples valoraciones o apreciaciones jurídicas contenidas en el factum predeterminantes del fallo, las cuales han de tenerse por no puestas ( STS 30/06/08, RJ 138/07), ni tampoco las normas jurídicas, condición de la que participan los convenios colectivos, cuyo contenido no debe formar parte del relato fáctico ( SSTS 22/12/11, Rec. 216/10).

**b)** Citar concretamente la prueba documental o pericial que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera evidente, manifiesta y clara, sin que sean admisibles a tal fin, las meras hipótesis, disquisiciones o razonamientos jurídicos.

**c)** Al estar concebido el procedimiento laboral como un proceso de instancia única, la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud únicamente al juzgador de instancia, por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica, de ahí que la revisión de sus conclusiones únicamente resulte viable cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de medios de prueba hábiles a tal fin que obren en autos, no siendo posible que el Tribunal ad quem pueda realizar un nueva valoración de la prueba, por lo que, debe rechazarse la existencia de error de hecho, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden



primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes.

Como consecuencia de ello, ante la existencia de dictámenes periciales contradictorios, ha de aceptarse normalmente el que haya servido de base a la resolución que se recurre, pues el órgano de instancia podía optar conforme al artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el que estimara más conveniente y le ofreciera mayor credibilidad, sin que contra la apreciación conjunta de la prueba quepa la consideración aislada de alguno de sus elementos y solo pudiendo rectificarse aquel criterio por vía de recurso si el dictamen que se opone tiene mayor fuerza de convicción o rigor científico que el que ha servido de base a la resolución recurrida.

**d)** El contenido del documento a través del que se pretende evidenciar el error en la valoración de la prueba por parte del Juzgador de instancia no puede ser contradicho por otros medios de prueba y ha de ser literosuficiente o poner de manifiesto el error de forma directa, clara y concluyente.

Además, ha de ser identificado de forma precisa concretando la parte del mismo que evidencie el error de hecho que se pretende revisar, requisito este último que se menciona de manera expresa en el Art. 196.3 LRJS al exigir que en el escrito de formalización del recurso habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados el concreto documento o pericia en que se base el motivo.

**e)** Fijar de modo preciso el sentido o forma en el que el error debe ser rectificado requiriendo expresamente el apartado 3 del Art. 196 LRJS que se indique la formulación alternativa que se pretende.

**f)** Que la rectificación, adición o supresión sean trascendentes al fallo es decir que tengan influencia en la variación del signo del pronunciamiento de la sentencia recurrida.

**g)** La mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho.

**B) 1.- a)** Para el hecho probado primero se nos pide que cambiemos la antigüedad que en él se reseña por la de 15/05/19.

**b)** Aunque en puridad lo que se insta no es la corrección de un error fáctico fruto de un error en la valoración de la prueba, sino la rectificación de un mero error material de transcripción, ningún inconveniente existe para su enmienda, pues, conforme al Art. 267 LOPJ, los errores materiales manifiestos son susceptibles de ser rectificadas en cualquier momento, incluso por el Tribunal ad quem al resolver un recurso extraordinario, tal y como ha resuelto el TS en Sentencias de 20/02/07, RJ 3168 y 17/11/97, RJ 8314, siendo, por lo demás, dicha solución la más acorde con el principio de celeridad que impera en el proceso laboral ( Art. 74.1 LRJS; STC 48/95).

**2.- a)** El inciso que se quiere intercalar en el primer párrafo del ordinal octavo, entre las expresiones "previa al despido" y "la trabajadora", dice así " y casi con cierta inmediatez anterior a este de días previos".

**b)** La ampliación propugnada no puede alcanzar éxito, por cuanto, no solo no se cita medio de prueba con virtualidad revisora que evidencie de manera concluyente los datos que se mencionan, que además de incluir un juicio valorativo carente de cabida en la probanza, no añaden ninguna información relevante para alterar el sentido del fallo de la sentencia recurrida adicional a los que la misma incorpora, ya que consta con claro valor fáctico en el cuarto fundamento de derecho que esa conversación tuvo lugar días antes del despido.

Adicionalmente a lo anterior, debemos advertir que, en el caso de que lo que se intenta adicionar tuviera la naturaleza de hechos conformes, no sería necesario incorporarlos al relato judicial para que la Sala pudiera tenerlos en cuenta al resolver el recurso ( SSTS 6/06/12, Rec. 166/11; 30/09/10, Rec. 186/09).

