



Roj: **STSJ EXT 289/2019 - ECLI: ES:TSJEXT:2019:289**

Id Cendoj: **10037340012019100146**

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

Sede: **Cáceres**

Sección: **1**

Fecha: **14/03/2019**

Nº de Recurso: **93/2019**

Nº de Resolución: **159/2019**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **LAURA GARCIA MONGE PIZARRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00159/2019

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 620246

TIPO Y Nº DE RECURSO: SUPLICACIÓN Nº 93 /19

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA Nº 299/2018 JDO. DE LO SOCIAL nº 3 de CÁCERES

Recurrente/s: D. Cesareo

Abogado/a: D. AQUILINO DE FELIPE SÁNCHEZ

Recurrido/s: D.ª Victoria

Abogado/a: D.ª MARÍA ÁNGEL GORDO IGLESIAS

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO

D.ª LAURA GARCÍA MONGE PIZARRO

En CÁCERES, a Catorce de Marzo de dos mil diecinueve.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 159/19



En el RECURSO SUPLICACIÓN Nº 93/2019 , interpuesto por el Sr. LETRADO D. AQUILINO DE FELIPE SÁNCHEZ en nombre y representación de D. Cesareo contra la sentencia número 355/2018 dictada por JDO. DE LO SOCIAL Nº 3 de CÁCERES en el procedimiento DEMANDA nº 299/2018 seguido a instancia de D.ª Victoria , parte representada por la SRA. LETRADO D.ª MARÍA ÁNGEL GORDO IGLESIAS , frente a la Recurrente siendo Magistrado- Ponente la Ilma Sra. D. ª LAURA GARCÍA MONGE PIZARRO,

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D.ª Victoria presentó demanda contra D. Cesareo , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 355/2018 de fecha Once de Diciembre de dos mil dieciocho .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: " **PRIMERO** .- Doña Victoria ha prestado sus servicios para la empresa Cesareo , desde el 10/11/2011, con categoría profesional de dependiente, y salario diario de 1.205,12 euros, incluido el prorrato de pagas extraordinarias. **SEGUNDO** .- La trabajadora inició un proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo el día 7/2/2018 hasta el 21/2/2018 en que fue dada de alta médica y que fue impugnada por la trabajadora. Volvió a causar baja médica el 23/2/2018 por contingencias comunes, que fue anulada por el INSS mediante Resolución de fecha de salida 13/3/2018 (se da por reproducida la Resolución).

TERCERO .- A petición de la empresa, mediante Oficio de 2/5/2018, el INSS comunicó a la empresa que la Resolución de 13/3/2018 fue recepcionada por la trabajadora el 15/3/2018. **CUARTO** .- El 15/5/2018, la trabajadora recibió una comunicación de la empresa, cuyo concreto contenido se da por reproducido, poniendo en su conocimiento la extinción del contrato de trabajo por causas disciplinarias, al amparo del artículo 54.2.a) y d) del ET , por 7 faltas de asistencia repetidas e injustificadas al trabajo, no haberse reincorporado al trabajo tras la resolución de inexistencia de situación de IT y transgresión de la buena fe contractual, con fecha de efectos de ese mismo 15/5/2018. **QUINTO** .- La Notificación administrativa 2-7 NA 0000581810985001056 fue alta en la Unidad de reparto el 15/3/2018 a las 8:54:23 horas y entregado a su destinatario, Doña Victoria , el 22/3/2018 a las 19:47:01 horas. **SEXTO** .- La trabajadora no acudió a trabajar los días 23 y 26 de marzo de 2018. **SÉPTIMO**.- Se celebró acto de conciliación ante la UMAC, con resultado "sin avenencia". **OCTAVO** .- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido cargo de representación sindical."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: " **Se estima** la demanda presentada Doña Victoria frente a la empresa Pedro Manuel Rivero Sánchez, y en su consecuencia, **se declara la improcedencia** del despido de que fue objeto con fecha 15/5/2018, y se condena a la empresa demandada a que, en el plazo de CINCO DÍAS desde la notificación de la presente, mediante escrito o comparecencia celebrada ante el Juzgado de lo Social: a) Opte por la readmisión, en las mismas condiciones anteriores, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia, conforme al salario diario (**39,62 euros**). O bien, b) Abone en concepto de indemnización la cantidad de 8.874,97 euros."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D. Cesareo interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada el Trece de Febrero de dos mil diecinueve .