**3.- a)** Para los párrafos primero y segundo del hecho probado cuarto, se propone el siguiente texto alternativo:

*"La empresa demandada encargó a la empresa de detectives Alcas IC la elaboración de un seguimiento de la trabajadora demandante, **para verificar y acreditar si durante el periodo de ERTE en el que se encuentra inmersa, realiza algún tipo de actividad laboral ajena a la habitual, al tener la empresaria, por indicación de una cliente, previo y cierto conocimiento, de que la demandante estaba desarrollando actividad profesional como estetician en otra empresa de la localidad de Lardero. El seguimiento de la trabajadora se desarrolló los días 20, 21, 22 y 23 de diciembre de 2021, acudiendo el detective privado al domicilio de la empresa demandada Peluquería Ojeda, sito en C/Huesca nº 67 de Logroño, y desde allí, haciendo seguimiento a la trabajadora hasta su domicilio en AVENIDA000 nº NUM000 , y después acudiendo directamente al centro Macoe Beauty de Lardero.***

*Los días 20, 21, 22 y 23 de diciembre de 2021, que se observó la presencia en citado centro D<sup>a</sup> Marta estaba sola, y no daba citas por cuanto la gerente no estaba en el establecimiento, dado que su otra empleada estaba*



**de baja por infección debida a coronavirus desde el 14 de diciembre de 2021 y ella se recluyó en cuarentena para no contagiar a los clientes ya citados.**

*Siguiendo instrucciones del cliente, D<sup>a</sup> Zaira, el informe es emitido el 31 de enero de 2022.*

**b)** Esta revisión fáctica, cuya finalidad es enriquecer la redacción original con lo remarcado en negrita, no puede merecer favorable acogida, ya que la prueba testifical carece de cualquier virtualidad para cambiar los hechos probados en suplicación ( Art. 193.b LRJS ; SSTS 13/09/16, Rec. 212/15 ; 12/09/16, Rec. 42/15 ), siendo tal la naturaleza predicable de los informes de los detectives privados ratificados por su autor en el juicio oral ( Art. 265.1.5º LEC , SSTS 15/10/04, Rec. 1654/13 ; 24/02/92, Rec. 1059/91).

Por otro lado, el parte de baja obrante al descriptor 140, lo único que evidencia de manera concluyente es que, tal y como consta en el hecho probado quinto, la Sra. Elisenda estuvo de baja médica el 14/12/21.

**TERCERO.-** Descendiendo ya al examen de las infracciones normativas denunciadas, nos apartaremos del orden propuesto por el recurrente comenzando por la última de ellas, referida a la falta de apreciación de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su faceta de la garantía de indemnidad, pues dicha problemática debe ser objeto de un análisis prioritario respecto a cualquier otra vinculada con la simple legalidad ordinaria ( SSTS 17/07/13, Rec. 2350/12; 11/02/20, Rec. 4043/17).

**CUARTO.-** La instancia, ha rechazado la calificación del despido en liza como nulo por lesivo de la garantía de indemnidad, considerando que, no obstante haber aportado la trabajadora indicios de que la extinción de su contrato de trabajo tiene vinculación con las reclamaciones verbales realizadas unos días antes en relación a las vacaciones, el cómputo de jornada y la entrega del calendario laboral, la prueba practicada a instancias de la empresa ha neutralizado dicho panorama indiciario pues, por un lado, la decisión de contratar a un detective para investigar la conducta irregular de la demandante se había tomado antes de dicha reivindicación, y, por otro, los hechos imputados en la comunicación extintiva han quedado demostrados y son constitutivos de una infracción laboral muy grave sancionable con el despido.

Con cita de abundante doctrina judicial, la recurrente refuta dicha decisión y el razonamiento que la sustenta, y defiende la nulidad del despido y el derecho a la correspondiente indemnización por los daños morales inherentes a la lesión del derecho fundamental en cuantía de 20.230 €, argumentando que los hechos imputados y probados no tienen encaje en el tipo infractor muy grave origen del despido, o, al menos dicha sanción resulta a todas luces desproporcionada, además de que su implementación no se produce hasta días después de formular la reclamación, pese a que hacía casi un mes que se tenía conocimiento de la conducta que se tilda de infractora.

**A) 1.-** Cuando se invoca la lesión de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, desde la STC 38/81, copiosa y unánime doctrina constitucional, de la que son muestra, entre otras muchas, sus sentencias 31/14, 140/14, 183/15 y 203/05, ha establecido los siguientes criterios respecto a las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba, que tienen reflejo legal en los Arts. 96.1 y 181.2 LRJS:

**a)** Partiendo de la especial dificultad de probar la lesión de derechos fundamentales que normalmente se materializa en conductas enmascaradas y ocultas bajo una apariencia de legitimidad, y de la situación de especial privilegio de los derechos fundamentales y libertades públicas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para garantizar su adecuada protección, se establece una modulación o flexibilización de la carga de la prueba que normalmente recae sobre el demandante, exigiéndosele solo la aportación de indicios de que se ha producido una lesión del derecho fundamental, y una agravación de la que pesa sobre el demandado, al que, una vez cumplido el anterior presupuesto, corresponde la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

**b)** Así, corresponde al trabajador aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, estando dirigido dicho principio de prueba a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél.

Indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión, admitiéndose diversos grados de intensidad en tal prueba indiciaria, de modo que al efecto tienen aptitud probatoria, tanto los hechos que sean claramente indicativos de la probabilidad de la agresión del derecho fundamental, como aquellos otros que, pese a no generar una conexión tan patente y resultar más fácilmente neutralizables, sean de entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de que la vulneración se ha producido.

Pero, en cualquier caso, deberá superarse inexcusablemente el umbral mínimo de aquella conexión necesaria, pues de otro modo, si se funda la demanda en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de



elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

Cuando la sospecha o apariencia de la violación del derecho fundamental se pretende hacer descansar en una inferencia derivada de la relación entre diversos hechos, será exigible una conexión lógica entre todos ellos que encuentre fundamento en algún nexo causal.

**c)** Sólo una vez que resulte cumplido ese primer e inexcusable deber por parte del demandante, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

Se trata de una auténtica carga probatoria que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosimilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales, exigiéndose, en definitiva, que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, neutralizando los indicios de que aquélla ocultaba la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Como consecuencia de ello, la ausencia de prueba trasciende el ámbito puramente procesal y determina que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental del trabajador.

**2.-** La anterior doctrina constitucional ha sido recogida por la Jurisprudencia de la Sala Cuarta del TS en innumerables sentencias (entre las más recientes 26/04/18, Rec. 2340/16; 20/07/18, Rec. 2798/16; 26/09/18, Rec. 158/16; 2/10/18, Rec. 183/17), y por esta Sala en SS de 3/05/18, Rec. 117/18; 31/05/18, Rec. 140/18; 7/06/18, Rec. 142/18, entre otras muchas.

**B)** La doctrina constitucional relativa a la garantía de indemnidad derivada del Art. 24 CE recogida por la doctrina constitucional (entre las más recientes SS 6 y 10/11), de la que se ha hecho eco la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 19/02/14 (Rec. 687/13), 21/01/14 (Rec. 941/13), 11/11/13 (Rec. 3285/12), 5/07/13 (Rec. 1683 y 1374/12), 16/05/13 (Rec. 995/12), 12/04/13 (Rec. 2327/12), 6 y 4/03/13 (Recs. 616 y 928/12) y 29/01/13 (Rec. 349/12), ha puesto de relieve que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario.

Por tal razón, el derecho consagrado en el art. 24.1 CE no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que en el campo de las relaciones laborales, se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos ( SSTC 14/1993, 54/1995, 197/1998, 140/1999, 183/15), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental ( SSTC 7/1993, 54/1995, 101/2000, y 196/2000), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [ art. 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores.

La garantía de indemnidad despliega su protección no sólo frente al ejercicio por el trabajador del derecho a la acción judicial individual con independencia del orden jurisdiccional y el tipo de tutela solicitada jurisdiccionalmente, sino que también es operativa en el caso de presentación de demandas de conflicto colectivo por un ente sindical ( SSTC 16, 44 y 65/2006), extendiéndose asimismo la garantía a la ejecución de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de la acción judicial ( SSTC 55 y 87/04) incluso en los casos de denuncias presentadas ante la autoridad administrativa, concretamente ante la Inspección de Trabajo ( SSTC 144/05, 16/06, 44/06 y 65/06) y también en los de reclamaciones extrajudiciales ante la propia empresa ( STC 55/04).