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2018, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Plasencia , que estima la demanda interpuesta por doña Victoria frente a Pedro Manuel Rivero Sánchez, declarando improcedente el despido de la trabajadora, recurre el citado demandado en suplicación, interesando, al amparo del artículo 193.b) de la LRJS , la modificación del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, y alegando, conforme al artículo 193.c) de la LRJS , la infracción de los artículos 54.2.a) y d) y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y 7.1 del RD 625/2014, de 18 de julio .

SEGUNDO: En el primer motivo de su recurso, al amparo del artículo 193.b) de la LRJS , solicita el recurrente la modificación del hecho probado primero de la resolución impugnada, y la adición al mismo del siguiente texto:



"la trabajadora no se personó en la empresa ni presentó parte de alta, tampoco presentó escrito de la impugnación de alta. Así mismo, no se incorporó a su puesto de trabajo tras ser desestimada la nueva baja médica de fecha 23-2-2018, ahora por contingencias comunes, manteniendo en consecuencia el alta médica con efectos de 21-2-2018. Sin embargo, no se incorpora a la empresa ni notifico nada al respecto hasta el día 27-3-2018, fecha en la que vuelve a causar nueva baja".

Justifica dicha adición en los documentos 1, 2, 3 y 5 aportados por ella.

Cabe recordar, en primer lugar, los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que la modificación del relato fáctico contenido en una resolución judicial a través del recurso extraordinario de suplicación interpuesto frente a ella pueda prosperar:

- En relación con los hechos, se exige que lo que se trate de modificar sea un enunciado contenido en el relato fáctico de la resolución impugnada, o bien una afirmación con valor fáctico contenida en la fundamentación jurídica de la misma. Puede pretenderse tanto la modificación de un enunciado en concreto, como su supresión, o la adición de un nuevo hecho al citado relato.

Además, la parte recurrente ha de proponer una redacción alternativa al enunciado que pretende modificar (o simplemente, la redacción del hecho que pretende introducir).

- En relación con la prueba, se exige que la modificación pretendida se desprenda directamente del contenido de una prueba documental o pericial concreta, obrante en las actuaciones y lícita, que sea invocada por la parte recurrente a tal efecto.

No se admite, por tanto, que la modificación se fundamente en pruebas de otro tipo, como puede ser el interrogatorio de parte o la testifical. Además, se excluye el valor de prueba documental a estos efectos de elementos como el acta del juicio, la demanda, las actas de la inspección de trabajo, etc.

Tampoco se admite que se fundamente la supresión de un hecho probado no en una prueba documental o pericial concreta, sino en la falta de prueba del mismo (prueba negativa).

No puede pretenderse a través de este motivo que el órgano judicial encargado de resolver el recurso realice una nueva valoración completa de la prueba practicada en instancia, tarea esta de la valoración de la prueba que corresponde exclusivamente al juez a quo y no puede ser suplida a través de un recurso extraordinario como es el de suplicación.

Asimismo, es necesario que la prueba en la que se fundamenta la pretensión de modificación no haya sido valorada por el órgano que dictó la resolución impugnada, salvo que se ponga de manifiesto el error en que el mismo podría haber incurrido en tal valoración.

Por todas, STS de 5 de junio de 2013, rec. 2/2012 , que, en doctrina para el recurso de casación, pero aplicable al de suplicación, también de carácter extraordinario, se remite a muchas otras anteriores en relación con los citados requisitos.

Pues bien, en el presente caso, de los documentos alegados por el recurrente no se desprende inequívocamente, tal y como exige la jurisprudencia (SSTS 22/05/06 -rec. 79/05 ; y 20/06/06 -rec. 189/04 : "los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa"), la modificación interesada.

Lo único que dichos documentos justifican son los datos, relativos a las bajas médicas de la demandante, y a la fecha en que la misma recibió la resolución declarando su alta, que ya constan reflejados en los hechos probados de la sentencia impugnada. Por el contrario, no se desprenden de los mismos los hechos que el recurrente pretende incorporar.