La protección del citado derecho fundamental abarca también a las reclamaciones extrajudiciales ante la propia empresa ( STC 55/04), aunque las mismas no se articulen por escrito e investidas de formalismos ( STJUE 20/06/19, Asunto C- 404/18; STS 15/11/22, Rec. 2645/21), extendiéndose incluso a las medidas reactivas a la negativa del trabajador a renunciar a sus derechos ( STS 10/02/15, Rec. 221/13).

**C)** Los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia, complementados con las afirmaciones con idéntico valor subsumidas en la fundamentación jurídica, nos sitúan ante el siguiente escenario:



- Tras tener conocimiento, a través de las manifestaciones de una clienta, de que la demandante estaba trabajando como estetician para otra mercantil en la localidad de Lardero, la empresaria demandada encargó a un detective que le realizara un seguimiento, el cual tuvo lugar los días 20 a 23 de diciembre de 2021, 3, 21 y 31 de enero de 2022, fecha esta última, en que se entregó el informe de investigación.

- En el curso de dicha investigación se constató que la Sra Marta había sido la única persona al frente de un centro de estética sito en Lardero atendiendo al público, dispensando tratamiento y prestando todos los servicios propios de dicho establecimiento los días 20/12/21 (de 19 a 21'13 horas), 21/12 (de 19 a 20'55 horas), 22/12/21 (de 14'02 a 19'45) y 23/12 (de 16 a 21'13 horas).

- El 28/02/22 la empresa demandada comunicó a la actora su despido por las conductas descritas en el apartado que antecede.

- Unos días antes, D<sup>a</sup> Marta se reunió con el esposo de la empresaria, que colabora con ella en la gestión del negocio y solicitó aclaración respecto al cómputo de horas, reclamó la entrega del calendario laboral y mostró su disconformidad con las vacaciones, contestando su interlocutor que consultaría este último tema con su asesor y si procedía accedería a su reclamación, indicándole así mismo que acudiera a informarse a su propia asesora.

**D)** En la situación descrita, coincidiendo con el criterio de la instancia, a juicio de la Sala, ese indicio de lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consistente en la proximidad temporal entre la reclamación interna al marido de la empresaria en materia de jornada y vacaciones y la adopción de la medida extintiva, ha sido desvirtuado, por cuanto, ha quedado plenamente acreditado que el despido respondió a una causa real ajena a cualquier propósito lesivo del derecho constitucional, habida cuenta de que la conducta desplegada por la trabajadora, cuya investigación había sido iniciada con anterioridad a aquella reclamación extrajudicial, de prestar servicios de su misma categoría profesional para una empresa dedicada a la misma actividad que la de su empleadora durante cuatro días consecutivos está tipificada convencionalmente como falta muy grave, erradicando todo atisbo de sospecha de vinculación entre aquella reivindicación extrajudicial de sus derechos laborales y la extinción contractual.

**E)** La anterior conclusión no se altera por la calificación judicial que demos al despido enjuiciado, [tema que analizaremos con mayor profundidad al solventar los siguientes motivos de censura], pues una vez acreditada, por las razones que acabamos de exponer, la desconexión entre la medida empresarial y el derecho que se dice vulnerado, se tiene por cumplida la carga probatoria que recae sobre la empresa en orden a desvirtuar los hechos indicativos de la probabilidad de la lesión del derecho fundamental aportados por la trabajadora, deviniendo en irrelevante la calificación jurídica que la causa laboral alegada merezca desde la óptica de la legalidad ordinaria ( STS 31/05/22, Rec. 601/21; 22701/19, Rec. 3701/16; STC 183/15).

**F)** Y tampoco por el hecho de que la empresa haya demorado más o menos la comunicación del despido desde el momento en que tuvo conocimiento del informe de investigación, ya que, del tiempo transcurrido entre una y otra fecha, no cabe inferir por vía de presunción humana ( Art. 386 LEC) que, como se señala en el escrito de formalización, emitiendo un mero juicio especulativo, que la empresa consideraba que los hechos no eran constitutivos de infracción y por ello no los sancionó con el despido hasta que se hizo la reclamación.

**G)** No se ha cometido la infracción normativa denunciada, lo que lleva aparejada la desestimación de este motivo del recurso.

**QUINTO.-** En el quinto fundamento de derecho, la resolución recurrida funda la calificación del despido como procedente en que el haber acudido del 20 al 23 de diciembre a una empresa de estética sita en la localidad de Lardero durante las horas que se reseñan en el ordinal cuarto es constitutivo de una falta muy grave del art. 35.4 del orden convencional de aplicación.

En el cuarto motivo de impugnación la recurrente, invocando nuevamente copiosa doctrina judicial, combate la calificación judicial del despido como procedente, con la siguiente batería de alegatos:

- La expresión "la actora acudió *al menos* durante los días 20 a 23 de diciembre a dicho establecimiento" y las referencias a la existencia de un previo periodo en alta como trabajadora de otra empresa del sector, supone un exceso, al impedir los Arts. 105.2 y 233 LRJS que al enjuiciar el despido se tomen en consideración hechos no mencionados en la comunicación extintiva, y se introduzcan en suplicación cuestiones novedosas.

- La falta muy grave del Art. 35.4 del convenio colectivo de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, constituye mera delimitación del deber legal de lealtad y no competencia con la empresa que establecen los Arts. 5.d y 21 ET, debiendo interpretarse dicho precepto, desconocido por la trabajadora, conforme a la realidad social del tiempo en que se produjeron los hechos, en que como consecuencia de la emergencia sanitaria se



le había reducido la jornada al 50%, y, por tanto, tenía menos nivel de exigencia con la demandada, y debía compensar la disminución de sus ingresos profesionales.

- La prestación de servicios no constituye competencia ilícita porque fue a favor de una amiga y no se percibió retribución, entrando en el ámbito de los trabajos realizados a título de amistad, y además tuvo lugar en una empresa sita en localidad distinta de la de su centro de trabajo durante un periodo de tiempo muy breve.

- Tampoco la trabajadora en la realización de dicha actividad se ha valido de los conocimientos adquiridos en la empresa, pues muchos de los cursos habían caducado, y el círculo de potenciales clientes no era el mismo que el de su empleadora.

- Los propios actos de la empresa evidencian la inexistencia de infracción, ya que, pese a conocer la actividad de los días 20 a 23 de diciembre, continúa realizando el seguimiento en 3 días del mes siguiente, y no articula el despido hasta finales de febrero.

- Atendiendo a las singulares circunstancias concurrentes en el particularismo del caso, la sanción de despido que es la máxima prevista convencionalmente resulta desproporcionada y contraria a la doctrina gradualista.

**A)** La tipificación contenida en el Estatuto de los Trabajadores tiene vocación de generalidad, no quedando constreñidas las faltas a aquellas conductas que de forma reducida se contienen en el enunciado del Art. 54, sino que debe entenderse como un *numerus apertus* que autoriza otras tipificaciones a través de los convenios colectivos, atendiendo a la diversa incidencia y trascendencia que los incumplimientos laborales tienen en su particular ámbito, por las especiales y singulares repercusiones que derivan de la propia especificidad y particularidad de los distintos sectores productivos.

**B)** En tal sentido, el Art. 58.1 del mismo texto permite la graduación de faltas y sanciones a través de la negociación colectiva, lo que supone, perfilar y precisar las conductas que de modo genérico o indeterminado define el art. 54 ET y determina que cuando exista una expresa tipificación de faltas y sanciones en el convenio colectivo la calificación de las sanciones, incluido el despido, ha de atenerse a la misma, salvo que se estableciesen normas punitivas más desfavorables que las que resultarían de la aplicación del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores .

**C)** A este respecto la STS 27/11/02 (RJ 2003/1639) señala que es posible que un Convenio de rama pueda definir o configurar una de las causas de despido genéricamente (en aquel caso el estado de embriaguez), como falta muy grave, tributaria, si la empresa opta por ello, del despido del trabajador afectado en manera diferente, en cuanto a exigencias, a lo pedido por el ET en su art. 54.2 f ), debiendo contraponer la generalidad de sectores que tiene en cuenta el precepto estatutario, y la especialidad o peculiaridad de las empresas cuyos convenios de rama han creído necesario definir dicho incumplimiento laboral de una manera diferenciada.

**D)** Por tanto, el principio de especialidad, al que está sujeto el regular ejercicio de las facultades disciplinarias por el empresario, implica que si una conducta está tipificada en el cuadro convencional de faltas con una calificación determinada (leve, grave o muy grave), no se puede acudir a otro tipo más genérico para sancionarla.

**E)** El Art. 35.4 del Convenio Colectivo de peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, tipifica como infracción muy grave " *El trabajo por cuenta propia o para otra empresa del ámbito funcional del convenio, sin autorización escrita de aquella a que pertenece*".