Por ello, debe desestimarse el primer motivo del recurso interpuesto.

TERCERO: En segundo lugar, al amparo del artículo 193.c) de la LRJS , denuncia el recurrente la infracción de los artículos 54.2.a) y d) y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y 7.1 del RD 625/2014, de 18 de julio .

Alega el mismo que, dadas las ausencias de la demandante a su puesto de trabajo, que no pueden considerarse justificadas por el hecho de que la misma impugnase el alta médica, su despido debió considerarse procedente.



Del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, que, dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación, es el único del que ha de partirse a la hora de enjuiciar la posible infracción de los preceptos invocados por el recurrente, no pudiendo tenerse en cuenta a tales efectos, los hechos por él alegados en el recurso, se desprende únicamente, en cuanto aquí interesa, que doña Victoria causó dos procesos de incapacidad temporal: uno derivado de accidente de trabajo, que se extendió entre el 7 y el 21 de febrero de 2018 (habiéndole la trabajadora impugnado el alta) y otro, derivado de contingencias comunes, entre el 23 de febrero y el 13 de marzo de 2018; y que esta segunda baja se anuló por resolución del INSS, que fue recibida por ella en fecha 22 de marzo de 2018.

Asimismo, consta en los hechos probados de la sentencia impugnada que la trabajadora no acudió a trabajar los días 23 y 26 de marzo de 2018 .

La sentencia ahora impugnada declara improcedente el despido por considerar que las dos únicas faltas de asistencia injustificadas que constan acreditadas carecen de la gravedad suficiente para justificar una decisión extintiva del contrato de trabajo.

Efectivamente, en aquellos supuestos en que no exista convenio colectivo aplicable a la relación laboral, o este no contenga previsión en relación con el número de faltas de asistencia que pueden justificar un despido disciplinario, la jurisprudencia viene exigiendo un mínimo de tres (STS de 20 de noviembre de 1990 , ya citada por la sentencia ahora recurrida), que no constan acreditadas en el presente caso.

El recurrente pretende a través de este motivo que se realice una nueva valoración de la prueba que lleve a entender justificado un mayor número de faltas de asistencia. No obstante, tal tarea no puede ser afrontada a través de este recurso, dado su carácter extraordinario, correspondiendo la misma en exclusiva a la juzgadora de instancia.

Alega el mismo que la trabajadora no se reincorporó a su puesto de trabajo tras el alta médica de 21 de febrero, ni aportó partes de baja hasta el 27 de marzo, pero dichas circunstancias no constan acreditadas.

Cierto es que la mera impugnación de un alta médica no justifica por sí sola la inasistencia al puesto de trabajo una vez expedida dicha alta, pero en el presente caso, la sentencia no estima la demanda por considerar que las faltas de asistencia (posteriores al alta) sean justificadas, sino por no considerar probado que dichas faltas existiesen en número suficiente para justificar un despido disciplinario.

Por ello, no considerándose infringidos los preceptos invocados por el recurrente, debe desestimarse el recurso interpuesto y confirmarse la sentencia recurrida.

CUARTO: Dada la desestimación del recurso, las costas procesales deben ser impuestas a la parte recurrente, incluidos los honorarios del letrado de la trabajadora, hasta un importe de 300 euros, conforme al artículo 235.1 de la LRJS .

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso interpuesto por la representación de D. Cesareo frente a la Sentencia dictada en fecha 11 de diciembre de 2018 por el Juzgado de lo Social número 3 de Plasencia , en los autos seguidos a instancia de doña Victoria frente al recurrente, y confirmamos la resolución recurrida, condenando a la recurrente al abono de las costas procesales causadas, incluidos los honorarios del letrado de la impugnación, hasta un importe de 300 euros.

Asimismo, se acuerda la pérdida del depósito y de las consignaciones o el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos.

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

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia.

Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER N° 1131 0000 66 0093 19., debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se



hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 9200 0500 1274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación".

La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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 de este Tribunal Superior de Justicia.

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 Sala.

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

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.