**F)** El discurso impugnatorio de la recurrente no puede alcanzar éxito, atendiendo a las siguientes consideraciones:

1.- La sentencia recurrida al calificar el despido es plenamente respetuosa con el Art. 105.2 LRJS, ya que su pronunciamiento descansa en la subsunción exclusivamente de los hechos relacionados en la carta de despido en el tipo de falta muy grave del Art. 35.4 del convenio colectivo, sin tomar en consideración cualquier otra conducta desarrollada en días diferentes de los comprendidos entre el 20 y el 23 de diciembre.

Que ello es así fácilmente se constata al señalar expresamente en el cuarto párrafo del quinto fundamento de derecho que el previo periodo en alta como trabajadora por cuenta ajena a tiempo parcial, no es objeto de valoración porque, por desconocimiento empresarial hasta el día de celebración del juicio oral, no fue objeto de imputación en la carta de despido, no obstante lo cual, esos hechos periféricos que fueron probados en el procedimiento a instancias de la demandada (acontecimientos 58 y 59 del EJE) y de la propia actora (descriptor 138.3 EJE), únicamente se tienen en cuenta como acreditativos de que cuando se produjeron los hechos objeto de represión disciplinaria la demandante conocía perfectamente el local y la actividad en la que ya antes había estado empleada.



2.- El empleo de la locución conjuntiva "al menos" en el segundo párrafo de dicho fundamento de derecho en modo alguno es expresiva de que para calificar el despido se haya tenido en cuenta la actividad realizada cualquier otro día distinto de los que van del 20 al 23 de diciembre, sino mero signo de que, en consonancia con la significación gramatical de dicho vocablo, y en coherencia con el hecho probado de haber sido trabajadora por cuenta propia para esa otra empresa con anterioridad, es aquel exclusivo tramo temporal de 4 días el que se tiene por probado que la demandante prestó servicios en el centro de belleza a efectos de enjuiciar el despido.

3.- Las afirmaciones relativas a la precariedad económica derivada del ERTE COVID como justificativas del acceso al pluriempleo en empresa del mismo sector de actividad, no solo carecen de refrendo en la narración judicial, al no estar incluidas las fechas en que la demandante prestó servicios en el mes de diciembre en aquellas que, conforme al ordinal segundo, estuvo concernida por la medida de flexibilidad interna, sino que además, en el eventual supuesto de que hubieran tenido soporte probatorio, tampoco minorarían la entidad de la falta cometida, pues, como resalta la resolución recurrida ningún obstáculo hubiera tenido la demandante para poner los hechos en conocimiento de su empresaria y obtener autorización para compatibilizar su actividad laboral con el trabajo en una mercantil de la competencia.

4.- Existiendo una tipificación específica en el convenio colectivo, su regulación debe prevalecer sobre la general de la ley estatutaria, y, comoquiera que, la literalidad de la previsión convencional es absolutamente clara al no exigir que la ocupación en otra actividad del sector vaya acompañada de otras exigencias añadidas, el tipo infractor comprende cualquier actividad por cuenta propia o para otra empresa del ámbito funcional del convenio sin autorización de la empleadora del trabajador.

5.- Por tanto, la conducta de la Sra. Marta tiene perfecto encaje en dicha falta muy grave, ya que ha quedado probado que durante 4 días consecutivos prestó servicios propios de su categoría en una empresa dedicada al mismo sector de actividad, sin que para la concurrencia de la falta se exija la concurrencia de cualquier otro requisito adicional.

6.- Debemos descartar que estemos en presencia de una actividad excluida del ámbito del Art. 1.1 ET, por haberse tratado de un trabajo realizado a título de amistad, ya que no existe dato alguno en el histórico que avale que la relación de D<sup>a</sup> Marta con la Sra. Elisenda fuera de tal naturaleza, sino que lo que consta es exclusivamente que entre ambas antes del 20 de diciembre, lo que medió fue un vínculo laboral, y la actividad realizada desde el 20 al 24 de diciembre, atendiendo a los clientes y estando al frente del centro de belleza las horas que se indican en el hecho probado cuarto, es perfectamente compatible con un trabajo a tiempo parcial amparado por la presunción del Art. 8.1 ET, aunque por la demandante y la Sra. Elisenda, que eran, quienes conforme al principio de disponibilidad y facilidad probatoria ( Art. 217.7 LEC) estaban en condiciones de acreditar que hubo retribución, por razones obvias que no nos parece necesario explicitar, hayan negado dicho extremo, igual que, en contra de lo acreditado por las grabaciones, la segunda de ellas, también negó que hubiera habido prestación de servicios.

7.- Resulta preciso advertir que en el cuarto párrafo del quinto fundamento de derecho, cuando dice "*justifica la parte actora dicha actuación en la realización de un favor a la empresaria con quien mantenía relación de amistad y que no se recibió remuneración. El hecho de que quisiera hacer un favor a una amiga o no recibiera remuneración*" no se establece con valor de hecho probado que la actividad realizada por la demandante fuera una mera liberalidad para con una amiga, pues no se cita medio de prueba alguno que avale la existencia de esa eventual relación de amistad ( SSTS 12/07/05, Rec. 120/04; 20/12/14, Rec. 30/13; 23/06/15, Rec. 944/14), de manera que, dichas afirmaciones no son sino transcripción de la argumentación mantenida por la demandante para su defensa, que resulta judicialmente rechazada, por los motivos que se explicitan en el mismo fundamento de derecho, entre otros, que el previo trabajo por cuenta ajena durante unos meses por cuenta ajena corrobora que del 20 al 24 de diciembre la demandante acudió a prestar servicios porque ya conocía el local y la actividad.

8.- Ninguna actuación de la empresa es indicativa de que no considere los hechos enjuiciados constitutivos de infracción laboral, pues, como ya anticipamos, dicha conclusión es una mera hipótesis o conjetura a la que no se puede llegar por vía de inferencia, conforme a las reglas del criterio humano, partiendo de las premisas fácticas en las que la parte trata de asentarla.

9.- No apreciamos ninguna circunstancia que devalúe la gravedad de la falta cometida tornando la sanción de despido en desproporcionada, pues la conducta de la demandante, lejos de ser aislada y puntual, se ha mantenido durante cuatro días consecutivos, responsabilizándose en solitario de la atención de un centro de belleza, en el que ya había trabajado con anterioridad durante meses, sin conocimiento ni consentimiento de su empresaria.

G) Por las razones expuestas, tampoco este motivo de impugnación puede merecer favorable acogida.



**SEXTO.-** La instancia ha desechado la prescripción de la infracción, fijando el día inicial del cómputo del plazo de 60 días en la fecha de entrega del informe del detective, que fue cuando la demandada tuvo conocimiento cabal de los hechos, sin que desde entonces hasta el día de comunicación del despido hubiera transcurrido el citado plazo.

La recurrente objeta al anterior razonamiento que, dado que la empresa tenía conocimiento cierto y preciso de los hechos por habérselo indicado una clienta, que la relación de prestación de servicios con el detective es de plena confianza y permite ir conociendo los resultados de sus indagaciones, y hubo una demora en la entrega del informe, el día a quo del plazo de prescripción debe fijarse el día 23 de diciembre, cuando se produjo el último hecho imputado, habiendo pasado desde entonces hasta la comunicación del despido más de 60 días.

**A)** Interpretando el Art. 60.2 ET, la jurisprudencia ( SSTS 13/10/21, Rec. 4141/18; 14/12/21, Rec. 1869/19) ha establecido las siguientes reglas respecto al día inicial del cómputo del plazo de prescripción de las infracciones laborales muy graves:

**a).-** La fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 ET no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos.

**b).-** Se ha de entender que ese conocimiento cabal y exacto lo tiene o adquiere la empresa, cuando el mismo llega a un órgano de la misma dotado de facultades sancionadoras.

**c).-** El conocimiento empresarial tiene que ser un conocimiento efectivo, real y cierto, no siendo aceptable sustituir ese conocimiento real y cierto por la mera posibilidad de haber tenido la empresa noticia de los hechos acontecidos, sin que ese conocimiento hubiese tenido lugar.

**d).-** Que el trabajador, bien durante la investigación de los hechos, bien durante el expediente contradictorio, efectúe un reconocimiento de los hechos investigados o imputados no implica, necesariamente, que ya exista un conocimiento empresarial efectivo, real y cierto, dado que, especialmente si aquel reconocimiento se realiza durante la investigación, no determina que el órgano con capacidad de sancionar tenga un conocimiento real y cierto.

**B)** La denuncia que en cuanto a este punto se formula va a ser destinada por la Sala, por cuanto, los hechos cometidos por la trabajadora han sido continuados, y se han realizado con ocultamiento a su empresaria, habiendo precisado para su efectiva y completa constatación la realización de una investigación, de cuyos resultados, como establece la resolución recurrida, no se tuvo pleno y exacto conocimiento hasta el 31 de enero de 2022, cuando el detective, concluidas sus pesquisas, entregó el correspondiente informe.

**C)** En efecto, el que previamente la trabajadora hubiera estado dada de alta en la empresa de la competencia, no excluye la existencia de una conducta oculta para su empleadora, que carece de facultades para acceder a los datos de su vida laboral en la TGSS, y no consta que D<sup>a</sup> Marta en ningún momento le hubiera comunicado esa situación de pluriempleo.

**D)** La noticia por parte de una clienta respecto a la realización de dicho trabajo, tampoco le proporciona un conocimiento cabal de los hechos, sino que simplemente alerta de lo que pudiera estar sucediendo, y da lugar al recurso a un investigador privado para que compruebe la certeza de aquella información y del concreto alcance del comportamiento de la demandante.

**E)** Declarándose probado en el inamovido ordinal cuarto que la investigación se desarrolló real y efectivamente hasta el mismo día 31 de diciembre y en esa misma fecha se entregó el informe, debemos declinar que haya habido cualquier retraso malicioso en su confección y puesta a disposición de la empresa, no siendo hasta entonces cuando la misma tiene con un conocimiento exacto y cierto de los hechos que permite activar la potestad disciplinaria.

**F)** La STSJ Cataluña que se cita, resaltando una parte de su fundamentación, además de que resuelve una situación fáctica y en el párrafo destacado por el recurrente aborda una cuestión jurídica (ineficacia para la interrupción de la prescripción de la demora en la tramitación del expediente contradictorio), ajenas a las litigiosas, conforme al Art. 1.6 CC, no constituye jurisprudencia, cuya infracción pueda fundar un motivo de censura en suplicación( SSTS 25/09/13, Rec. 3/13; 16/07/14, Rec. 2141/13).

**G)** Por las razones expuestas, el recurso se desestima, confirmando la sentencia de instancia, que no ha cometido las infracciones normativas que se le imputan.

**SÉPTIMO.-** En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (L 36/11), la desestimación del recurso no lleva aparejada la condena en costas a la parte recurrente al disfrutar la misma del beneficio de justicia gratuita.



**OCTAVO.**- A tenor del Art. 218 LRJS (L 36/11) frente a esta resolución podrá interponerse recurso de casación para unificación de doctrina.

**VISTOS:** los artículos citados y los demás que son de general aplicación.

### FALLAMOS

**1º) Se desestima** el recurso de suplicación interpuesto por D<sup>a</sup>. Marta , contra la SENTENCIA nº 56/2023 del Juzgado de lo Social nº 2 de Logroño, de fecha 22 de marzo de 2023.

**2º)** Se confirma dicha resolución.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, debiendo anunciarlo ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS mediante escrito que deberá llevar firma de Letrado y en la forma señalada en los artículos 220 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Social, quedando en esta Secretaría los autos a su disposición para su examen. Si el recurrente es empresario que no goce del beneficio de justicia gratuita y no se ha hecho la consignación oportuna en el Juzgado de lo Social, deberá ésta consignarse del siguiente modo:

a) Si se efectúa en una Oficina del **BANCO DE SANTANDER** se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que esta Sala tiene abierta con el nº 2268-0000-66-0059-2023, Código de Entidad 0030 y Código de Oficina 8029.

b) Si se efectúa a través de transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta núm.0049 3569 92 0005001274, código IBAN. ES55, y en el campo concepto: 2268-0000-66-0059-2023.

Pudiendo sustituirse la misma por aval bancario, así como el depósito para recurrir de 600 euros que deberá ingresarse ante esta misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en la cuenta arriba indicada. Expídanse testimonios de esta resolución para unir al Rollo correspondiente y autos de procedencia, incorporándose su original al correspondiente libro de Sentencias.

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

E./

(Por la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> MERCEDES OLIVER ALBUERNE, que votó en Sala y no pudo firmar lo hace la Ilma. Sra. Presidenta de la Sala.)

**PUBLICACIÓN.**- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Magistrada-Ponente, **Ilma. Sra. D<sup>a</sup> MARIA JOSE MUÑOZ HURTADO**, celebrando audiencia pública la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.

**DILIGENCIA.**- Seguidamente se procede a cumplimentar la **notificación** de la anterior resolución. Doy fe.